



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 2012 Vol. 2

1^{er} cahier, 2012 Vol. 2

Cited as [2012] 2 S.C.R. 3-230

Renvoi [2012] 2 R.C.S. 3-230

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

| | | |
|-----------------------|--------------------|----------------------|
| CLAIRE ZOË BIDER-HALL | LEE ANN GORMAN | IDA SMITH |
| JANICE CHENEY | SÉBASTIEN LAFRANCE | JACQUELINE STENCEL |
| CHANTAL DEMERS | KAREN LEVASSEUR | LESLI TAKAHASHI |
| VALERIE DESJARLAIS | LORRAINE PILETTE | CAMERON TAYLOR |
| GENEVIÈVE DOMEY | RÉMI SAMSON | RENÉE THÉRIAULT |
| ANDRÉ GOLDENBERG | LOUISE SAVARD | RENÉE MARIA TREMBLAY |

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

| | | |
|----------------|----------------|--------------------|
| DAVID AUBRY | MARIE RODRIGUE | MARIE-LUC SIMONEAU |
| STEPHEN BALOGH | | CLAIRE VALLÉE |

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

| | | |
|-----------------|------------------|----------------------|
| SUZANNE AUDET | NANCY MCCAUGHAN | PETER O'DOHERTY |
| MONIQUE DELORME | PAULINE MCTAVISH | JEAN-FRANÇOIS SCHAAN |
| | ANNE-MARIE NOËL | |

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

Administrative Assistants / Adjointes administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

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.

CONTENTS

Annapolis County District School Board v.

Marshall 84

Torts — Negligence — Standard of care — Contributory negligence — Child running into path of oncoming bus suffering severe injuries — Whether trial judge erred in improperly inviting jury to find child responsible for accident — Motor Vehicle Act, R.S.N.S. 1989, c. 293, s. 248.

Cinar Corporation v. Robinson 55

Courts — Supreme Court of Canada — Security — Whether applicants on application for leave to appeal must provide security for amounts they would have to pay should their appeals to Court be unsuccessful — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 40, 60(1)(b) — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 47.

Clements v. Clements 181

Torts — Negligence — Causation — Motor vehicle accident — Motorcycle passenger injured in crash — Passenger alleging driver's negligence in operation of motorcycle caused injury — Whether trial judge erred in insisting on scientific reconstruction evidence to prove causation, and in applying "material contribution" test rather than "but for" test to determine causation.

Halifax (Regional Municipality) v. Canada (Public Works and Government Services) 108

Crown law — Real property and immovables — Taxation — Payments in lieu of taxes — Minister's valuation of Halifax Citadel National Historic Site millions of dollars lower than value determined by local assessment authority — What is the scope of Minister's discretion to determine "property value" for purposes of making payments in lieu of taxes — What standard of judicial review applies to determination — Was Minister's determination of property value reasonable? — Payments in Lieu of Taxes Act, R.S.C. 1985, c. M-13, ss. 2(1), 4(1) — Assessment Act, R.S.N.S. 1989, c. 23, s. 42(1).

R. v. Gibbons 92

Criminal law — Offences — Disobeying order of court — Criminal charge laid for disobeying superior court order in civil matter — Criminal Code provision making it criminal offence to disobey court order unless "a punishment or other mode of proceeding is expressly provided by law" — Rules of Civil Procedure providing for contempt procedures — Whether exception to Criminal Code provision applies — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 127 — Ontario Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rules 60.11, 60.12.

Continued on next page

SOMMAIRE

Annapolis County District School Board c.

Marshall 84

Responsabilité délictuelle — Négligence — Norme de diligence — Négligence contributive — Enfant gravement blessé après s'être élançé sur la chaussée dans la trajectoire d'un autobus — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en invitant à tort le jury à tenir l'enfant responsable de l'accident? — Motor Vehicle Act, R.S.N.S. 1989, ch. 293, art. 248.

Cinar Corporation c. Robinson 55

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Cautionnement — Les demandeurs en autorisation d'appel devraient-ils fournir un cautionnement en garantie de paiement des sommes qu'ils devraient payer si leurs appels devant la Cour échouaient? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40, 60(1)(b) — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, art. 47.

Clements c. Clements 181

Responsabilité délictuelle — Négligence — Causalité — Accident automobile — Blessure subie par le passager d'une motocyclette lors d'un accident — Allégation du passager selon laquelle la négligence dont le conducteur aurait fait preuve en conduisant la motocyclette a causé le préjudice — Le juge de première instance a-t-il fait erreur en insistant sur la nécessité d'une preuve de reconstitution scientifique pour que le tribunal puisse conclure à l'existence d'un lien de causalité, et en appliquant le critère de la « contribution appréciable » plutôt que celui du « facteur déterminant » pour statuer sur la causalité?

Halifax (Regional Municipality) c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)108

Droit de la Couronne — Immeubles et biens réels — Taxation — Paiements versés en remplacement d'impôts — Attribution, par le ministre, au lieu historique national du Canada de la Citadelle-d'Halifax, d'une valeur inférieure de plusieurs millions de dollars à la valeur établie par l'autorité évaluatrice locale — Quelle est l'étendue du pouvoir discrétionnaire du ministre d'établir la « valeur effective » pour le besoin du versement des paiements en remplacement d'impôts? — Quelle norme de contrôle judiciaire s'applique à cette décision? — La décision du ministre quant à la valeur effective était-elle raisonnable? — Loi sur les paiements versés en remplacement d'impôts, L.R.C. 1985, ch. M-13, art. 2(1), 4(1) — Assessment Act, R.S.N.S. 1989, ch. 23, art. 42(1).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. v. Maybin 30

Criminal law — Offences — Manslaughter — Causation — Accused punching victim in head during barroom altercation rendering him unconscious — Third party intervening and punching victim in head — Victim dying from injuries — When does an intervening act by another person sever causal connection between accused's act and victim's death, thereby absolving accused of legal responsibility? — Whether it was open to trial judge to find that accused's assaults remained a significant contributing cause of death despite intervening act.

R. v. Mayuran 162

Criminal law — Defences — Provocation — Accused convicted of second degree murder — Whether defence of provocation should have been put to jury — Whether objective element of provocation had an air of reality — Whether trial judge committing errors in instructions to jury — If so, whether curative proviso applicable.

R. v. Roy 60

Criminal law — Dangerous operation of motor vehicle — Elements of offence — Mens rea — Whether proof of actus reus without more can support inference that required fault element is present — Whether accused's conduct displayed a marked departure from standard of care — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 249.

Criminal law — Appeals — Whether trial judge applied incorrect legal principles in addressing fault component of offence — If so, whether error was harmless — If appeal allowed, whether Court should order new trial or direct an acquittal — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. Venneri 211

Narcotics — Possession for purpose of trafficking — Constructive or joint possession — Trial judge finding that accused conspired with others to engage in drug trafficking — Whether accused jointly possessed cocaine seized at co-conspirators' homes — Whether possession of cocaine was foreseeable consequence of conspiring to traffic in cocaine — Whether conviction of accused amounted to unreasonable verdict within meaning of s. 686(1)(a)(i) of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46 — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 5(2).

Criminal law — Criminal organization — Instructing commission of offence for criminal organization — Accused purchasing drugs from and supplying drugs to large drug-trafficking organization — Degree of organization or structure required to support finding that group constitutes "criminal organization" — Whether trial judge erred in

SOMMAIRE (Suite)

R. c. Gibbons 92

Droit criminel — Infractions — Désobéissance à une ordonnance du tribunal — Dépôt d'une accusation criminelle pour désobéissance à une ordonnance d'une cour supérieure en matière civile — Une disposition du Code criminel fait de la désobéissance à une ordonnance judiciaire une infraction criminelle à moins que « la loi ne prévoit expressément une peine ou un autre mode de procédure » — Procédure pour outrage établie par les Règles de procédure civile — Est-ce que l'exception prévue par la disposition du Code criminel s'applique? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 127 — Règles de procédure civile de l'Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 60.11, 60.12.

R. c. Maybin 30

Droit criminel — Infractions — Homicide involontaire coupable — Causalité — Accusé ayant fait perdre connaissance à la victime en lui assenant un coup de poing à la tête lors d'une bagarre dans un bar — Intervention d'un tiers qui a frappé la victime à la tête — Victime décédée à la suite de ses blessures — Quand un acte intermédiaire commis par un tiers rompt-il le lien de causalité entre l'acte de l'accusé et la mort de la victime de sorte que l'accusé est exonéré de toute responsabilité légale? — Le juge du procès pouvait-il conclure que les agressions commises par l'accusé demeuraient une cause ayant contribué à la mort de façon appréciable malgré l'acte intermédiaire?

R. c. Mayuran 162

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation — Déclaration de culpabilité prononcée à l'encontre de l'accusée pour meurtre au deuxième degré — Le moyen de défense de provocation aurait-il dû être soumis au jury? — L'élément objectif de la défense de provocation est-il établi de sorte que la défense est vraisemblable? — La juge du procès a-t-elle commis des erreurs en instruisant le jury? — Si oui, la disposition réparatrice s'applique-t-elle?

R. c. Roy 60

Droit criminel — Conduite dangereuse d'un véhicule à moteur — Éléments de l'infraction — Mens rea — La preuve de l'actus reus de l'infraction permet-elle, à elle seule, de conclure à l'existence de l'élément de faute requis? — La conduite de l'accusé constitue-t-elle un écart marqué par rapport à la norme de diligence? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 249.

Droit criminel — Appels — Le juge du procès a-t-il appliqué des principes de droit erronés lors de l'examen de l'élément de faute de l'infraction? — Dans l'affirmative, son erreur était-elle sans conséquence? — Si l'appel est

CONTENTS (Concluded)

finding that accused was member of criminal organization — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 467.1 “criminal organization”, s. 467.13.

Criminal law — Criminal organization — Commission of offence for criminal organization — Accused purchasing drugs from and supplying drugs to large drug-trafficking organization — Whether trial judge erred in finding that accused operated in association with criminal organization when he acted as its client and its supplier — Meaning of phrase “in association with” in s. 467.12 of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.

Tessier Ltée v. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail) 3

Constitutional law — Division of powers — Labour relations — Company normally and habitually providing crane and heavy equipment rental services and, to lesser extent, stevedoring services — Whether stevedoring activities form part of federal jurisdiction over shipping — Whether stevedoring activities form integral part of federally regulated undertaking — Whether company’s employees governed by federal or provincial occupational health and safety legislation — Constitution Act, 1867, ss. 91(10), 92(10), (13).

Westmount (City) v. Rossy 136

Insurance — Automobile insurance — No-fault public automobile insurance scheme — Tree falling on vehicle causing driver’s death — Type of causal link necessary between damage and automobile — Whether driver’s injuries were “caused by an automobile, by the use thereof or by the load carried in or on an automobile” — Automobile Insurance Act, R.S.Q., c. A-25, s. 1 “accident”, “damage caused by an automobile”.

Civil procedure — Exception to dismiss action — Tree falling on vehicle causing driver’s death — Driver’s family members filing action in damages against city where accident occurred — Whether civil claim barred by virtue of public automobile insurance scheme’s application — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 75.1, 165(4) — Automobile Insurance Act, R.S.Q., c. A-25, s. 83.57.

SOMMAIRE (Suite)

accueilli, la Cour devrait-elle ordonner la tenue d’un nouveau procès ou prononcer un acquittement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

R. c. Venneri 211

Stupéfiants — Possession de drogue en vue d’en faire le trafic — Possession imputée ou conjointe — Conclusion du juge du procès selon laquelle l’accusé avait comploté avec d’autres en vue de se livrer au trafic de la drogue — L’accusé était-il en possession conjointe de la cocaïne saisie aux domiciles de cocomploteurs? — La possession de cocaïne était-elle une conséquence prévisible du complot en vue de faire le trafic de la cocaïne? — La condamnation de l’accusé équivaut-elle à un verdict déraisonnable au sens du sous-al. 686(1)a)(i) du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(2).

Droit criminel — Organisation criminelle — Charger une personne de commettre une infraction au profit d’une organisation criminelle — Achat et vente de drogue par l’accusé à une vaste organisation de trafic de stupéfiants — Degré d’organisation ou de structure nécessaire pour fonder la conclusion qu’un groupe constitue une « organisation criminelle » — Le juge du procès a-t-il fait erreur en concluant que l’accusé était membre d’une organisation criminelle? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 467.1 « organisation criminelle », art. 467.13.

Droit criminel — Organisation criminelle — Perpétration d’une infraction au profit d’une organisation criminelle — Achat et vente de drogue par l’accusé à une vaste organisation de trafic de stupéfiants — Le juge du procès a-t-il fait erreur en concluant que l’accusé agissait en association avec l’organisation criminelle lorsqu’il était son client et son fournisseur? — Interprétation de l’expression « en association avec » à l’art. 467.12 du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

Tessier Ltée c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail) 3

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Relations du travail — Société loue normalement et habituellement des grues et de la machinerie lourde et, dans une moindre mesure, offre des services de débardage — Les activités de débardage sont-elles visées par la compétence du fédéral relativement à la navigation et aux bâtiments ou navires? — Les activités de débardage font-elles partie intégrante d’une entreprise assujettie à la réglementation fédérale? — Les employés de la société sont-ils régis par la législation fédérale ou par la législation provinciale en matière de santé et sécurité au travail? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(10), 92(10), (13).

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

Westmount (Ville) c. Rossy 136

Assurance — Assurance automobile — Régime public d'assurance automobile sans égard à la responsabilité — Arbre tombé sur un véhicule cause la mort du conducteur — Type de lien de causalité nécessaire entre le préjudice et l'automobile — Le préjudice subi par le conducteur a-t-il été « causé par une automobile, par son usage ou par son chargement »? — Loi sur l'assurance automobile, L.R.Q., ch. A-25, art. 1 « accident », « préjudice causé par une automobile ».

Procédure civile — Moyens de non-recevabilité — Arbre tombé sur un véhicule cause la mort du conducteur — Membres de la famille du conducteur intentent une poursuite en dommages-intérêts contre la ville où s'est produit l'accident — La poursuite civile est-elle irrecevable du fait de l'application du régime public d'assurance automobile? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 75.1, 165(4) — Loi sur l'assurance automobile, L.R.Q., ch. A-25, art. 83.57.

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 2, 2012

2^e volume, 2012

Tessier Ltée *Appellant*

v.

Commission de la santé et de la sécurité du travail *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of British Columbia and Commission des lésions professionnelles *Intervenors*

**INDEXED AS: TESSIER LTÉE v. QUÉBEC
(COMMISSION DE LA SANTÉ ET DE LA
SÉCURITÉ DU TRAVAIL)**

2012 SCC 23

File No.: 33935.

2012: January 17; 2012: May 17.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

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

Constitutional law — Division of powers — Labour relations — Company normally and habitually providing crane and heavy equipment rental services and, to lesser extent, stevedoring services — Whether stevedoring activities form part of federal jurisdiction over shipping — Whether stevedoring activities form integral part of federally regulated undertaking — Whether company's employees governed by federal or provincial occupational health and safety legislation — Constitution Act, 1867, ss. 91(10), 92(10), (13).

T is a heavy equipment rental company that rents out cranes and heavy equipment. It also engages in intra-provincial road transportation and maintenance and repair of equipment. In 2005-2006, some of its cranes were used for stevedoring. This activity represented 14 percent of its overall revenue and 20 percent of the salaries paid to employees. T's stevedoring services

Tessier Ltée *Appelante*

c.

Commission de la santé et de la sécurité du travail *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général de la Colombie-Britannique et Commission des lésions professionnelles *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : TESSIER LTÉE c. QUÉBEC
(COMMISSION DE LA SANTÉ ET DE LA
SÉCURITÉ DU TRAVAIL)**

2012 CSC 23

N° du greffe : 33935.

2012 : 17 janvier; 2012 : 17 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Relations du travail — Société loue normalement et habituellement des grues et de la machinerie lourde et, dans une moindre mesure, offre des services de débarquement — Les activités de débarquement sont-elles visées par la compétence du fédéral relativement à la navigation et aux bâtiments ou navires? — Les activités de débarquement font-elles partie intégrante d'une entreprise assujettie à la réglementation fédérale? — Les employés de la société sont-ils régis par la législation fédérale ou par la législation provinciale en matière de santé et sécurité au travail? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(10), 92(10), (13).

T est une société qui offre des services de location de machinerie lourde et de grues, de transport routier intraprovincial ainsi que d'entretien et de réparation d'équipement. En 2005-2006, certaines de ses grues servaient à faire du débarquement. Cette activité générait 14 p. 100 du chiffre d'affaires de la société et représentait 20 p. 100 des salaires qu'elle versait. Les services

were not performed by a discrete unit of employees; the employees were fully integrated into T's workforce and worked interchangeably across the different sectors of the organization. At the relevant time, all of T's activities took place within the province of Quebec.

In 2006, and based on the *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529, T's parent company sought a declaration from Quebec's Commission de la santé et de la sécurité du travail ("CSST") that T's activities fell under federal jurisdiction and that it was not, as a result, subject to provincial occupational health and safety legislation. T argued that its stevedoring activities are part of the federal government's jurisdiction over shipping, with the result that its employees should be federally regulated. The CSST concluded that T's activities came under provincial jurisdiction. This conclusion was upheld by the Commission des lésions professionnelles but was overturned by the Superior Court. The Court of Appeal allowed the appeal and agreed that provincial regulation applied, based primarily on the findings that stevedoring represented only a minor part of T's overall operations, that it did not have a special stevedoring division, and that T had not adduced evidence of the nature of its contractual or organizational relationships with the federal shipping companies it serviced.

Held: The appeal should be dismissed.

Since *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396, labour relations is presumptively a provincial matter. Despite the provinces' presumptive interest in the regulation of labour relations, the federal government has jurisdiction to regulate labour relations in two circumstances: when the employment relates to a work, undertaking, or business within the legislative authority of Parliament; or when it is an integral part of a federally regulated undertaking, sometimes referred to as derivative jurisdiction.

In the case of derivative jurisdiction, the essential operational nature of a work, business or undertaking is assessed to determine if that ongoing nature renders the work integral to a federal undertaking. The focus of the analysis is on the relationship between the activity, the particular employees under scrutiny, and the federal operation that is said to benefit from the work of those employees. The relationship is to be considered from the perspective both of the federal undertaking and that

de débardage offerts par T n'étaient pas exécutés par une unité distincte d'employés, mais plutôt par des employés totalement intégrés à la main d'œuvre de T et qui travaillaient dans les différents secteurs de l'entreprise. Durant la période pertinente, toutes les activités de T s'exerçaient dans la province de Québec.

En 2006, en se fondant sur la *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529, la société mère de T a demandé à la Commission de la santé et de la sécurité du travail (« CSST ») de déclarer que les activités de T relevaient de la compétence fédérale et que, par conséquent, elle n'était pas assujettie à la législation provinciale en matière de santé et de sécurité au travail. T a soutenu que ses opérations de débardage relevant de la compétence fédérale en matière de transport maritime, ses employés devraient être régis par la législation fédérale. La CSST a conclu que les activités de T relevaient de la compétence provinciale, conclusion que la Commission des lésions professionnelles a confirmée et qui a ensuite été infirmée par la Cour supérieure. La Cour d'appel a accueilli le pourvoi interjeté devant elle et statué que la réglementation provinciale s'appliquait, principalement parce que le débardage ne constituait qu'un pourcentage minime des activités de T, que celle-ci n'avait pas de division spécialisée dans ce domaine et qu'elle n'avait présenté aucune preuve relative à la nature de sa relation contractuelle ou organisationnelle avec les sociétés de transport maritime auxquelles elle fournissait des services.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Depuis *Toronto Electric Commissioners c. Snider*, [1925] A.C. 396, les tribunaux reconnaissent l'existence d'une présomption selon laquelle le pouvoir de légiférer sur les relations de travail appartient aux provinces. En dépit de cette présomption, le fédéral a compétence en matière de réglementation du travail dans deux circonstances : lorsque l'emploi s'exerce dans le cadre d'un ouvrage, d'une entreprise ou d'un commerce relevant du pouvoir législatif du Parlement ou lorsqu'il se rapporte à une activité faisant partie intégrante d'une entreprise assujettie à la réglementation fédérale, ce qui est parfois appelé compétence dérivée.

Dans le cas de la compétence dérivée, on examine la nature fonctionnelle essentielle de l'ouvrage, du commerce ou de l'entreprise pour déterminer si cette nature constante est telle que l'ouvrage fait partie intégrante d'une entreprise fédérale. L'analyse met l'accent sur la relation entre l'activité, les employés concernés et l'entreprise fédérale à laquelle le travail des employés est censé profiter. Il faut examiner le lien entre l'entreprise fédérale et l'activité censée en former une partie

of the work said to be integrally related, assessing the extent to which the effective performance of the federal undertaking is dependent on the services provided by the related operation, and how important those services were to the related work itself. The exceptional aspects of an enterprise do not determine its ongoing character.

Federal labour regulation may be justified when the services provided to the federal undertaking form the exclusive or principal part of the related work's activities. It may also be justified when the services provided to the federal undertaking are performed by employees who form a functionally discrete unit that can be constitutionally characterized separately from the rest of the related operation. If the employees performing the work do not form a discrete unit and are fully integrated into the related operation, then even if the work of those employees is vital to the functioning of a federal undertaking, it will not render federal an operation that is otherwise local if the work represents an insignificant part of the employees' time or is a minor aspect of the essential ongoing nature of the operation.

In this case, T devoted the majority of its efforts to provincially regulated activities. Its essential operational nature is local, and its stevedoring activities, which are integrated with its overall operations, form a relatively minor part of its overall operation. As a result, T's employees are governed by provincial occupational health and safety legislation.

Cases Cited

Explained: *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529; **referred to:** *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396; *NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696; *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1993] 3 S.C.R. 327; *United Transportation Union v. Central Western Railway Corp.*, [1990] 3 S.C.R. 1112; *Agence Maritime Inc. v. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] S.C.R. 851; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers*, [1975] 1 S.C.R. 178; *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*,

intégrante dans la perspective de chacune, évaluant dans quelle mesure l'exploitation efficace de l'entreprise fédérale dépend des services fournis par l'entreprise connexe et soulevant l'importance de ces services pour l'entreprise connexe elle-même. Des éléments exceptionnels ne sauraient définir la nature fonctionnelle essentielle d'une entreprise.

L'assujettissement à la réglementation fédérale peut être justifié lorsque les services fournis à l'entreprise fédérale constituent la totalité ou la majeure partie de l'entreprise connexe. Il pourrait pareillement être justifié d'appliquer la réglementation fédérale lorsque les services fournis à l'entreprise fédérale sont exécutés par des employés appartenant à une unité fonctionnelle particulière qui peut se distinguer structurellement sur le plan constitutionnel du reste de l'entreprise connexe. Si les employés qui exécutent le travail ne forment pas une unité de travail distincte et sont pleinement intégrés à l'entreprise connexe, même si leur travail est essentiel au fonctionnement d'une entreprise fédérale, cela n'a pas pour effet de rendre fédérale une entreprise autrement locale si ce travail ne représente qu'une partie négligeable de l'emploi du temps des employés ou qu'un aspect mineur de la nature essentielle constante de l'exploitation.

En l'espèce, la plus grande partie des activités de T étaient de celles qui sont régies par le provincial. Elle est fonctionnellement de nature essentiellement locale, et ses services de débardage, qui sont intégrés à ses autres activités, constituent une partie relativement minime de son entreprise globale. Par conséquent, les employés de T sont régis par la législation provinciale en matière de santé et sécurité au travail.

Jurisprudence

Arrêt expliqué : *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529; **arrêts mentionnés :** *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Toronto Electric Commissioners c. Snider*, [1925] A.C. 396; *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696; *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767; *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327; *Travailleurs unis des transports c. Central Western Railway Corp.*, [1990] 3 R.C.S. 1112; *Agence Maritime Inc. c. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] R.C.S. 851; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 178; *Colombie-Britannique (Procureur général)*

2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86; *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200; *Consolidated Fastfrate Inc. v. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 SCC 53, [2009] 3 S.C.R. 407; *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115; *Canada Labour Relations Board v. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 147; *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733; *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322; *Johnston Terminals and Storage Ltd. v. Vancouver Harbour Employees' Association Local 517*, [1981] 2 F.C. 686; *Acton Transport Ltd. v. British Columbia (Director of Employment Standards)*, 2010 BCCA 272, 5 B.C.L.R. (5th) 1; *Consumers' Gas Co. v. National Energy Board* (1996), 195 N.R. 150; *R. v. Blenkhorn-Sayers Structural Steel Corp.*, 2008 ONCA 789, 304 D.L.R. (4th) 498; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local 348 v. Labour Relations Board* (1995), 168 A.R. 204; *General Teamsters, Local Union No. 362 v. MacCosham Van Lines Ltd.*, [1979] 1 C.L.R.B.R. 498; *Attorney-General for Ontario v. Winner*, [1954] A.C. 541.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001.
Act respecting occupational health and safety, R.S.Q., c. S-2.1.
Canada Labour Code, R.S.C. 1985, c. L-2.
Constitution Act, 1867, ss. 91, 92.

Authors Cited

Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2009, release 1).
 Patenaude, Micheline. « L'entreprise qui fait partie intégrante de l'entreprise fédérale » (1991), 32 *C. de D.* 763.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Robert C.J. and Rochette and Bouchard J.J.A.), 2010 QCCA 1642, [2010] R.J.Q. 2131, [2010] C.L.P. 691, [2010] R.J.D.T. 1027, SOQUIJ AZ-50671246, [2010] J.Q. n° 9074 (QL), 2010

c. Lafarge Canada Inc., 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86; *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200; *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 CSC 53, [2009] 3 R.C.S. 407; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; *Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 147; *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733; *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322; *Johnston Terminals and Storage Ltd. c. Association des employés du port de Vancouver, section locale 517*, [1981] 2 C.F. 686; *Acton Transport Ltd. c. British Columbia (Director of Employment Standards)*, 2010 BCCA 272, 5 B.C.L.R. (5th) 1; *Consumers' Gas Co. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1996] A.C.F. n° 320 (QL); *R. c. Blenkhorn-Sayers Structural Steel Corp.*, 2008 ONCA 789, 304 D.L.R. (4th) 498; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local 348 c. Labour Relations Board* (1995), 168 A.R. 204; *General Teamsters, Local Union No. 362 c. MacCosham Van Lines Ltd.*, [1979] 1 C.L.R.B.R. 498; *Attorney-General for Ontario c. Winner*, [1954] A.C. 541.

Lois et règlements cités

Code canadien du travail, L.R.C. 1985, ch. L-2.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92.
Loi sur la santé et la sécurité du travail, L.R.Q., ch. S-2.1.
Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001.

Doctrine et autres documents cités

Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2009, release 1).
 Patenaude, Micheline. « L'entreprise qui fait partie intégrante de l'entreprise fédérale » (1991), 32 *C. de D.* 763.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (le juge en chef Robert et les juge Rochette et Bouchard), 2010 QCCA 1642, [2010] R.J.Q. 2131, [2010] C.L.P. 691, [2010] R.J.D.T. 1027, SOQUIJ AZ-50671246, [2010] J.Q. n° 9074 (QL),

CarswellQue 15641, reversing a decision of Viens J., 2009 QCCS 576, [2008] C.L.P. 1607, SOQUIJ AZ-50538032, [2009] J.Q. n° 1155 (QL), 2009 CarswellQue 1473. Appeal dismissed.

André Asselin, Sébastien Gobeil and Maxime-Arnaud Keable, for the appellant.

Pierre-Michel Lajeunesse, for the respondent.

Robin K. Basu and Shannon M. Chace, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jean-Vincent Lacroix, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Jonathan G. Penner and Freya Zaltz, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

No one appeared for the intervener Commission des lésions professionnelles.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — Tessier Ltée is a heavy equipment rental company that rents out cranes for a variety of purposes and provides technical, operational, supervisory and consulting services in connection with its crane leasing. It is also engaged in other activities, including intra-provincial road transportation and maintenance and repair of equipment.

[2] In 2005-2006, Tessier had 25 cranes which were used in construction work and industrial maintenance. Some were also used for the loading and unloading of ships, an activity known as longshoring or stevedoring. All of its activities took place within the province of Quebec.

[3] Stevedoring represented 14 percent of Tessier's overall revenue and 20 percent of the salaries paid to employees. Tessier's employees worked across the different sectors of the organization — an employee who operates a crane at a port one day may be involved in operating it at a construction site, or driving a truck, the next.

2010 CarswellQue 9533, qui a infirmé une décision du juge Viens, 2009 QCCS 576, [2008] C.L.P. 1607, SOQUIJ AZ-50538032, [2009] J.Q. n° 1155 (QL), 2009 CarswellQue 1473. Pourvoi rejeté.

André Asselin, Sébastien Gobeil et Maxime-Arnaud Keable, pour l'appelante.

Pierre-Michel Lajeunesse, pour l'intimée.

Robin K. Basu et Shannon M. Chace, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean-Vincent Lacroix, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Jonathan G. Penner et Freya Zaltz, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Personne n'a comparu pour l'intervenante la Commission des lésions professionnelles.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Tessier Ltée est une société de location de machinerie lourde; elle loue des grues à diverses fins et fournit les services de grutiers, des services de supervision et des services-conseils en lien avec la location de grues. Elle mène aussi d'autres activités, dont le transport routier intraprovincial ainsi que l'entretien et la réparation d'équipement.

[2] En 2005-2006, Tessier possédait 25 grues utilisées pour des travaux de construction ou d'entretien industriel; certaines grues servaient aussi pour le chargement ou le déchargement de navires, activité connue sous le nom de débardage. Toutes ces activités s'exerçaient dans la province de Québec.

[3] Les opérations de débardage généraient 14 p. 100 du chiffre d'affaires de Tessier et représentaient 20 p. 100 des salaires qu'elle versait. Les employés de Tessier travaillaient dans tous les secteurs de l'entreprise — un grutier envoyé dans un port une journée pouvait le lendemain être affecté dans un chantier de construction et le surlendemain conduire un camion.

[4] The issue in this appeal is whether Tessier's employees are governed by federal or provincial occupational health and safety legislation.

Background

[5] Quebec's occupational health and safety statute is the *Act respecting occupational health and safety*, R.S.Q., c. S-2.1 (*Loi sur la santé et la sécurité du travail* or *LSST*). It is administered by the Commission de la santé et de la sécurité du travail (CSST), and financed by contributions based on rates of assessment the CSST imposes on employers under its jurisdiction. It does not apply to federal undertakings: *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749.

[6] The *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, R.S.Q., c. A-3.001 (*Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* or *LATMP*), is Quebec's workers' compensation statute. The administration of this Act is also funded by employer contributions paid to the CSST, but it applies to all undertakings operating in Quebec, whether federal or provincial.

[7] There are therefore two separate rates of assessment established by the CSST. Its "general" rates apply to provincial undertakings, whose contributions go towards financing the administration of both the *LSST* and the *LATMP*. The "particular" rates apply to federal undertakings and exclude any fees that are directed at financing the *LSST*.

[8] In 2006, Tessier's parent company, Groupe Desgagnés, sought a declaration from the CSST that Tessier's activities fell under federal jurisdiction and that it was not, as a result, subject to the CSST's general rates. It argued that Tessier's stevedoring activities are part of the federal government's jurisdiction over shipping, with the result that its employees should be federally regulated.

[9] The CSST concluded that Tessier's activities came under provincial jurisdiction. This conclusion was upheld by the Commission des lésions

[4] En l'espèce, la Cour doit déterminer si, en matière de santé et sécurité au travail, les employés de Tessier sont régis par les lois fédérales ou par les lois provinciales.

Contexte

[5] La loi du Québec en cette matière s'intitule *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., ch. S-2.1 (*LSST*). Son application relève de la Commission de la santé et de la sécurité du travail (CSST). Celle-ci est financée par des cotisations versées par les employeurs qui relèvent de sa compétence et établies en fonction de taux fixés par la CSST. Cette loi ne s'applique pas aux entreprises fédérales : *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749.

[6] L'indemnisation des accidents de travail est régie au Québec par la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001 (*LATMP*). Le financement de l'application de cette loi repose lui aussi sur le versement de cotisations à la CSST par les employeurs, mais toutes les entreprises exploitées au Québec, qu'elles relèvent du fédéral ou des provinces, y contribuent.

[7] La CSST établit donc deux taux de cotisation. Le taux « général » s'applique aux entreprises provinciales, dont les cotisations servent à financer l'application à la fois de la *LSST* et de la *LATMP*. Le taux « particulier » s'applique aux entreprises fédérales et exclut toute cotisation à l'égard de l'application de la *LSST*.

[8] En 2006, la société mère de Tessier, Groupe Desgagnés, a demandé à la CSST de déclarer que le taux général de cotisation n'était pas applicable à Tessier en raison de la nature fédérale de ses activités. Elle a soutenu que les opérations de débarquement de Tessier relevant de la compétence fédérale en matière de transport maritime, ses employés devraient être régis par la législation fédérale.

[9] La CSST a conclu que les activités de Tessier relevaient de la compétence provinciale, conclusion que la Commission des lésions professionnelles

professionnelles (CLP) but was overturned by the Quebec Superior Court. The Quebec Court of Appeal agreed with the CSST and CLP that provincial regulation applied, based primarily on the findings that stevedoring represented only a minor part of Tessier's overall operations, that it did not have a special stevedoring division, and that it had not adduced evidence of the nature of its contractual or organizational relationships with the federal shipping companies it serviced.

[10] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

Analysis

[11] Jurisdiction over labour relations and working conditions is not delegated to either the provincial or federal governments under s. 91 or s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. But since *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396 (P.C.), courts have accepted that legislation respecting labour relations is presumptively a provincial matter since it engages the provinces' authority over property and civil rights under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*: *NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696, at para. 11.

[12] Despite the provinces' presumptive interest in the regulation of labour relations, there is still a federal presence in this area. As a result of the *Snider* decision, the federal government amended the predecessor to the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2, that had been at issue in that case, restricting its application to operations which were within federal legislative authority.

[13] The constitutional validity of this narrower statute was considered in *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529 (the *Stevedores Reference*), where this

(CLP) a confirmée et qui a ensuite été infirmée par la Cour supérieure du Québec. La Cour d'appel du Québec a donné raison à la CSST ainsi qu'à la CLP et statué que la réglementation provinciale s'appliquait, principalement parce que le débardage ne constituait qu'un pourcentage minime des activités de Tessier, que celle-ci n'avait pas de division spécialisée dans ce domaine et qu'elle n'avait présenté aucune preuve relative à la nature de sa relation contractuelle ou organisationnelle avec les sociétés de transport maritime auxquelles elle fournissait des services.

[10] Pour les motifs exposés ci-après, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Analyse

[11] Les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'attribuent pas la compétence sur les relations et conditions de travail à l'ordre fédéral ou provincial de gouvernement. Cela étant dit, depuis *Toronto Electric Commissioners c. Snider*, [1925] A.C. 396 (C.P.), les tribunaux reconnaissent l'existence d'une présomption selon laquelle le pouvoir de légiférer sur les relations de travail appartient aux provinces parce que cet objet tombe sous le chef de compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils prévu au par. 92(13) : *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696, par. 11.

[12] Cette présomption n'exclut toutefois pas entièrement l'activité réglementaire fédérale à l'égard des relations de travail. Par suite de l'arrêt *Snider*, le législateur fédéral a modifié la loi en cause dans cette affaire, dont est issu le *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, ch. L-2, pour en restreindre l'application aux activités ressortissant au pouvoir législatif fédéral.

[13] La validité constitutionnelle de cette loi de portée plus limitée a été examinée dans *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529 (*l'Affaire des débardeurs*),

Court answered two reference questions: whether this restricted federal labour legislation was *intra vires* Parliament; and whether it applied to the Toronto employees of a particular stevedoring company which engaged exclusively in stevedoring and did all the loading and unloading for seven companies engaged in extra-provincial shipping.

[14] This Court, in nine separate sets of reasons, answered the first question by unanimously upholding the federal statute, and concluding that notwithstanding *Snider*, Parliament was entitled to regulate labour relations when jurisdiction over the undertakings were an integral part of Parliament's competence under a federal head of power. As Abbott J. wrote:

... the determination of such matters as hours of work, rates of wages, working conditions and the like, is in my opinion a vital part of the management and operation of any commercial or industrial undertaking. This being so, the power to regulate such matters, in the case of undertakings which fall within the legislative authority of Parliament lies with Parliament and not with the Provincial Legislatures. [Emphasis added; p. 592.]

[15] This Court has repeatedly confirmed Justice Abbott's conclusion that a level of government cannot have exclusive authority to manage a work or undertaking without having the analogous power to regulate its labour relations: *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767, at pp. 771-72; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, at pp. 816-17, 825-26 and 833; *Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1993] 3 S.C.R. 327, at pp. 363-64 and 368-69. See also H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (5th ed. 2008), at pp. 533 and 535.

[16] As to the second question in the *Stevedores Reference* asking which level of government had authority over the particular stevedoring company's

où la Cour a répondu à deux questions de renvoi : celle de la compétence du législateur fédéral pour adopter cette loi limitée relative au travail et celle de l'applicabilité de la loi en question aux employés d'une société particulière de débardage en poste à Toronto, exclusivement affectés au débardage et qui effectuaient toutes les opérations de chargement et de déchargement de sept sociétés de transport maritime extraprovincial.

[14] Dans des motifs rédigés par chacun des neuf juges, la Cour a répondu à la première question en confirmant à l'unanimité la validité de la loi fédérale et en concluant que, malgré l'arrêt *Snider*, le Parlement peut légiférer en matière de relations de travail lorsqu'il est établi que la compétence à l'égard d'une entreprise est partie intégrante de la compétence principale du Parlement sur un autre sujet. Ainsi que l'a exposé le juge Abbott :

[TRADUCTION] ... les décisions portant sur des sujets tels que la durée du travail, les taux de salaire, les conditions de travail et autres matières analogues constituent à mon avis une partie essentielle de l'administration et de l'exploitation de toute entreprise commerciale ou industrielle. Ceci étant, le pouvoir de réglementer de telles matières dans les entreprises qui tombent sous l'autorité législative du Parlement revient au Parlement et non aux législatures provinciales. [Je souligne; p. 592.]

[15] La Cour a maintes fois confirmé la conclusion du juge Abbott voulant que la compétence exclusive d'un ordre de gouvernement à l'égard d'un ouvrage ou d'une entreprise emporte le pouvoir d'en réglementer les relations de travail : *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767, p. 771-772; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, p. 816-817, 825-826 et 833; *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327, p. 363-364 et 368-369. Voir aussi H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (5^e éd. 2008), p. 533 et 535.

[16] Pour ce qui est de la deuxième question posée dans l'*Affaire des débardeurs*, soit celle relative au gouvernement ayant compétence à l'égard

labour relations, eight of nine judges¹ concluded in separate reasons that the federal labour statute applied to the employees in question because the work they did was integral to the federal shipping companies that used them. Based on extensive evidence regarding the services that the stevedores provided to the shipping companies, the majority concluded that the employees devoted all of their time to the federally regulated companies, who relied on them exclusively for the loading and unloading of their cargo.

[17] In the *Stevedores Reference*, this Court therefore established that the federal government has jurisdiction to regulate employment in two circumstances: when the employment relates to a work, undertaking, or business within the legislative authority of Parliament; or when it is an integral part of a federally regulated undertaking, sometimes referred to as derivative jurisdiction. Dickson C.J. described these two forms of federal jurisdiction over labour relations as distinct but related in *United Transportation Union v. Central Western Railway Corp.*, [1990] 3 S.C.R. 1112, at pp. 1124-25.

[18] In the case of direct federal labour jurisdiction, we assess whether the work, business or undertaking's essential operational nature brings it within a federal head of power. In the case of derivative jurisdiction, we assess whether that essential operational nature renders the work integral to a federal undertaking. In either case, we determine which level of government has labour relations authority by assessing the work's essential operational nature.

[19] In this functional inquiry, the court analyzes the enterprise as a going concern and considers only its ongoing character: *Commission du*

des relations de travail de la société de débardage en cause, huit des neuf juges¹ ont conclu dans des motifs distincts que la loi fédérale en matière de travail s'appliquait parce que les tâches accomplies par les employés faisaient partie intégrante des sociétés d'expédition fédérales qui les employaient. Les juges majoritaires ont conclu, en se fondant sur la preuve abondante se rapportant aux services de débardage fournis aux sociétés de transport maritime, que les employés consacraient tout leur temps à ces sociétés assujetties aux lois fédérales, lesquelles faisaient exclusivement appel à eux pour charger et décharger leurs marchandises.

[17] Dans l'*Affaire des débardeurs*, la Cour a donc établi que le fédéral a compétence en matière de réglementation du travail dans deux circonstances : lorsque l'emploi s'exerce dans le cadre d'un ouvrage, d'une entreprise ou d'un commerce relevant du pouvoir législatif du Parlement ou lorsqu'il se rapporte à une activité faisant partie intégrante d'une entreprise assujettie à la réglementation fédérale, ce qui est parfois appelé compétence dérivée. Dans *Travailleurs unis des transports c. Central Western Railway Corp.*, [1990] 3 R.C.S. 1112, p. 1124-1125, le juge en chef Dickson a indiqué qu'il s'agissait là de deux formes de compétence distinctes mais connexes.

[18] S'agissant de la compétence fédérale directe en matière de travail, on détermine si la nature fonctionnelle essentielle de l'ouvrage, du commerce ou de l'entreprise le fait tomber dans un champ de compétence fédérale, tandis que dans le cas de la compétence dérivée, on détermine si cette nature est telle que l'ouvrage fait partie intégrante d'une entreprise fédérale. Dans les deux cas, l'attribution de la compétence en matière de relations de travail nécessite l'établissement de la nature fonctionnelle essentielle de l'ouvrage.

[19] Cette évaluation fonctionnelle suppose l'analyse de l'entreprise en tant qu'entreprise active, en fonction de ses caractéristiques constantes

1 Justice Locke held that the Act applied to the stevedores but did not apply to clerical staff; Justice Rand held that the Act did not apply to any of the employees.

1 Selon le juge Locke, la Loi s'appliquait aux débardeurs, mais non aux employés de bureau; selon le juge Rand, la Loi ne s'appliquait à aucun des employés.

salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada. The exceptional aspects of an enterprise do not determine its essential operational nature. A small number of exceptional extra-provincial voyages which are not part of the local transportation company's regular operations, for example, do not determine the nature of a maritime transportation operation (*Agence Maritime Inc. v. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] S.C.R. 851), nor does one contract determine the nature of a construction undertaking (*Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754). Nor will a small amount of local activity overwhelm the nature of an undertaking that is otherwise an integral part of the postal service (*Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers*, [1975] 1 S.C.R. 178).

[20] Tessier's claim that it is a federal undertaking is based on its involvement with activities related to the shipping industry. Specifically, Tessier argued that this Court concluded in the *Stevedores Reference* that stevedoring is an essential part either of "[n]avigation and [s]hipping" under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867* or "[l]ines of [s]team or other [s]hips" under s. 92(10)(a) and (b) and is therefore subject to federal regulation. According to Tessier, any company whose employees are engaged in stevedoring is a company whose employees should be federally regulated for purposes of labour relations. Tessier therefore argued its case as one of direct jurisdiction. With respect, I do not share Tessier's interpretation either of the *Constitution Act* or the *Stevedores Reference*.

[21] The constitutional classification of the authority over the labour relations of stevedores flows from the allocation of powers over shipping. Sections 91(10) and 92(10) state:

91. [Powers of the Parliament] . . . it is hereby declared that . . . the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming

uniquement : *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*. Des éléments exceptionnels ne sauraient définir la nature fonctionnelle essentielle d'une entreprise. Ainsi, quelques voyages extraprovinciaux occasionnels ne faisant pas partie de ses activités régulières de transport local, par exemple, ne sont pas déterminants pour la nature d'une entreprise de transport maritime (*Agence Maritime Inc. c. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] R.C.S. 851). Un seul contrat ne saurait non plus être déterminant pour la nature d'une entreprise de construction (*Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754). De la même façon, un pourcentage tenu d'activité locale ne saurait changer la nature d'une entreprise faisant par ailleurs partie intégrante du service postal (*Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 178).

[20] Tessier invoque ses activités liées au transport maritime pour affirmer qu'elle est une entreprise fédérale. Elle soutient, plus particulièrement, que l'arrêt de la Cour dans l'*Affaire des débardeurs* établit que le débardage est un élément essentiel de la compétence sur « [l]a navigation et les bâtiments ou navires » visée au par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou de la compétence sur les « [l]ignes de bateaux à vapeur ou autres bâtiments » visée aux al. 92(10)a) et b) et qu'il est donc assujéti à la réglementation fédérale. Selon Tessier, les relations de travail de toute société dont les employés font du débardage doivent être régies par les lois fédérales. L'argumentation de Tessier est donc fondée sur la compétence directe. Avec égards, je ne peux retenir l'interprétation de la *Loi constitutionnelle* ou de l'*Affaire des débardeurs* proposée par Tessier.

[21] Le rattachement constitutionnel du pouvoir de légiférer sur les relations de travail des débardeurs découle de l'attribution des pouvoirs en matière de transport maritime. Les paragraphes 91(10) et 92(10) sont ainsi conçus :

91. [Pouvoirs du parlement] . . . il est par la présente déclaré que [. . .] l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières

within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say,—

. . .

10. Navigation and Shipping.

. . .

92. [Exclusive Powers of Provincial Legislatures] In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say,—

. . .

10. Local Works and Undertakings other than such as are of the following Classes:—

a. Lines of Steam or other Ships, Railways, Canals, Telegraphs, and other Works and Undertakings connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province;

b. Lines of Steam Ships between the Province and any British or Foreign Country;

c. Such Works as, although wholly situate within the Province, are before or after their Execution declared by the Parliament of Canada to be for the general Advantage of Canada or for the Advantage of Two or more of the Provinces.

[22] Section 91(10) confers exclusive legislative jurisdiction to Parliament over “Navigation and Shipping”. The section is not limited territorially. It encompasses those aspects of navigation and shipping that engage national concerns which must be uniformly regulated across the country, regardless of their territorial scope. In *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86, at para. 62, this Court confirmed:

The scope of the s. 91(10) power includes maritime law which establishes the framework of legal relationships arising out of navigation and shipping activities. The

tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

. . .

10. La navigation et les bâtiments ou navires (*shipping*).

. . .

92. [Pouvoirs exclusifs des législatures provinciales] Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

. . .

10. Les travaux et entreprises d’une nature locale, autres que ceux énumérés dans les catégories suivantes :—

a. Lignes de bateaux à vapeur ou autres bâtiments, chemins de fer, canaux, télégraphes et autres travaux et entreprises reliant la province à une autre ou à d’autres provinces, ou s’étendant au-delà des limites de la province;

b. Lignes de bateaux à vapeur entre la province et tout pays dépendant de l’empire britannique ou tout pays étranger;

c. Les travaux qui, bien qu’entièrement situés dans la province, seront avant ou après leur exécution déclarés par le parlement du Canada être pour l’avantage général du Canada, ou pour l’avantage de deux ou d’un plus grand nombre des provinces;

[22] Le paragraphe 91(10) confère au Parlement la compétence législative exclusive sur « [l]a navigation et les bâtiments ou navires » sans l’assortir d’aucune restriction territoriale. Il englobe les aspects de la navigation et des bâtiments ou navires qui se rapportent à des objets nationaux exigeant une réglementation uniforme dans tout le pays, sans égard à leur portée territoriale. Dans *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86, la Cour a confirmé, au par. 62, que :

L’étendue de la compétence conférée par le par. 91(10) s’étend au droit maritime, qui établit le cadre des relations juridiques découlant des activités propres à la

federal power also includes the infrastructure of navigation and shipping activities. This power enables the federal government to build or regulate the necessary facilities like ports and to control the use of shipping lanes and waterways (A. Braën, *Le droit maritime au Québec* (1992), at pp. 68-75).

[23] The following aspects of navigation and shipping engage national concerns: maritime negligence law (*ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437); the execution of works for facilitating navigation (*Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200, at pp. 220-21); and harbours and ports (*Lafarge*). See also P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 22-21. In *Ordon Estate*, this Court explained:

5. The nature of navigation and shipping activities as they are practised in Canada makes a uniform maritime law a practical necessity. Much of maritime law is the product of international conventions, and the legal rights and obligations of those engaged in navigation and shipping should not arbitrarily change according to jurisdiction. The need for legal uniformity is particularly pressing in the area of tortious liability for collisions and other accidents that occur in the course of navigation . . . [para. 71]

Similarly, this Court has recognized that shipping undertakings need facilities to pick up and unload cargo so that the regulation of ports and harbours is not to be “hobbled by local interests”: *Lafarge*, at para. 64.

[24] But s. 91(10) does not confer *absolute* authority on the federal government to regulate shipping. Section 91(10) must be read in light of s. 92(10), the essential scheme of which is to divide legislative authority over transportation and communication works and undertakings based on the territorial scope of their activities.

navigation et aux bâtiments ou navires. La compétence fédérale s’étend aussi à l’infrastructure des activités liées à la navigation et aux bâtiments et navires. Elle permet au gouvernement fédéral de construire ou de réglementer les installations nécessaires, comme les ports, et de contrôler l’usage des voies maritimes et des eaux navigables (A. Braën, *Le droit maritime au Québec* (1992), p. 68-75).

[23] Les aspects suivants de la navigation et des bâtiments ou navires se rapportent à des objets nationaux : les règles de droit maritime relatives à la négligence (*ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437); la réalisation d’ouvrages pour faciliter la navigation (*Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200, p. 220-221); les havres et ports (*Lafarge*). Voir aussi P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 22-21. Dans *Succession Ordon*, la Cour a expliqué ce qui suit :

5. L’existence de règles de droit maritime uniformes est nécessaire en pratique à cause de la nature même des activités relatives à la navigation et aux expéditions par eau, telles qu’elles sont exercées au Canada. Bon nombre des règles de droit maritime sont le produit de conventions internationales et les droits et obligations juridiques de ceux qui se livrent à la navigation et aux expéditions par eau ne devraient pas changer de façon arbitraire suivant l’endroit où ils se trouvent. La nécessité de règles juridiques uniformes est particulièrement pressante dans le domaine de la responsabilité délictuelle pour abordages et autres accidents de navigation . . . [par. 71]

La Cour a pareillement reconnu que les entreprises de transport maritime ont besoin d’installations pour charger et décharger des marchandises et que, en conséquence, les « intérêts locaux ne sauraient entraver » la réglementation des ports et des havres : *Lafarge*, par. 64.

[24] Pour autant, le par. 91(10) ne confère pas au gouvernement fédéral un pouvoir de réglementation *absolu* sur le transport maritime. Il doit être lu en conjonction avec le par. 92(10) dont la fonction essentielle est d’opérer le partage du pouvoir législatif sur les ouvrages et entreprises de transport et de communication en fonction de la portée territoriale des activités.

[25] Section 92(10) gives authority to the provincial legislatures over local works and undertakings except those areas expressly referred to in s. 92(10)(a) and (b), including, among other things, lines of ships that operate beyond provincial boundaries. Under s. 92(10), the provinces are entitled to regulate transportation within their boundaries, while the federal government has jurisdiction over transportation that transcends provincial boundaries and connects the provinces with each other or with other countries.

[26] This Court has held that the matters assigned to the provinces and the federal government respectively under s. 92(10) and its exceptions limit the scope of the federal government's authority under s. 91(10). In *Agence Maritime Inc. v. Conseil canadien des relations ouvrières*, for example, the issue was which level of government had jurisdiction over the labour relations of a maritime transport company. For purposes of s. 92(10), *Agence Maritime* was an intra-provincial company since, except for irregular and exceptional out-of-province voyages, it operated wholly within the province of Quebec. Parliament could therefore not exercise labour authority over *Agence Maritime* under s. 92(10)(a) and (b). But *Agence Maritime* argued that its maritime transport operations nonetheless came within federal jurisdiction under s. 91(10) and were therefore subject to federal labour regulation. Fauteux J. confirmed that shipping undertakings within a province remain subject to provincial authority, stating that matters assigned exclusively to the provinces are not under federal jurisdiction:

[TRANSLATION] If the proposed interpretation were accepted, this would lead inevitably to the conclusion that in enacting ss. 91(29) and 92(10)(a) of the 1867 Act . . . the legislature spoke in vain [I]n a case such as this one, except as regards the navigation aspect, the combined effect of ss. 91(29) and 92(10)(a) and (b) is to exclude from Parliament's jurisdiction maritime transport undertakings whose operations are conducted strictly within a single province. [p. 859]

[25] Le paragraphe 92(10) confère aux législatures provinciales le pouvoir de légiférer sur les travaux et entreprises d'une nature locale autres que ceux qui sont énumérés aux al. 92(10)a) et b) qui visent notamment les lignes de bateaux exploitées au-delà des limites provinciales. Le paragraphe 92(10) permet la réglementation provinciale du transport intra-provincial, tandis que le gouvernement fédéral a compétence sur le transport qui dépasse les limites provinciales et qui relie les provinces à d'autres provinces ou à d'autres pays.

[26] La Cour a statué que les sujets attribués respectivement aux provinces et au gouvernement fédéral par le par. 92(10) ainsi que les exceptions qui y sont prévues restreignent la compétence fédérale prévue au par. 91(10). Dans *Agence Maritime Inc. c. Conseil canadien des relations ouvrières*, par exemple, la Cour devait déterminer de quel ordre de gouvernement relevaient les relations de travail d'une société de transport maritime. Les activités d'*Agence Maritime* ne dépassant pas, sauf dans de rares cas, les frontières du Québec, elle était une société intraprovinciale au sens où il faut l'entendre pour l'application du par. 92(10), et la compétence fédérale découlant des al. 92(10)a) ou b) ne s'exerçait donc pas à son égard. *Agence Maritime* soutenait que ses activités de transport maritime relevaient malgré tout de la compétence fédérale prévue au par. 91(10), et qu'elles étaient donc assujetties aux lois fédérales en matière de travail. Le juge Fauteux a confirmé que les entreprises de transport maritime exploitées à l'intérieur d'une province ressortissent à la province, déclarant que les objets attribués exclusivement aux provinces ne sont pas de compétence fédérale :

On ne saurait accueillir l'interprétation suggérée sans être conduit à conclure qu'en édictant les dispositions des art. 91(29) et 92(10)(a) du statut de 1867 [. . .] le Législateur a parlé pour ne rien dire. [. . .] [D]ans un cas comme celui qui nous occupe et sauf en ce qui concerne l'aspect navigation, les dispositions des art. 91(29) et 92(10)(a) et (b) ont collectivement pour effet d'exclure de la compétence du Parlement les entreprises de transport maritime dont les opérations sont effectuées strictement à l'intérieur d'une même province. [p. 859]

[27] The matters explicitly dealt with in s. 92(10) and its exceptions therefore limit the scope of Parliament's authority under s. 91(10). In fact, as Duff J. recognized in the *Reference re Waters and Water-Powers*:

If the subjects included under head 10, s. 91, embrace those falling within . . . “works and undertakings” connected with “navigation and shipping” . . . then . . . the subjects . . . connected with navigation and shipping in sub-heads (a) and (b) of s. 92(10) are nugatory . . . [p. 222]

[28] Section 92(10) concerns the authority over shipping works and undertakings, a power that, as noted, includes the authority to regulate the labour relations of those employed on the work or undertaking. The entire scheme of s. 92(10) turns on the territorial scope of the shipping activities concerned. The principle that has therefore developed about labour relations in the shipping context is that jurisdiction depends on the territorial scope of the activity in question. Since stevedoring is not itself a transportation activity that crosses provincial boundaries, it will not be subject to federal regulation directly under s. 92(10)(a) or (b): *Consolidated Fastfrate Inc. v. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 SCC 53, [2009] 3 S.C.R. 407, at paras. 43 and 61. Rather, a stevedoring work or undertaking will be subject to federal labour regulation if it is integral to a federal undertaking in a way that justifies imposing exceptional federal jurisdiction.

[29] That is how this Court has interpreted the *Stevedores Reference*. As previously noted, the eight judges in the *Stevedores Reference* who concluded that the Toronto shipping company was subject to federal labour regulation wrote separate reasons setting out different approaches to support their conclusions, making it unclear whether there was a unifying, underlying ratio.

[30] Tessier argued that it was directly subject to federal labour regulation, relying primarily on the following statement in Abbott J.'s reasons:

[27] Les objets expressément visés par le par. 92(10) et ses exceptions limitent donc la portée de la compétence fédérale conférée au par. 91(10). En fait, comme le juge Duff l'a reconnu dans *Reference re Waters and Water-Powers* :

[TRADUCTION] Si le par. 91(10) englobe les objets qui tombent sous le chef des « travaux et entreprises » liés à la « navigation et [aux] bâtiments ou navires » [. . .] alors [. . .] les objets [. . .] liés à la navigation et aux bâtiments ou navires aux al. 92(10)a) et b) deviennent théoriques . . . [p. 222]

[28] Le paragraphe 92(10) concerne le pouvoir de légiférer sur les travaux et entreprises de transport maritime, un pouvoir qui, comme on l'a vu, s'étend aux conditions de travail de ceux qui y sont employés. Cette disposition s'articule tout entière autour de la portée territoriale des activités visées. Ainsi, le principe qui s'est établi au sujet des relations de travail en contexte de transport maritime est que la compétence dépend de la portée territoriale de l'activité en cause. Puisque le débarquement n'est pas en soi une activité transfrontière de transport, il n'est pas assujéti à la réglementation fédérale par application directe des paragraphes 92(10)a) ou b) : *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 CSC 53, [2009] 3 R.C.S. 407, par. 43 et 61. Par conséquent, la réglementation fédérale en matière de travail ne s'appliquera aux travaux ou entreprises de débarquement que si ceux-ci font partie intégrante d'une entreprise fédérale d'une façon qui justifie qu'ils relèvent exceptionnellement de la compétence fédérale.

[29] C'est ainsi que la Cour a interprété l'*Affaire des débardeurs*. Comme je l'ai mentionné, les huit juges qui, dans cet arrêt, ont conclu à l'assujettissement de l'entreprise de transport maritime de Toronto à la réglementation fédérale en matière de travail ont rédigé des motifs distincts exposant des raisonnements différents, de sorte qu'il est difficile d'en dégager une possible assise unificatrice.

[30] Tessier a soutenu qu'elle était directement assujéti à la réglementation fédérale en matière de travail, en s'appuyant principalement sur le passage suivant des motifs du juge Abbott :

... the loading and unloading of ships ... is an essential part of the transportation of goods by water. As such, ... it comes within the exclusive legislative authority of Parliament under head 10 of s. 91 of the British North America Act "Navigation and Shipping" [p. 591]

This passage, Tessier argued, established that Parliament has direct jurisdiction over the labour relations of stevedores since stevedoring is an integral part of Parliament's competence over navigation and shipping.

[31] But over the years, this Court came instead to apply the derivative approach set out in the reasons of Estey J. After noting that the shipping companies which relied on the stevedores operated extra-provincially and came within federal legislative authority, Estey J. concluded as follows:

If . . . the work of stevedoring, as performed under the foregoing contracts, is an integral part or necessarily incidental to the effective operation of these lines of steam ships, legislation in relation thereto can only be competently enacted by the Parliament of Canada. [p. 568]

Because the stevedoring activities of the Toronto company were essential to the federally regulated shipping companies, Estey J. held that federal regulation applied to its employees. (See *Letter Carriers' Union of Canada*, per Ritchie J., at pp. 185-86, and *United Transportation Union*, at pp. 1136-38.)

[32] In *United Transportation Union*, Dickson C.J. summarized the *Stevedores Reference* as establishing the principle that a company that would otherwise be provincially regulated for purposes of labour relations, might nonetheless come under federal jurisdiction if the effective performance of the federal undertaking that relies on it would not be possible without the services of the related company. Federal jurisdiction over labour relations in such cases is based on a finding that

[TRADUCTION] ... le chargement et le déchargement de navires [. . .] constituent un élément essentiel du transport de marchandises par les eaux. Pour cette raison, [. . .] ils relèvent de la compétence législative exclusive du Parlement fédéral en vertu de la disposition 10 de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, intitulé « La navigation et les bâtiments ou navires » . . . [p. 591]

Selon Tessier, ce passage établit que le Parlement exerce une compétence directe sur les relations de travail des débardeurs, le débardage faisant partie intégrante du chef de compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires.

[31] Avec le temps, toutefois, la Cour en est plutôt venue à appliquer le principe de la compétence dérivée exposé dans les motifs du juge Estey. Après avoir indiqué que les débardeurs fournissaient leurs services à des sociétés de transport exerçant une entreprise extraprovinciale et relevant du pouvoir fédéral, le juge Estey a formulé la conclusion suivante :

[TRADUCTION] Si [. . .] l'arrimage exercé aux termes des contrats ci-dessus constitue une partie intégrante ou nécessairement accessoire de l'exploitation efficace de ces lignes de bateaux à vapeur, la législation qui porte sur lui ne peut être adoptée valablement que par le Parlement du Canada. [p. 568]

Parce que les activités de débardage de la société torontoise étaient essentielles pour les sociétés de transport maritime relevant de la compétence fédérale, le juge Estey a conclu que la réglementation fédérale était applicable aux débardeurs qu'elle employait. (Voir *Union des facteurs du Canada*, le juge Ritchie, p. 185-186, et *Travailleurs unis des transports*, p. 1136-1138.)

[32] Dans *Travailleurs unis des transports*, le juge en chef Dickson a résumé l'*Affaire des débardeurs* en indiquant qu'elle établissait le principe selon lequel une société dont les relations de travail seraient normalement régies par les lois provinciales pourrait néanmoins relever de la compétence fédérale si l'entreprise fédérale qui fait appel à ses services ne pouvait s'acquitter efficacement de ses activités sans elle. Le rattachement des relations de travail à la compétence fédérale, en de tels

the federal undertaking is dependent to a significant degree on the workers in question. In other words, federal jurisdiction was founded on the relationship between the activity of the stevedores and the relevant federal undertaking, not on the relationship between the stevedoring and the relevant head of power.

[33] Tessier's submission that it qualifies directly as a federal undertaking based on its stevedoring activities is therefore undermined by the fact that the *Stevedores Reference* has been interpreted as a case of derivative jurisdiction. That case did *not* establish that a company that does *any* stevedoring is automatically subject to federal regulation for purposes of labour relations. Any passages in the *Stevedores Reference* which suggest that Parliament has exclusive jurisdiction over the labour relations of all employees engaged in any regular stevedoring must therefore be seen as inconsistent with this Court's subsequent interpretations of that decision.

[34] The effect of the *Stevedores Reference* as interpreted over time, then, is that stevedoring is not an activity that brings an undertaking directly within a federal head of power, at least for purposes of labour relations regulation. Rather, Parliament will only be justified in regulating these labour relations if the stevedoring activities at issue are an integral part of the extra-provincial transportation by ship contemplated under s. 92(10)(a) and (b). This result is consistent with the understanding of the division of powers over shipping under ss. 91(10) and 92(10) and its exceptions reviewed above.

[35] What, then, is the analytical framework for assessing whether a related undertaking is integral to a federal undertaking?

[36] As noted, this Court first adopted the rule of derivative jurisdiction in the *Stevedores Reference*. In *Letter Carriers' Union of Canada*, the Court concluded that an undertaking could be subject to derivative federal labour jurisdiction even if

cas, résulte de la conclusion que l'entreprise fédérale dépend dans une mesure importante des travailleurs en cause. Autrement dit, l'assise de la compétence fédérale est la relation entre l'activité de débardage et l'entreprise fédérale concernée, non la relation entre le débardage et le chef de compétence en cause.

[33] Le fait que l'*Affaire des débardeurs* est considérée comme un cas de compétence dérivée affaiblit l'argument de Tessier selon lequel ses activités de débardage font directement d'elle une entreprise fédérale. Cet arrêt n'établit *pas* que dès qu'une société effectue du débardage ses relations de travail sont automatiquement assujetties à la réglementation fédérale. Tout passage de l'*Affaire des débardeurs* suggérant que le Parlement exerce une compétence exclusive sur les relations de travail de tous les employés effectuant des opérations régulières de débardage doit donc être considéré comme incompatible avec les interprétations subséquentes que la Cour a faites de cette affaire.

[34] Telle qu'elle a été interprétée au fil des ans, l'*Affaire des débardeurs* établit donc que le débardage n'est pas une activité qui fait directement tomber une entreprise sous un chef de compétence fédérale, à tout le moins pour ce qui est des relations de travail. La réglementation fédérale des relations de travail des débardeurs ne sera justifiée que si le débardage forme une partie intégrante du transport maritime extraprovincial envisagé aux al. 92(10)a) et b). Ce résultat est compatible avec la conception que nous avons exposée précédemment du partage des pouvoirs opéré par le par. 91(10) ainsi que par le par. 92(10) et ses exceptions en matière de transport maritime.

[35] Quel cadre d'analyse doit en conséquence servir pour déterminer si une entreprise connexe à une entreprise fédérale est une partie intégrante de cette dernière?

[36] On l'a vu, la Cour a commencé à élaborer la règle de la compétence dérivée dans l'*Affaire des débardeurs*. Dans *Union des facteurs du Canada*, elle a conclu que la compétence fédérale dérivée en matière de travail peut jouer même si une

its federally related activities were not all that it did. In that case, the undertaking devoted 90 per cent of its time to delivering and collecting mail under contracts with Canada Post and 10 per cent to purely local activities. Ritchie J. held that the mail-collecting activity, which was the main and principal part of the undertaking's operation, was essential to the function of the postal service and brought the undertaking within federal labour regulation.

[37] In *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115 (*Northern Telecom 1*), Dickson J. expanded on the rule of derivative qualification and explained the proper analytical framework for assessing whether a related company is vital to a federal undertaking. The issue in that case was whether the employees at Northern Telecom working as supervisors in its Western Region Installation Department were subject to federal or provincial labour jurisdiction. Dickson J. described the analytical framework as follows:

First, one must begin with the operation which is at the core of the federal undertaking. Then the courts look at the particular subsidiary operation engaged in by the employees in question. The court must then arrive at a judgment as to the relationship of that operation to the core federal undertaking, the necessary relationship being variously characterized as “vital”, “essential” or “integral”. [p. 132]

[38] The focus of the analysis is on the relationship between the activity, the particular employees under scrutiny, and the federal operation that is said to benefit from the work of those employees: *United Transportation Union*, at pp. 1138-39. The appeal in *Northern Telecom 1* was dismissed because of the absence of relevant evidence, but the theory behind the framework for assessing derivative labour jurisdiction has been consistently applied by this Court.

[39] In *Canada Labour Relations Board v. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 147, this Court

entreprise n'exerce pas uniquement des activités de nature fédérale. En l'occurrence, l'entreprise visée consacrait 90 p. 100 de son temps à la cueillette et à la livraison de courrier en exécution de contrats conclus avec Postes Canada et 10 p. 100 à des activités purement locales. Le juge Ritchie a statué que la distribution et la levée du courrier, qui constituaient la principale et plus importante partie du travail de l'entreprise, étaient essentielles au fonctionnement du service postal et en faisaient une entreprise assujettie à la réglementation fédérale en matière de travail.

[37] Dans *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115 (*Northern Telecom 1*), le juge Dickson a étoffé la règle de qualification de la compétence dérivée et expliqué le cadre d'analyse devant servir à déterminer si une société connexe est essentielle à une entreprise fédérale. Il s'agissait dans cette affaire de déterminer si les employés travaillant comme surveillants pour le service d'installation de la région de l'ouest de Northern Telecom étaient régis par les lois fédérales ou par les lois provinciales en matière de travail. Le juge Dickson a ainsi décrit le cadre d'analyse :

Premièrement, il faut examiner l'exploitation principale de l'entreprise fédérale. On étudie ensuite l'exploitation accessoire pour laquelle les employés en question travaillent. En dernier lieu on parvient à une conclusion sur le lien entre cette exploitation et la principale entreprise fédérale, ce lien nécessaire étant indifféremment qualifié « fondamental », « essentiel » ou « vital ». [p. 132]

[38] L'analyse met l'accent sur la relation entre l'activité, les employés concernés et l'entreprise fédérale à laquelle le travail des employés est censé profiter : *Travailleurs unis des transports*, p. 1138-1139. Dans *Northern Telecom 1*, le pourvoi a été rejeté à cause de l'insuffisance de la preuve, mais, depuis, la Cour a généralement appliqué les principes sous-tendant le cadre d'analyse applicable en matière de compétence dérivée relative au travail qui y sont énoncés.

[39] Dans *Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 147, la

considered which level of government had labour jurisdiction over the employees of two subsidiaries of Télé-Métropole Inc., a federal undertaking involved in television broadcasting. Paul L'Anglais Inc. engaged in selling sponsored television air time and J.P.L. Productions Inc. produced programs and commercial messages. The companies were related in a corporate sense, the parent company was the subsidiaries' principal customer, and the parent benefitted from the subsidiaries' services. Nonetheless, Chouinard J. concluded that a television broadcasting undertaking could function effectively without the services provided by the subsidiary undertakings, meaning that these activities were not indispensable to the federal undertaking. Provincial labour jurisdiction was therefore found to apply.

[40] *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733 (*Northern Telecom 2*), involved different installation employees at Northern Telecom, but the constitutional issue was the same as it was in *Northern Telecom 1*: whether the installers should be under federal or provincial labour jurisdiction. More specifically, the question was whether these Telecom employees provided services that were vital to Bell Canada, a federal undertaking.

[41] In concluding that the labour relations of Telecom's installers fell under federal jurisdiction, Estey J. generally followed the approach developed by Dickson J. in *Northern Telecom 1*:

The almost complete integration of the installers' daily work routines with the task of establishing and operating the telecommunications network makes the installation work an integral element in the federal works. The installation teams work the great bulk of their time on the premises of the telecommunications network. The broadening, expansion and refurbishment of the network is a joint operation of the staffs of Bell and Telecom. The expansion or replacement of the switching and transmission equipment, vital in itself to the continuous operation of the network, is closely

Cour devait décider quel niveau de gouvernement était compétent en matière de travail à l'égard des employés de deux filiales de Télé-Métropole Inc. — société fédérale de télédiffusion —, soit Paul L'Anglais Inc., qui s'occupait de la vente de temps de commandite d'émissions de télévision et J.P.L. Productions Inc., qui produisait des émissions et des commerciaux. Les sociétés connexes et l'entreprise fédérale partageaient des liens sociaux, la société mère étant la principale cliente des filiales et tirant profit des services que celles-ci lui fournissaient. Le juge Chouinard n'en a pas moins estimé qu'une entreprise de télédiffusion pouvait être exploitée efficacement sans les services fournis par les filiales, c'est-à-dire que les activités menées par ces dernières n'étaient pas indispensables à l'entreprise fédérale, et que c'est donc la compétence provinciale en matière de travail qui s'appliquait.

[40] *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733 (*Northern Telecom 2*), portait sur des employés d'installation différents, mais posait la même question constitutionnelle que *Northern Telecom 1*: les installateurs relevaient-ils de la compétence fédérale ou de la compétence provinciale en matière de travail? Plus précisément, il s'agissait de déterminer si ces employés fournissaient des services vitaux pour Bell Canada, une entreprise fédérale.

[41] Pour conclure que les relations de travail des installateurs de Telecom relevaient de la compétence fédérale, le juge Estey a généralement appliqué le raisonnement élaboré par le juge Dickson dans *Northern Telecom 1*:

L'intégration presque totale du travail quotidien des installateurs aux tâches d'établissement et d'exploitation du réseau de télécommunications fait du travail d'installation un élément intégral de l'entreprise fédérale. Les équipes d'installation travaillent la plupart du temps dans les locaux occupés par le réseau de télécommunications. L'agrandissement, l'expansion et l'amélioration du réseau constituent une opération conjointe du personnel de Bell et de celui de Telecom. L'expansion ou le remplacement de l'équipement de commutation et de transmission, qui est en lui-même essentiel à

integrated with the communications delivery systems of the network. All of this work consumes a very high percentage of the work done by the installers.

l'exploitation continue du réseau, est intimement intégré aux systèmes de prestation des communications du réseau. Tout ce travail absorbe une très grande proportion du travail des installateurs.

... The assignment of these labour relations to the federal sphere reflects the nature of the work of the employees in question, the relationship between their services and the federal works, the geographic realities of the interprovincial scope of the work of these employees transcending as they do several provincial boundaries, and the close and complete integration of the work of these employees and the daily expansion, refurbishment and modernization of this extensive telecommunication facility. [*Northern Telecom 2*, at pp. 766-68]

... L'attribution de ces relations de travail au domaine fédéral correspond à la nature du travail des employés en cause, au rapport entre leurs services et l'entreprise fédérale, aux réalités géographiques de la portée interprovinciale du travail de ces employés puisqu'elles traversent plusieurs limites provinciales, à l'intégration complète du travail de ces employés et à l'expansion, la rénovation et la modernisation quotidiennes de cette grande entreprise de télécommunication. [*Northern Telecom 2*, p. 766-768]

[42] Dickson J. concurred in the result but wrote separate reasons. He noted first that the installers were functionally separate from the rest of Telecom's operations. Second, he noted that Bell's ownership interest in Telecom made it somewhat easier to conclude that a segment of Telecom's operations was an integral part of Bell's operations. Third, he confirmed that involvement with Bell was the predominant part of the installers' work, occupying 80 percent of their time. Finally, the physical and operational connection between the installers and Bell was significant. The installers' services were therefore found to be an essential part of Bell's operations.

[42] Le juge Dickson a souscrit à ce résultat, mais a rédigé des motifs distincts. Premièrement, il a fait remarquer que les installateurs étaient fonctionnellement séparés du reste des opérations de Telecom. Deuxièmement, il a indiqué que la participation de Bell dans Telecom aidait quelque peu à conclure qu'un secteur des activités de Telecom faisait partie intégrante de celles de Bell. Troisièmement, il a confirmé que la majeure partie du travail des installateurs, soit 80 p. 100 de leur temps environ, était destinée à Bell. Enfin, le lien matériel et opérationnel entre les installateurs et Bell était important. Par conséquent, il a estimé que les services des installateurs représentaient une partie essentielle des activités de Bell.

[43] In *United Transportation Union*, this Court considered whether employees who worked for Central Western Railway Corp. were subject to provincial or federal labour regulation. Central Western operated a railway line located entirely within Alberta. The line had been purchased from Canadian National Railway (CN) with its financial assistance and was joined to the CN rail network at one point. After concluding that Central Western was not itself an inter-provincial railway under s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*, Dickson C.J. considered whether the line was integral to CN, a federal undertaking. He noted that there was no daily or simultaneous connection between the two enterprises. Nor could it be said that CN was dependent on the services of Central

[43] Dans *Travailleurs unis des transports*, la Cour a examiné si les employés de Central Western Railway Corp. étaient assujettis à la réglementation fédérale ou à la réglementation provinciale en matière de travail. Central Western exploitait une voie ferrée entièrement située en Alberta qu'elle avait acquise de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (CN) avec l'aide financière de cette dernière et qui comptait un point de raccordement avec le réseau de celle-ci. Après avoir conclu que Central Western n'exploitait pas un chemin de fer interprovincial au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le juge en chef Dickson a examiné si la voie ferrée formait une partie intégrante de l'entreprise du CN, une entreprise fédérale. Il a signalé

Western — in fact, CN was trying to abandon the Central Western rail line, indicating that the line was not vital to CN's operations. Something more than physical connection and a mutually beneficial commercial relationship with a federal undertaking was required to satisfy the functional integration test. Because the requisite degree of integration was lacking, Central Western's employees were subject to presumptive provincial labour regulation.

[44] In *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322, this Court considered whether the federal government had the power to regulate two gas processing plants and related gathering facilities that Westcoast Energy Inc. proposed to build in northern British Columbia. The gathering and processing facilities were located wholly within the province of British Columbia, but a majority in this Court held that the facilities came within federal jurisdiction because the processed gas was transported into an inter-provincial pipeline that Westcoast owned and operated. For the majority, then, this was a case of direct federal jurisdiction. Westcoast operated a single, indivisible undertaking that operated within a field of federal legislative competence, namely, as an inter-provincial transportation undertaking under s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*.

[45] McLachlin J., writing in dissent, framed the case differently and in a way that is of particular assistance in this case. After noting that the gathering and processing plants themselves were not inter-provincial transportation undertakings (the direct jurisdiction test), she held that they could only be subject to federal regulation if they were integral to the inter-provincial pipelines. In applying the derivative approach, she emphasized that exceptional federal jurisdiction would only be justified when the related operation was functionally connected to the federal undertaking in such

qu'il n'existait pas de lien quotidien ou de simultanéité entre les deux entreprises et qu'on ne pouvait dire que le CN dépendait des services de Central Western — en fait, le CN tentait d'abandonner la ligne de chemin de fer de Central Western, signe que cette ligne ne constituait pas une partie vitale des opérations du CN. Selon le juge en chef Dickson, il fallait davantage que l'existence d'un lien matériel et de relations commerciales mutuellement avantageuses avec une entreprise fédérale pour satisfaire au critère d'intégration fonctionnelle. Par conséquent, il a conclu que le degré d'intégration nécessaire faisant défaut, la présomption d'application de la réglementation provinciale du travail s'appliquait à l'égard des employés de Central Western.

[44] Dans *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322, la Cour a examiné si la réglementation fédérale était applicable à deux usines de traitement de gaz naturel et aux installations de collecte afférentes que Westcoast Energy Inc. proposait de construire dans le nord de la Colombie-Britannique. Les installations de collecte et de traitement étaient entièrement situées dans la province. La Cour a statué malgré tout à la majorité qu'elles relevaient de la compétence fédérale parce que le gaz naturel traité était transporté dans un gazoduc interprovincial possédé et exploité par Westcoast. Les juges de la majorité ont estimé qu'il s'agissait donc d'un cas où il y avait compétence fédérale directe. Westcoast exploitait une entreprise unique et indivisible qui tombait dans un champ de compétence fédérale, le transport interprovincial, aux termes de l'al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[45] La juge McLachlin, dans des motifs dissidents, a analysé la question différemment, d'une manière qui donne un éclairage particulièrement utile en l'espèce. Après avoir signalé que les installations de collecte et de traitement n'étaient pas en elles-mêmes des entreprises de transport interprovincial (le critère de la compétence directe), elle a indiqué qu'elles ne pouvaient alors être assujetties à la réglementation fédérale que si elles faisaient partie intégrante de gazoducs interprovinciaux. Appliquant le raisonnement relatif à la compétence dérivée, elle a posé que la compétence fédérale

an integral way that it lost its distinct provincial character and moved into the federal sphere (para. 111). Like Dickson C.J. in *United Transportation Union*, McLachlin J. noted that the test is flexible. Different decisions have emphasized different factors and there is no simple litmus test (paras. 125 and 128). She considered the common management of and interconnection between the facilities and the pipeline and the dependency of the pipeline on the facilities and concluded that the facilities retained their distinct non-transportation identity. They were not vital, in the requisite constitutional sense, to the inter-provincial pipeline.

[46] So this Court has consistently considered the relationship from the perspective both of the federal undertaking and of the work said to be integrally related, assessing the extent to which the effective performance of the federal undertaking was dependent on the services provided by the related operation, and how important those services were to the related work itself.

[47] Applying these principles to the facts of this case, can it be said that Tessier's stevedoring activities are integral to a federal undertaking in a way that justifies imposing exceptional federal jurisdiction for purposes of labour relations?

[48] To date, this Court has applied the derivative jurisdiction test for labour relations in two contexts. First, it has confirmed that federal labour regulation may be justified when the services provided to the federal undertaking form the exclusive or principal part of the related work's activities (*Stevedores Reference; Letter Carriers' Union of Canada*).

[49] Second, this Court has recognized that federal labour regulation may be justified when the services provided to the federal undertaking are

d'exception ne se justifiait que s'il existait entre l'opération connexe et l'entreprise fédérale un lien fonctionnel si essentiel qu'il faisait perdre à l'opération son caractère provincial distinct et la faisait tomber dans la sphère fédérale (par. 111). Comme le juge en chef Dickson dans *Travailleurs unis des transports*, elle a pris soin de mettre en relief la souplesse du critère applicable. En effet, des décisions différentes ont mis l'accent sur des facteurs différents, et il n'existe pas de critère simple et décisif (par. 125 et 128). Elle a tenu compte de la gestion commune et de l'interconnexion des usines et du gazoduc ainsi que de la dépendance du pipeline à l'égard des usines de traitement. Elle a néanmoins conclu que ces usines conservaient leur identité propre non liée au transport et qu'elles ne formaient pas une partie essentielle, au sens requis par la Constitution, du gazoduc interprovincial.

[46] Ainsi, la Cour a généralement examiné le lien entre l'entreprise fédérale et l'activité censée en former une partie intégrante dans la perspective de chacune, évaluant dans quelle mesure l'exploitation efficace de l'entreprise fédérale dépendait des services fournis par l'entreprise connexe et soupesant l'importance de ces services pour l'entreprise connexe elle-même.

[47] Peut-on dire, en appliquant ces principes aux faits de la présente espèce, que les activités de débarbage de Tessier font partie intégrante d'une entreprise fédérale au point de justifier que la compétence fédérale exceptionnelle en matière de relations de travail s'exerce à l'égard de ses employés?

[48] Jusqu'à présent, la Cour a appliqué le critère relatif à la compétence dérivée en matière de relations de travail dans deux contextes. Premièrement, elle a confirmé que l'assujettissement à la réglementation fédérale peut être justifié lorsque les services fournis à l'entreprise fédérale constituent la totalité ou la majeure partie de l'entreprise connexe (*Affaire des débardeurs; Union des facteurs du Canada*).

[49] Deuxièmement, la Cour a reconnu qu'il pourrait pareillement être justifié d'appliquer la réglementation fédérale lorsque les services fournis à

performed by employees who form a functionally discrete unit that can be constitutionally characterized separately from the rest of the related operation. In *Northern Telecom 2*, for example, the installers were functionally independent of the rest of Telecom. This Court was therefore able to assess the essential operational nature of the installation department as a separate entity, as Dickson J. noted:

... the installers are functionally quite separate from the rest of Telecom's operations. The installers ... never actually work on Telecom premises; they work on the premises of their customers. In respect of Bell Canada, the installation is primarily on Bell Canada's own premises and not on the premises of Bell Canada's customers. ... The installers have no real contact with the rest of Telecom's operations. Telecom's core manufacturing operations are conceded to fall under provincial jurisdiction, but there would be nothing artificial in concluding that Telecom's installers come under different constitutional jurisdiction. [pp. 770-71]

(See also *Ontario Hydro*, where the employees who fell under federal jurisdiction were only those employed on or in connection with facilities for the production of nuclear energy; *Johnston Terminals and Storage Ltd. v. Vancouver Harbour Employees' Association Local 517*, [1981] 2 F.C. 686 (C.A.), and *Acton Transport Ltd. v. British Columbia (Director of Employment Standards)*, 2010 BCCA 272, 5 B.C.L.R. (5th) 1, where certain workers were severable from their employer's overall operation and were therefore subject to different labour jurisdiction.)

[50] This appeal is the first time this Court has had the opportunity to assess the constitutional consequences when the employees performing the work do not form a discrete unit and are fully integrated into the related operation. It seems to me that even if the work of those employees is vital to the functioning of a federal undertaking, it will not render federal an operation that is otherwise local if the work represents an insignificant part of the employees' time or is a minor aspect of the essential ongoing nature of the operation: *Consumers' Gas Co. v. National Energy Board* (1996), 195 N.R.

l'entreprise fédérale sont exécutés par des employés appartenant à une unité fonctionnelle particulière qui peut se distinguer structurellement sur le plan constitutionnel du reste de l'entreprise connexe. Dans *Northern Telecom 2*, par exemple, les installateurs formaient un groupe opérationnellement indépendant du reste de Telecom. La Cour a donc pu considérer que la nature opérationnelle essentielle du service d'installation en faisait une entité distincte, comme l'a indiqué le juge Dickson :

... les installateurs sont assez distincts, pour ce qui est de leurs fonctions, du reste des opérations de Telecom. [...] Ils ne travaillent jamais dans les locaux de Telecom; ils travaillent dans les locaux de leurs clients. Quant à Bell Canada, l'installation se fait principalement dans ses locaux mêmes et non chez ses clients. [...] Les installateurs n'ont aucun contact véritable avec les autres opérations de Telecom. Les opérations principales de fabrication de Telecom tombent, de l'aveu des parties, sous la compétence provinciale, mais il n'y a absolument rien d'artificiel à conclure que les installateurs de Telecom relèvent d'une compétence constitutionnelle différente. [p. 770-771]

(Voir aussi *Ontario Hydro*, où seules les personnes travaillant dans le cadre des installations de production d'énergie nucléaire étaient assujetties à la réglementation fédérale; *Johnston Terminals and Storage Ltd. c. Association des employés du port de Vancouver, section locale 517*, [1981] 2 C.F. 686 (C.A.), et *Acton Transport Ltd. c. British Columbia (Director of Employment Standards)*, 2010 BCCA 272, 5 B.C.L.R. (5th) 1, où le travail de certains employés pouvait être séparé de l'entreprise générale de l'employeur et relevait, par conséquent, d'une compétence différente en matière de travail.)

[50] Le présent pourvoi offre à la Cour une première occasion d'examiner les conséquences constitutionnelles d'une situation où des employés qui exécutent le travail ne forment pas une unité de travail distincte et sont pleinement intégrés à l'entreprise connexe. J'estime que même si le travail de ces employés est essentiel au fonctionnement d'une entreprise fédérale, cela n'a pas pour effet de rendre fédérale une entreprise autrement locale si ce travail ne représente qu'une partie négligeable de l'emploi du temps des employés ou qu'un aspect mineur de la nature essentielle constante de l'exploitation :

150 (C.A.); *R. v. Blenkhorn-Sayers Structural Steel Corp.*, 2008 ONCA 789, 304 D.L.R. (4th) 498; and *International Brotherhood of Electrical Workers, Local 348 v. Labour Relations Board* (1995), 168 A.R. 204 (Q.B.). See also *General Teamsters, Local Union No. 362 v. MacCosham Van Lines Ltd.*, [1979] 1 C.L.R.B.R. 498; M. Patenaude, “L’entreprise qui fait partie intégrante de l’entreprise fédérale” (1991), 32 *C. de D.* 763, at pp. 791-99; and Brun, Tremblay and Brouillet, at p. 544.

[51] In this sense, Tessier’s acknowledgment that it operates an indivisible undertaking works against its position that its stevedoring employees render the whole company subject to federal regulation. If Tessier *itself* was an inter-provincial transportation undertaking, it would be justified in assuming that the percentage of its activities devoted to local versus extra-provincial transportation would not be relevant: *Attorney-General for Ontario v. Winner*, [1954] A.C. 541. But since Tessier can only qualify derivatively as a federal undertaking, federal jurisdiction is only justified if the federal activity is a significant part of its operation.

[52] In *Consumers’ Gas*, for example, an inter-provincial pipeline carried 13 percent of Consumers’ total volume and was an integrated part of Consumers’ overall distribution system. In concluding that this indivisible undertaking was a local one, Hugessen J.A. placed particular emphasis on the fact that the inter-provincial aspect of the system was a relatively minor part of Consumers’ operations:

While it is clear that in cases of primary instance federal jurisdiction under s. 92(10)(a) it is enough that only a minor part of the undertaking be interprovincial so long as it is performed on a continuous and regular basis . . . , the rule is otherwise in cases of secondary instance federal jurisdiction. In such cases the focus is not on the interprovincial undertaking but rather on an undertaking which, by definition, is primarily provincial and the inquiry is to determine whether such undertaking has become federal by reason of its integration

Consumers’ Gas Co. c. Canada (Office national de l’énergie), [1996] A.C.F. n° 320 (QL) (C.A.); *R. c. Blenkhorn-Sayers Structural Steel Corp.*, 2008 ONCA 789, 304 D.L.R. (4th) 498; et *International Brotherhood of Electrical Workers, Local 348 c. Labour Relations Board* (1995), 168 A.R. 204 (B.R.). Voir aussi *General Teamsters, Local Union No. 362 c. MacCosham Van Lines Ltd.*, [1979] 1 C.L.R.B.R. 498; M. Patenaude, « L’entreprise qui fait partie intégrante de l’entreprise fédérale » (1991), 32 *C. de D.* 763, p. 791-799; et Brun, Tremblay et Brouillet, p. 544.

[51] En ce sens, la reconnaissance par Tessier qu’elle exploite une entreprise indivisible met à mal sa thèse voulant que la présence d’employés faisant du débardage assujettisse toute la société à la réglementation fédérale. Si Tessier *elle-même* était une entreprise interprovinciale de transport, elle pourrait valablement présumer de la non-pertinence du pourcentage de ses activités consacrées au transport local par rapport au transport extraprovincial : *Attorney-General for Ontario c. Winner*, [1954] A.C. 541. Or, comme ce n’est que de façon dérivée qu’elle peut être qualifiée d’entreprise fédérale, elle ne peut relever de la compétence fédérale que si l’activité fédérale compte pour une part importante de son exploitation.

[52] Dans *Consumers’ Gas*, par exemple, un gazoduc interprovincial acheminait 13 p. 100 du volume total de gaz de Consumers et faisait partie intégrante de son réseau global de distribution. Pour conclure que cette entreprise indivisible était de nature locale, le juge Hugessen s’est appuyé plus particulièrement sur le fait que l’aspect interprovincial du réseau représentait une fraction relativement minime de l’activité de Consumers :

Bien qu’il soit évident que, dans les cas de compétence fédérale principale visés par l’alinéa 92(10)a, il suffit que seulement une partie minime de l’entreprise soit interprovinciale pourvu qu’elle soit exploitée de façon continue et régulière [. . .], la règle est différente dans les cas de compétence fédérale secondaire. En pareil cas, l’accent est mis non pas sur l’entreprise interprovinciale, mais sur une entreprise qui est, par définition, principalement provinciale, et la question qui se pose alors est celle de savoir si cette entreprise est devenue

with a core federal undertaking. For such purposes it is clearly not enough if the provincial undertaking's involvement in the federal undertaking is only minor in extent or casual in nature. . . . Here, [the federally-related activity] represents only 13% of the total volume received by Consumers' In our view, such a minor part of Consumers' business . . . cannot serve to bring it under federal jurisdiction. [Emphasis added; citations omitted; para. 10.]

[53] Similarly, in *Blenkhorn-Sayers*, Sharpe J.A. concluded that the construction companies in question were single indivisible undertakings which had not created definable, discrete units exclusively devoted to the federally related activity. Two aspects of the companies' works were under review. The federal activity represented up to 15 percent of the companies' overall operations in one case and 29 percent in the other. On these facts, Sharpe J.A. concluded that exempting the employees in question from the uniform operation of provincial labour legislation would be inconsistent with the coherent application of constitutional principles (para. 32).

[54] Finally, in *International Brotherhood of Electrical Workers, Local 348*, the court noted that providing regular and important services to a federal undertaking is not sufficient to bring a related undertaking within federal jurisdiction over labour relations. In that case, the related operation's federally related services were "not casual" but also "not predominant", representing about one quarter of the undertaking's overall operations (para. 15).

[55] In short, if there is an indivisible, integrated operation, it should not be artificially divided for purposes of constitutional classification. Only if its dominant character is integral to a federal undertaking will a local work or undertaking be federally regulated; otherwise, jurisdiction remains with the province. As McLachlin J. said in her dissenting reasons in *Westcoast Energy*:

The local work or undertaking must, by virtue of its relationship to the interprovincial work or undertaking,

fédérale en raison de son intégration à une entreprise fédérale principale. À cette fin, il ne suffit manifestement pas que la participation de l'entreprise provinciale à l'entreprise fédérale soit minime ou occasionnelle. [. . .] En l'espèce [l'activité connexe fédérale] ne représente que 13 % de la quantité totale reçue par la Consumers' de la part de la TCPL. À notre avis, une fraction aussi minime de l'entreprise de Consumers' [. . .] ne suffit pas à la faire relever de la compétence fédérale. [Je souligne; références omises; par. 10.]

[53] De la même façon, le juge Sharpe a conclu, dans *Blenkhorn-Sayers*, que les sociétés de construction en cause étaient des entreprises uniques indivisibles, et qu'elles n'avaient pas créé de secteurs distincts définissables œuvrant uniquement à des activités relevant de la sphère fédérale. Deux aspects de l'activité des sociétés étaient examinés. L'activité fédérale représentait jusqu'à 15 p. 100 de l'activité globale dans un cas et 29 p. 100 dans l'autre. Compte tenu de ces faits, le juge Sharpe a estimé que l'exclusion des employés visés de l'application uniforme des lois provinciales sur le travail porterait atteinte à la cohérence de l'application des principes constitutionnels (par. 32).

[54] Enfin, dans *International Brotherhood of Electrical Workers, Local 348*, la cour a indiqué que la fourniture régulière de services importants à une entreprise fédérale ne suffit pas à faire relever les relations de travail de l'entreprise connexe de la compétence fédérale. Dans cette affaire, les services connexes fournis à l'entreprise fédérale n'étaient [TRADUCTION] « pas intermittents », mais ils n'étaient pas non plus [TRADUCTION] « prédominants »; ils représentaient moins du quart de l'activité de l'entreprise (par. 15).

[55] Pour résumer, une entreprise indivisible et intégrée ne doit pas être artificiellement scindée aux fins de classification constitutionnelle. Des travaux et entreprises locaux ne seront assujettis à la réglementation fédérale que si leur nature dominante fait partie intégrante d'une entreprise fédérale; autrement, ils continuent à relever de la province. Comme la juge McLachlin l'a précisé dans sa dissidence, dans l'arrêt *Westcoast Energy* :

L'ouvrage ou l'entreprise de nature locale doit, en raison de son lien avec l'ouvrage ou l'entreprise de nature

essentially function as part of the interprovincial entity and lose its distinct character. In the context of an interprovincial transportation or communication entity, to be functionally integrated, the local work or undertaking, viewed from the perspective of its normal day-to-day activities, must be of an interprovincial nature — that is, be what might be referred to as an “interconnecting undertaking”. . . . If the dominant character of the local work or undertaking, viewed functionally, is something distinct from interprovincial transportation or communication, it remains under provincial jurisdiction. [Emphasis added; citations omitted; para. 124.]

[56] As noted, at the relevant time, Tessier devoted the majority of its efforts to non-shipping activities, including renting cranes for construction work and industrial maintenance, renting heavy equipment other than cranes, and intra-provincial transportation. Its stevedoring activities accounted for 14 percent of Tessier’s overall revenue and 20 percent of the salaries paid to employees. Tessier’s employees were fully integrated, and worked across the different sectors of the organization.

[57] Tessier had a fleet of 25 cranes which were used for various purposes: construction work, industrial maintenance, and loading and unloading ships. Two of those cranes were permanently installed at the Baie-Comeau dock and one at the Matane dock. Tessier was responsible for the loading and unloading of certain products that arrived in, or were shipped from, Matane, Sept-Îles, Havre-Saint-Pierre and Baie-Comeau. In Matane, Tessier’s crane was used for loading paper pulp. At Baie-Comeau, the cranes were used to load newspaper, timber, and aluminum that was destined for overseas shipment. Some of these materials were loaded with assistance from cranes that were attached to the ships themselves and operated by employees of the shipping company. Finally, Tessier worked with Windsor Salt, which transports salt coming from Nova Scotia by ship to Sept-Îles or Havre-Saint-Pierre for use in salting the roads during the winter months. Tessier provided manpower to operate cranes installed on these ships. At

interprovinciale, être essentiellement exploité en tant que partie de l’entité interprovinciale et perdre son caractère distinct. Dans le cas d’une entreprise de transport ou de communication interprovinciale, l’ouvrage ou l’entreprise de nature locale doit, pour être fonctionnellement intégré, être de nature interprovinciale du point de vue de ses activités quotidiennes normales — c’est-à-dire constituer ce qu’on pourrait appeler une « entreprise interprovinciale ou internationale » [. . .] Si l’ouvrage ou l’entreprise de nature locale a, sur le plan de son fonctionnement, un caractère dominant différent du transport interprovincial ou des communications interprovinciales, cet ouvrage ou cette entreprise continue de relever de la compétence provinciale. [Je souligne; références omises; par. 124.]

[56] Je le répète, à l’époque en cause en l’espèce, la plus grande partie de l’activité de Tessier ne concernait pas le transport maritime; Tessier s’occupait entre autres de location de grues pour des travaux de construction et d’entretien industriel, de location d’autres types de machinerie lourde et de transport intraprovincial. Le débardage ne comptait que pour 14 p. 100 de son chiffre d’affaires total et ne représentait que 20 p. 100 des salaires versés aux employés qui étaient par ailleurs totalement intégrés et travaillaient dans les différents secteurs de l’entreprise.

[57] Tessier disposait d’un parc de 25 grues qui servaient à diverses fins : construction, entretien industriel ainsi que chargement et déchargement de navires. Deux des grues étaient installées de façon permanente au quai de Baie-Comeau, et une, au quai de Matane. Tessier veillait au chargement et au déchargement de certains produits livrés à Matane, Sept-Îles, Havre-Saint-Pierre et Baie-Comeau ou expédiés de ces localités. La grue installée à Matane servait au chargement de pâte à papier; celles de Baie-Comeau étaient utilisées pour le chargement de papier journal, de bois de sciage et d’aluminium destinés à l’expédition outremer. Certaines de ces marchandises étaient chargées à l’aide de grues fixées aux navires eux-mêmes et manœuvrées par des employés de la société de transport maritime. Enfin, Tessier travaillait avec la Société canadienne de sel ltée qui transportait du sel expédié de la Nouvelle-Écosse à Sept-Îles ou à Havre-Saint-Pierre par bateau, pour utilisation sur les routes pendant les mois d’hiver. Tessier

least some of the shipping companies that Tessier serviced operated across provincial boundaries and were therefore federal undertakings.

[58] What emerges from this factual review is that Tessier's stevedoring services were not performed by a discrete unit and represented only a small part of its overall operation. Tessier's employees are an indivisible workforce who work interchangeably in various tasks throughout the company. To the extent that any of Tessier's employees perform stevedoring activities, they do so only occasionally. Crane operators who work at a construction site one day might assist in unloading ships the next day.

[59] In short, Tessier's essential operational nature is local, and its stevedoring activities, which are integrated with its overall operations, form a relatively minor part of Tessier's overall operation. Not to retain provincial hegemony over these employees would subject them to federal regulation based on intermittent stevedoring, notwithstanding that the major part of Tessier's work consists of provincially regulated activities.

[60] Though it is no longer of relevance in light of this conclusion, it is worth noting that we have, in any event, little evidence that Tessier's stevedoring services were integral to the federal shipping companies it serviced. Tessier focused its argument on establishing that it was a federal shipping company directly under s. 91(10) or s. 92(10) and did not lead any evidence to show any derivative link to federal shipping undertakings. As a result, while we know that Tessier provided some shipping companies with cranes and operators to assist with the loading and unloading of their ships, we do not know much else.

fournissait les services de grutiers pour manœuvrer les grues installées sur ces navires. Quelques-unes, à tout le moins, des sociétés de transport maritime clientes de Tessier, étaient des entreprises fédérales en raison de leurs opérations interprovinciales.

[58] Il ressort de cet examen factuel que les services de débardage de Tessier n'étaient pas exécutés par une unité distincte et qu'ils ne représentaient qu'une petite partie de l'activité de l'entreprise. Les employés de Tessier constituent une main-d'œuvre indivisible employée indifféremment à différentes tâches au sein de l'entreprise. Dans la mesure où des employés de Tessier effectuaient du débardage, ils ne le faisaient que de façon occasionnelle. Des grutiers assignés une journée à un chantier de construction pouvaient le lendemain travailler au déchargement de navires.

[59] Bref, Tessier est fonctionnellement de nature essentiellement locale, et ses services de débardage, qui sont intégrés à ses autres activités, constituent une partie relativement minime de son entreprise globale. Écarter la compétence provinciale à l'égard de ses employés entraînerait leur assujettissement à la réglementation fédérale sur le fondement d'activités intermittentes de débardage, en dépit du fait que l'activité de Tessier est principalement constituée d'activités assujetties à la réglementation provinciale.

[60] Bien que ce point ne soit plus déterminant en raison de la conclusion formulée précédemment, il convient aussi de signaler que nous avons, de toute manière, peu d'éléments de preuve établissant que les services de débardage de Tessier faisaient partie intégrante des sociétés fédérales de transport maritime auxquelles ils étaient destinés. Tessier cherchait principalement à établir qu'elle était une entreprise fédérale de transport maritime directement visée par les par. 91(10) ou 92(10), si bien qu'elle n'a pas présenté de preuve se rapportant au statut d'entreprise connexe à des entreprises fédérales de transport maritime. Par conséquent, bien que nous sachions que Tessier a fourni des grues et des grutiers à des sociétés de transport maritime pour le chargement ou le déchargement de leurs navires, nous n'en savons pas beaucoup plus.

[61] To be relevant at all, a federal undertaking's dependency on a related operation must be ongoing. Yet we have no information about the corporate relationship between Tessier and the shipping companies, whether Tessier's stevedoring activities were the result of long-term or short-term contracts, or whether those contracts could be terminated on short notice. There is nothing, in short, to demonstrate the extent to which the shipping companies were dependent on Tessier's employees. As a result, as in the Court of Appeal, no conclusions could even have been drawn about whether those of Tessier's employees who occasionally performed stevedoring activities were integral to federal shipping undertakings. This too argues against imposing exceptional federal jurisdiction.

[62] I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Fasken Martineau DuMoulin, Québec.

Solicitors for the respondent: Vigneault Thibodeau Bergeron, Québec.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

[61] Pour être pertinente, la dépendance d'une entreprise fédérale à l'égard d'une entreprise connexe doit être constante. Or, nous ne disposons d'aucun renseignement au sujet de la relation entre Tessier et les sociétés de transport maritime et nous ignorons si les activités de débardage de Tessier découlaient de contrats à long ou à court terme ou si ces contrats pouvaient prendre fin à brève échéance. Bref, rien n'établit dans quelle mesure les sociétés de transport dépendaient des employés de Tessier. Comme l'a indiqué la Cour d'appel, il n'était pas même possible de tirer de conclusion concernant la question de savoir si les employés de Tessier qui effectuaient occasionnellement du débardage étaient indispensables pour les entreprises fédérales de transport maritime. Cet élément milite lui aussi contre l'application de la compétence fédérale d'exception.

[62] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Fasken Martineau DuMoulin, Québec.

Procureurs de l'intimée : Vigneault Thibodeau Bergeron, Québec.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

**Matthew Leslie Maybin and
Timothy Andrew Maybin** *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. MAYBIN

2012 SCC 24

File No.: 34011.

2011: December 15; 2012: May 18.

Present: LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell,
Moldaver and Karakatsanis JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Criminal law — Offences — Manslaughter — Causation — Accused punching victim in head during barroom altercation rendering him unconscious — Third party intervening and punching victim in head — Victim dying from injuries — When does an intervening act by another person sever causal connection between accused's act and victim's death, thereby absolving accused of legal responsibility? — Whether it was open to trial judge to find that accused's assaults remained a significant contributing cause of death despite intervening act.

Late at night, in a busy bar, the accused brothers, T and M, repeatedly punched the victim in the face and head. T eventually struck a blow that rendered the victim unconscious. Arriving on the scene within seconds, a bar bouncer then struck the victim in the head. The medical evidence was inconclusive about which blows caused death. As a result, the trial judge acquitted the accused brothers and the bouncer. The Court of Appeal was unanimous that the accused's assaults were factually a contributing cause of death — “but for” their actions, the victim would not have died. Furthermore, the majority of the Court of Appeal concluded that the risk of harm caused by the intervening actor could have been reasonably foreseeable to the accused. The

**Matthew Leslie Maybin et
Timothy Andrew Maybin** *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. MAYBIN

2012 CSC 24

N^o du greffe : 34011.

2011 : 15 décembre; 2012 : 18 mai.

Présents : Les juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein,
Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

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

Droit criminel — Infractions — Homicide involontaire coupable — Causalité — Accusé ayant fait perdre connaissance à la victime en lui assenant un coup de poing à la tête lors d'une bagarre dans un bar — Intervention d'un tiers qui a frappé la victime à la tête — Victime décédée à la suite de ses blessures — Quand un acte intermédiaire commis par un tiers rompt-il le lien de causalité entre l'acte de l'accusé et la mort de la victime de sorte que l'accusé est exonéré de toute responsabilité légale? — Le juge du procès pouvait-il conclure que les agressions commises par l'accusé demeuraient une cause ayant contribué à la mort de façon appréciable malgré l'acte intermédiaire?

Tard la nuit, dans un bar achalandé, les frères accusés, T et M, ont asséné à la victime plusieurs coups de poing au visage et à la tête. T a fini par lui donner un coup qui lui a fait perdre connaissance. En quelques secondes, un portier du bar est arrivé et a frappé la victime à la tête. La preuve médicale n'a pas établi de manière concluante quels coups avaient causé la mort. Le juge du procès a donc acquitté les frères accusés et le portier. La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que, sur le plan factuel, les agressions commises par les appelants avaient contribué à la mort — « n'eussent été » leurs actes, la victime n'aurait pas perdu la vie. Les juges majoritaires ont en outre conclu que les accusés auraient pu raisonnablement prévoir le risque du préjudice causé

dissenting judge did not agree that the accused could have reasonably foreseen the conduct of the intervening actor, and also concluded that the intentional act of a third party (bouncer) acting independently severed legal causation. The appeal was allowed, the acquittals were set aside and a new trial was ordered.

Held: The appeal should be dismissed.

Courts have used a number of analytical approaches to determine when an intervening act absolves the accused of legal responsibility for manslaughter. For example, both the “reasonable foreseeability” and the “intentional, independent act” approach may be useful in assessing legal causation depending on the specific factual matrix. These approaches grapple with the issue of the moral connection between the accused’s acts and the death; they acknowledge that an intervening act that is reasonably foreseeable to the accused may well not break the chain of causation, and that an independent and intentional act by a third party may in some cases make it unfair to hold the accused responsible. These approaches may be useful tools depending upon the factual context. However, the analysis must focus on first principles and recognize that these tools are analytical aids and do not alter the standard of legal causation or substitute new tests. Even in cases where it is alleged that an intervening act has interrupted the chain of legal causation, the causation test remains whether the dangerous and unlawful acts of the accused are a significant contributing cause of the victim’s death.

The reasonable foreseeability approach questions whether it is fair to attribute the resulting death to the initial actor and posits that an accused who undertakes a dangerous act, and in so doing contributes to a death, should bear the risk that other foreseeable acts may intervene and contribute to that death. The time to assess reasonable foreseeability is at the time of the initial unlawful act, rather than at the time of the intervening act as it is too restrictive to require that the precise details of the event be objectively foreseeable. It is the general nature of the intervening acts and the accompanying risk of harm that needs to be reasonably foreseeable. The intervening acts and the ensuing non-trivial harm must be reasonably foreseeable in the sense that the acts and the harm that actually transpired flowed reasonably from the conduct of the accused. If so, then the accused’s actions may remain a significant contributing cause of death.

subséquentement par le tiers. Le juge dissident n’était pas d’avis que les accusés auraient pu raisonnablement prévoir la conduite du tiers, et il a conclu que l’acte délibéré d’un tiers (le portier) agissant de manière indépendante avait rompu le lien de causalité juridique. La Cour d’appel a accueilli l’appel, annulé les acquittements et ordonné la tenue d’un nouveau procès.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les tribunaux ont employé plusieurs méthodes d’analyse pour établir les circonstances dans lesquelles un acte intermédiaire exonère l’accusé de toute responsabilité juridique pour homicide involontaire coupable. Ainsi, les concepts de « prévisibilité raisonnable » et d’« acte délibéré et indépendant » peuvent tous deux se révéler utiles pour apprécier la causalité juridique, selon les faits particuliers en cause. Ces méthodes évaluent le lien moral entre les actes de l’accusé et la mort de la victime; elles reconnaissent qu’un acte intermédiaire que l’accusé pouvait raisonnablement prévoir ne rompt pas nécessairement le lien de causalité et que l’acte indépendant et délibéré d’un tiers peut, dans certains cas, faire en sorte qu’il soit injuste de tenir l’accusé responsable du résultat. Ces méthodes constituent des outils qui peuvent s’avérer utiles, selon les faits en cause. Néanmoins, l’analyse doit être axée sur les principes fondamentaux et reconnaître que ces concepts sont des outils d’analyse qui n’ont pas pour effet de modifier le critère de causalité ou de substituer de nouveaux critères au critère établi. Même lorsqu’une partie prétend qu’un acte intermédiaire a rompu le lien de causalité juridique, le critère de causalité demeure le même : les actes dangereux et illégaux de l’accusé ont-ils contribué de façon appréciable à la mort de la victime?

La méthode de la prévisibilité raisonnable soulève la question de savoir s’il est juste d’imputer la mort ainsi causée à l’auteur des actes initiaux et veut que l’accusé qui commet un acte dangereux et contribue ainsi à la mort d’une personne doive assumer le risque que d’autres actes prévisibles soient commis et contribuent à la mort. L’appréciation de la prévisibilité raisonnable se situe au moment de l’acte illégal initial, et non au moment de l’acte intermédiaire, car il serait trop restrictif d’exiger que les détails exacts de l’événement soient objectivement prévisibles. C’est la nature générale des actes intermédiaires et le risque de préjudice qu’ils présentent qui doivent être raisonnablement prévisibles. Les actes intermédiaires et le préjudice non négligeable qui en découle doivent avoir été raisonnablement prévisibles, en ce sens que les actes et le préjudice qu’ils ont réellement causés découlaient raisonnablement de la conduite de l’accusé. Si c’est le cas, les actes de l’accusé peuvent demeurer une cause ayant contribué de manière appréciable à la mort.

Whether an intervening act is independent is sometimes framed as a question of whether the intervening act is a response to the acts of the accused. In other words, did the act of the accused merely set the scene, allowing other circumstances to (coincidentally) intervene, or did the act of the accused trigger or provoke the action of the intervening party? If the intervening act is a direct response or is directly linked to the accused's actions, and does not by its nature overwhelm the original actions, then the accused cannot be said to be morally innocent of the death.

In this case, it was open to the trial judge to conclude that it was reasonably foreseeable that the fight would escalate and other patrons would join or seek to end the fight or that the bouncers would use force to seek to gain control of the situation. Further, it was open to the trial judge to find that the bouncer's act was closely connected in time, place, circumstance, nature and effect with the accused's acts and the effects of the accused's actions were still subsisting and not spent at the time the bouncer acted. Therefore, based upon the trial judge's findings of fact, it was open to him to conclude that the general nature of the intervening act and the accompanying risk of harm were reasonably foreseeable; and that the act was in direct response to the accused's unlawful actions. The judge could have concluded that the bouncer's assault did not necessarily constitute an intervening act that severed the link between the accused's conduct and the victim's death, such that it would absolve them of moral and legal responsibility. The trial judge could have found that the accused's actions remained a significant contributing cause of the death.

Cases Cited

Applied: *Smithers v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 506; *R. v. Nette*, 2001 SCC 78, [2001] 3 S.C.R. 488; **referred to:** *R. v. Tower*, 2008 NSCA 3, 261 N.S.R. (2d) 135; *R. v. Shilon* (2006), 240 C.C.C. (3d) 401; *R. v. Pagett* (1983), 76 Cr. App. R. 279; *R. v. Smith*, [1959] 2 Q.B. 35; *R. v. Sinclair*, 2009 MBCA 71, 240 Man. R. (2d) 135; *R. v. Hallett*, [1969] S.A.S.R. 141; *R. v. Hughes*, 2011 BCCA 220, 305 B.C.A.C. 112; *R. v. Cribbin* (1994), 89 C.C.C. (3d) 67; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21, 222, 224, 225.

La question de savoir si un acte intermédiaire est indépendant est parfois formulée comme s'agissant de savoir si l'acte intermédiaire a été commis en réaction aux actes de l'accusé. Autrement dit, l'acte de l'accusé a-t-il simplement établi la toile de fond ayant permis que d'autres faits surviennent (par coïncidence), ou a-t-il plutôt déclenché ou provoqué l'intervention subséquente du tiers? Si l'acte intermédiaire est une réaction directe ou est directement lié aux actes des accusés et ne supplante pas, de par sa nature, les actes initiaux, les accusés ne peuvent être jugés moralement innocents relativement à la mort de la victime.

En l'espèce, il était possible pour le juge du procès de conclure qu'il était raisonnablement prévisible que la bagarre dégénère et que d'autres clients y prennent part ou tentent d'y mettre fin, ou que les portiers emploient la force en tentant de maîtriser la situation. Le juge du procès aurait aussi pu conclure que l'acte du portier était étroitement lié aux actes des accusés — en raison du moment et du lieu où il a été commis, des circonstances dans lesquelles il l'a été, de sa nature et de son effet — et que l'effet des actes des accusés subsistait, sans qu'il y ait été « mis fin » au moment où le portier est intervenu. Par conséquent, le juge du procès pouvait, à partir de ses constatations de fait, conclure que la nature générale de l'acte intermédiaire et le risque de préjudice en découlant étaient raisonnablement prévisibles et que cet acte avait été commis en réaction directe aux actes illégaux des accusés. Le juge aurait pu conclure que l'agression par le portier ne constituait pas forcément un acte intermédiaire ayant rompu le lien entre la conduite des accusés et la mort de la victime, ce qui les aurait exonérés de toute responsabilité morale et juridique. Le juge du procès aurait pu conclure que les actes des appelants demeuraient une cause ayant contribué de façon appréciable à la mort.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Smithers c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 506; *R. c. Nette*, 2001 CSC 78, [2001] 3 R.C.S. 488; **arrêts mentionnés :** *R. c. Tower*, 2008 NSCA 3, 261 N.S.R. (2d) 135; *R. c. Shilon* (2006), 240 C.C.C. (3d) 401; *R. c. Pagett* (1983), 76 Cr. App. R. 279; *R. c. Smith*, [1959] 2 Q.B. 35; *R. c. Sinclair*, 2009 MBCA 71, 240 Man. R. (2d) 135; *R. c. Hallett*, [1969] S.A.S.R. 141; *R. c. Hughes*, 2011 BCCA 220, 305 B.C.A.C. 112; *R. c. Cribbin* (1994), 89 C.C.C. (3d) 67; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21, 222, 224, 225.

Authors Cited

- Williams, Glanville. “*Finis for Novus Actus?*” (1989), 48 *Cambridge L.J.* 391.
- Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.
- Yeo, Stanley. “Blamable Causation” (2000), 24 *Crim. L.J.* 144.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. and Ryan and Huddart J.J.A.), 2010 BCCA 527, 295 B.C.A.C. 298, 501 W.A.C. 298, 263 C.C.C. (3d) 485, 81 C.R. (6th) 48, [2010] B.C.J. No. 2311 (QL), 2010 CarswellBC 3168, setting aside the acquittals entered by Halfyard J., 2008 BCSC 1277, [2008] B.C.J. No. 2037 (QL), 2008 CarswellBC 2284, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

J. M. Peter Firestone and Catherine Tyhurst, for the appellants.

John M. Gordon, Q.C., and *Elizabeth A. Campbell*, for the respondent.

Lucy Cecchetto, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

[1] KARAKATSANIS J. — The causal link between an accused’s actions and the victim’s death is not always obvious in homicide cases. In cases involving multiple causes of death or intervening causes between an accused’s action and the victim’s death, determining causation is more challenging. An accused’s unlawful actions need not be the only cause of death, or even the direct cause of death; the court must determine if the accused’s actions are a significant contributing cause of death.

[2] This appeal raises the question of when an intervening act by another person severs the causal connection between the accused’s act and the victim’s death, thereby absolving the accused of legal responsibility for manslaughter.

[3] Late at night, in a busy bar, the appellants Timothy and Matthew Maybin, repeatedly punched

Doctrine et autres documents cités

- Williams, Glanville. « *Finis for Novus Actus?* » (1989), 48 *Cambridge L.J.* 391.
- Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London : Stevens & Sons, 1983.
- Yeo, Stanley. « Blamable Causation » (2000), 24 *Crim. L.J.* 144.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Ryan et Huddart), 2010 BCCA 527, 295 B.C.A.C. 298, 501 W.A.C. 298, 263 C.C.C. (3d) 485, 81 C.R. (6th) 48, [2010] B.C.J. No. 2311 (QL), 2010 CarswellBC 3168, qui a annulé les acquittements prononcés par le juge Halfyard, 2008 BCSC 1277, [2008] B.C.J. No. 2037 (QL), 2008 CarswellBC 2284, et qui a ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

J. M. Peter Firestone et Catherine Tyhurst, pour les appelants.

John M. Gordon, c.r., et *Elizabeth A. Campbell*, pour l’intimée.

Lucy Cecchetto, pour l’intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Le lien de causalité entre les actes de l’accusé et la mort de la victime n’est pas toujours évident dans les cas d’homicide. Il est particulièrement difficile d’établir ce lien en présence de causes multiples ou de causes intermédiaires entre l’acte de l’accusé et la mort de la victime. Il n’est pas nécessaire que les actes illégaux de l’accusé soient la cause unique, ni même la cause directe de la mort; le tribunal doit décider si ses actes ont contribué de façon appréciable à la mort.

[2] Le pourvoi soulève la question de savoir dans quelles circonstances l’acte intermédiaire d’un tiers rompt le lien de causalité entre l’acte de l’accusé et la mort de la victime et décharge ainsi l’accusé de toute responsabilité juridique pour homicide involontaire coupable.

[3] Tard la nuit, dans un bar achalandé, les appelants Timothy et Matthew Maybin ont asséné à

the victim in the face and head. Timothy Maybin eventually struck a blow that rendered the victim unconscious. Arriving on the scene within seconds, a bar bouncer then struck the victim in the head. While the trial judge was not satisfied that Matthew Maybin's assault caused bodily harm, he found that he was a party to his brother's more serious assault. The medical evidence was inconclusive about which blows caused death. As a result, the trial judge acquitted the appellants and the bouncer. At issue is whether the trial judge could have concluded that the appellants caused the death in fact; and if so, whether the subsequent assault by another person constituted an intervening act that nonetheless broke the chain of legal causation.

[4] The British Columbia Court of Appeal (2010 BCCA 527, 295 B.C.A.C. 298) concluded that factual causation had been established: "but for" the actions of the appellants the victim would not have died. However, the judges used two different analytical approaches in addressing legal causation. Ryan J.A. writing for the majority (Huddart J.A. concurring) asked whether the risk of the harm caused by the intervening actor could have been reasonably foreseeable to the appellants. She concluded that it could have been. Ryan J.A. allowed the appeal, set aside the appellants' acquittals and ordered a new trial. Finch C.J.B.C., in dissent, did not agree that the appellants could have reasonably foreseen the conduct of the intervening actor, and concluded that the intentional act of a third party acting independently severed legal causation.

[5] In my view, both the "reasonable foreseeability" and the "intentional, independent act" approach may be useful in assessing legal causation depending on the specific factual matrix. However, neither is determinative of whether an intervening act severs the chain of causation so that an accused's act is not a significant contributing cause of death. They are tools to assist in addressing the test for legal causation set out by this Court in *Smithers*

la victime plusieurs coups de poing au visage et à la tête. Timothy Maybin a fini par lui donner un coup qui lui a fait perdre connaissance. En quelques secondes, un portier du bar est arrivé et a frappé la victime à la tête. Bien que le juge du procès n'ait pas été convaincu que l'agression commise par Matthew Maybin avait causé des lésions corporelles, il a conclu que ce dernier avait participé à l'agression plus grave commise par son frère. La preuve médicale n'a pas établi de manière concluante quels coups avaient causé la mort. Le juge du procès a donc acquitté les appelants et le portier. Il s'agit de savoir si le juge du procès aurait pu conclure, sur le plan factuel, que les appelants ont causé la mort et, le cas échéant, si l'agression commise subséquemment par un tiers constituait toutefois un acte intermédiaire qui a rompu le lien de causalité juridique.

[4] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2010 BCCA 527, 295 B.C.A.C. 298) a conclu que la causalité factuelle avait été établie : « n'eussent été » les actes des appelants, la victime n'aurait pas perdu la vie. Les juges ont cependant employé deux méthodes d'analyse distinctes pour établir la causalité juridique. S'exprimant au nom des juges majoritaires (avec l'accord de la juge Huddart), la juge Ryan s'est demandé si les appelants auraient pu raisonnablement prévoir le risque du préjudice causé subséquemment par le tiers. Elle a conclu que ce risque était prévisible. La juge Ryan a accueilli l'appel, annulé les acquittements des appelants et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le juge en chef Finch, dissident, n'était pas d'avis que les appelants auraient pu raisonnablement prévoir la conduite du tiers, et il a conclu que l'acte délibéré d'un tiers agissant de manière indépendante avait rompu le lien de causalité juridique.

[5] À mon avis, les concepts de « prévisibilité raisonnable » et d'« acte délibéré et indépendant » peuvent tous deux se révéler utiles pour apprécier la causalité juridique, selon les faits particuliers en cause. Aucun n'est toutefois déterminant quant à savoir si un acte intermédiaire a rompu le lien de causalité, de sorte que l'acte de l'accusé n'a pas contribué de façon appréciable à la mort. Ce sont plutôt des outils utiles pour l'application

v. *The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 506, and confirmed in *R. v. Nette*, 2001 SCC 78, [2001] 3 S.C.R. 488: Were the unlawful acts of the appellants a significant contributing cause of death?

[6] The issues raised in this appeal are:

- (1) Did the trial judge err in failing to address whether the appellants' assaults were in fact a cause of death?
- (2) Was it open to the trial judge to find that the appellants' assaults remained a significant contributing cause of death despite the intervening act of the bouncer because (a) the intervening act was reasonably foreseeable; or (b) the intervening act was not an intentional, independent act?

[7] For the reasons that follow, I would conclude that it was open to the trial judge to find that the appellants' assaults remained a significant contributing cause of death. Accordingly, I would dismiss the appeal.

1. Background

[8] Late one night in a crowded bar, the victim apparently affronted the appellant Timothy Maybin by touching a pool ball on the appellant's table. Timothy Maybin then grabbed the victim and violently punched his face and head in quick succession. Timothy's brother, the appellant Matthew Maybin, helped his brother but was pulled away by bar staff. The victim did not defend himself, and after being hit a number of times, he staggered a few steps and fell face forward, unconscious, on the pool table. The commotion attracted the attention of a bar bouncer, who arrived within seconds on the scene. The bouncer asked who started the fight and after a patron pointed in the direction of the pool table, the bouncer immediately struck the unconscious victim in the back of the head with

du critère de causalité juridique énoncé par la Cour dans *Smithers c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 506, puis confirmé dans *R. c. Nette*, 2001 CSC 78, [2001] 3 R.C.S. 488 : les actes illégaux des appelants ont-ils contribué de façon appréciable à la mort?

[6] Le pourvoi soulève les questions suivantes :

- (1) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne déterminant pas si, sur le plan factuel, les agressions commises par les appelants étaient une cause de la mort?
- (2) Le juge du procès pouvait-il conclure que les agressions commises par les appelants demeuraient une cause ayant contribué de façon appréciable à la mort malgré l'acte intermédiaire du portier, parce que a) soit l'acte intermédiaire était raisonnablement prévisible; b) soit l'acte intermédiaire n'était pas délibéré et indépendant?

[7] Pour les motifs exposés ci-après, j'estime qu'il était possible pour le juge du procès de conclure que les agressions commises par les appelants demeuraient une cause ayant contribué de façon appréciable à la mort. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

1. Contexte

[8] Tard la nuit dans un bar achalandé, la victime a apparemment offensé l'appelant Timothy Maybin en touchant une boule sur la table de billard où celui-ci jouait. Timothy Maybin a alors saisi la victime et lui a asséné une volée de coups de poing au visage et à la tête. Le frère de Timothy, l'appelant Matthew Maybin, a prêté main-forte à son frère, mais le personnel du bar l'a écarté de la mêlée. La victime ne s'est pas défendue et, après avoir été frappée à plusieurs reprises, elle a fait quelques pas en titubant et est tombée face première, inconsciente, sur la table de billard. L'agitation a attiré l'attention d'un portier, qui est arrivé sur les lieux en quelques secondes et a demandé qui avait engagé le combat. Un client a pointé la table de billard et le portier a immédiatement frappé la victime inconsciente

considerable force. The two assaults took place within less than a minute. The victim subsequently died as a result of bleeding in the brain.

[9] The trial judge (2008 BCSC 1277 (CanLII)) concluded that all three accused had assaulted the victim and had either directly or indirectly caused bodily harm,¹ but that the appellants on the one hand, and the bouncer on the other, acted independently of each other (para. 325). The trial judge found that there were three possible causes of death: the punches delivered by Timothy Maybin; the single blow struck by the bouncer; or a combination of the two. Because he was not satisfied beyond a reasonable doubt that either Timothy Maybin's punches or the bouncer's blow was the sole or a significant contributing cause of the fatal injury, he acquitted all three accused of manslaughter.²

[10] On appeal, all three judges concluded that the trial judge erred in focussing narrowly upon the medical cause of death and failing to address the broader issues of factual and legal causation. The court was unanimous that the appellants' assaults were factually a contributing cause of death: "but for" their actions, the victim would not have died.

[11] In assessing legal causation, the majority and dissenting decisions accepted the standard set out by this Court in *Smithers* and confirmed in *Nette*.

1 The trial judge found Matthew Maybin joined in the assaults committed by his brother, and was thus a co-perpetrator (para. 210).

2 At trial, the Crown conceded that no included offence was available in this case because the charge in the indictment did not particularize the manner in which manslaughter was allegedly committed. The trial judge stated that had assault causing bodily harm been included in the offence of manslaughter, he would have found all three accused guilty of that included offence (para. 283).

derrière la tête avec énormément de puissance. Les deux agressions sont survenues à moins d'une minute d'intervalle. La victime est morte par la suite d'une hémorragie cérébrale.

[9] Le juge du procès (2008 BCSC 1277 (CanLII)) a conclu que les accusés avaient tous trois agressé la victime et lui avaient tous trois causé, directement ou indirectement, des lésions corporelles¹, mais que les appelants, d'une part, et le portier, d'autre part, avaient agi de façon indépendante (par. 325). D'après le juge du procès, la mort pouvait être attribuable à trois causes : les coups de poing assenés par Timothy Maybin; le coup porté par le portier; ou une combinaison des deux. N'étant pas convaincu hors de tout doute raisonnable que soit les coups de poing de Timothy Maybin, soit le coup du portier, étaient la cause unique ou une cause ayant contribué de façon appréciable à la lésion fatale, il a acquitté les trois accusés des accusations d'homicide involontaire coupable².

[10] En appel, les trois juges ont tous conclu que le juge du procès avait eu tort de se concentrer strictement sur la cause médicale de la mort et de ne pas étudier les questions plus générales de la causalité factuelle et de la causalité juridique. La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que, sur le plan factuel, les agressions commises par les appelants avaient contribué à la mort : « n'eussent été » leurs actes, la victime n'aurait pas perdu la vie.

[11] Lorsqu'ils ont analysé la causalité juridique, les juges majoritaires et le juge dissident ont retenu le critère que la Cour a établi dans *Smithers*, puis

1 Selon le juge du procès, Matthew Maybin a pris part à l'agression commise par son frère et était donc un coauteur de l'infraction (par. 210).

2 Le ministère public a admis au procès qu'il n'était possible, en l'espèce, de déclarer les accusés coupables d'aucune infraction incluse, parce que l'acte d'accusation ne précisait pas la façon dont l'homicide involontaire coupable aurait été commis. Le juge du procès a affirmé qu'il aurait reconnu les trois accusés coupables de voies de fait causant des lésions corporelles si cette infraction avait été incluse dans celle d'homicide involontaire coupable (par. 283).

The court divided, however, in its analytical approach. The majority concluded that the risk of harm — from the intervention of bar staff in an escalating bar fight — was reasonably foreseeable. The dissenting decision concluded that the assault of the bouncer was not reasonably foreseeable and that the intentional act of an independent person severed legal causation.

[12] The court allowed the Crown appeals and ordered a new trial for the Maybin brothers; it dismissed the appeal from the acquittal of the bouncer. The Maybin brothers appeal to this Court as of right.

2. General Principles of Causation for Manslaughter

[13] Section 222(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, provides that “[a] person commits homicide when, directly or indirectly, by any means, he causes the death of a human being.” Subsection (5) provides that “[a] person commits culpable homicide when he causes the death of a human being, (a) by means of an unlawful act”. The *Criminal Code* also identifies some circumstances in which the chain of causation will not be broken: a person causes the death of a human being notwithstanding (a) that death might have been prevented by resorting to proper means (s. 224) or (b) that the immediate cause of death is proper or improper treatment applied in good faith (s. 225).

[14] In *Smithers*, this Court pronounced the test for causation in manslaughter as “a contributing cause of death, outside the *de minimis* range” (p. 519). In that case, the accused punched the victim in the head and delivered a hard, fast kick to the victim’s stomach. The medical cause of the victim’s death was the aspiration of foreign materials present from vomiting; doctors testified that such aspiration rarely happens when the epiglottis functions properly. Dickson J. stated that it was “immaterial that the death was in part caused by a malfunctioning epiglottis to which malfunction the [accused]

confirmé dans *Nette*. La Cour d’appel était cependant divisée quant à la méthode d’analyse à utiliser. Les juges majoritaires ont conclu que le risque de préjudice — découlant de l’intervention du personnel du bar dans une rixe qui dégénère — était raisonnablement prévisible. Selon le juge dissident, l’agression du portier n’était pas raisonnablement prévisible, et l’acte délibéré d’un tiers indépendant avait rompu le lien de causalité juridique.

[12] La Cour d’appel a accueilli les appels formés par le ministère public et ordonné que les frères Maybin subissent un nouveau procès; elle a rejeté l’appel interjeté contre l’acquittement du portier. Les frères Maybin se pourvoient de plein droit devant la Cour.

2. Les principes généraux de causalité applicables dans les cas d’homicide involontaire coupable

[13] Aux termes du par. 222(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, « [c]ommet un homicide quiconque, directement ou indirectement, par quelque moyen, cause la mort d’un être humain ». Le paragraphe (5) prévoit qu’une « personne commet un homicide coupable lorsqu’elle cause la mort d’un être humain : a) soit au moyen d’un acte illégal ». Le *Code criminel* prévoit aussi certaines circonstances dans lesquelles le lien de causalité n’est pas rompu : une personne cause la mort d’un être humain, bien a) que la mort eût pu être empêchée en recourant à des moyens appropriés (art. 224) ou b) que la cause immédiate de la mort soit un traitement médical convenable ou impropre, appliqué de bonne foi (art. 225).

[14] Dans *Smithers*, la Cour a affirmé que le critère de causalité applicable à l’homicide involontaire coupable était celui de la cause ayant « contribué à la mort, de façon plus que mineure » (p. 519). Dans cette affaire, l’accusé avait asséné à la victime un coup de poing à la tête et lui avait décoché un violent coup de pied à l’estomac. Sur le plan médical, c’est l’aspiration de corps étrangers consécutive à un vomissement qui a causé la mort de la victime; des médecins ont témoigné que pareille aspiration se produit rarement quand l’épiglotte fonctionne bien. Le juge Dickson a mentionné

may, or may not, have contributed” (p. 519). An unlawful act may remain a legal cause of a person’s death even if the unlawful act, by itself, would not have caused that person’s death, provided it contributed beyond *de minimis* to that death (p. 522). The Court thus recognized that there may be a number of contributing causes of death.

[15] In *Nette*, this Court affirmed the validity of the *de minimis* causation standard expressed in *Smithers* for culpable homicide. Writing for the majority, Arbour J. noted that causation in homicide cases involves two aspects: factual and legal causation. Factual causation is “an inquiry about how the victim came to his or her death, in a medical, mechanical, or physical sense, and with the contribution of the accused to that result” (*Nette*, at para. 44). The trier of fact usually asks: “But for” the action(s) of the accused, would the death have occurred? Factual causation is therefore inclusive in scope.

[16] Legal causation, however, is a narrowing concept which funnels a wider range of factual causes into those which are sufficiently connected to a harm to warrant legal responsibility. Arbour J. noted that legal causation is “based on concepts of moral responsibility and is not a mechanical or mathematical exercise” (*Nette*, at para. 83). She stated, at para. 45:

Legal causation, which is also referred to as imputable causation, is concerned with the question of whether the accused person should be held responsible in law for the death that occurred. It is informed by legal considerations such as the wording of the section creating the offence and principles of interpretation. These legal considerations, in turn, reflect fundamental principles of criminal justice such as the principle that the morally innocent should not be punished . . .

[17] Further, this Court emphasized that causation issues are case-specific and fact-driven. The choice of terminology to put to a jury is discretionary in

qu’il « import[ait] peu que la mort ait été causée en partie par un mauvais fonctionnement de l’épiglote auquel [l’accusé] peut, ou non, avoir contribué » (p. 519). Un acte illégal peut demeurer une cause juridique de la mort d’une personne, même s’il ne l’aurait pas causée à lui seul, pourvu qu’il y ait contribué de façon plus que mineure (p. 522). La Cour a donc reconnu que la mort peut être attribuable à des causes multiples.

[15] Dans *Nette*, la Cour a confirmé la validité du critère de la contribution plus que mineure formulé dans *Smithers* pour l’homicide involontaire coupable. S’exprimant au nom de la majorité, la juge Arbour a signalé que la causalité dans les cas d’homicide comporte deux aspects : un aspect factuel et un aspect juridique. Pour établir la causalité factuelle, il « faut examiner [. . .] comment la victime est morte sur le plan médical, technique ou physique, et comment l’accusé a contribué à ce résultat » (*Nette*, par. 44). Le juge des faits se pose habituellement la question suivante : la mort serait-elle survenue, « n’eût été » la conduite de l’accusé? La causalité factuelle a donc une portée inclusive.

[16] La causalité juridique constitue cependant une notion limitative qui réduit le vaste éventail des causes factuelles à celles qui se rapportent suffisamment à un préjudice pour engager la responsabilité juridique. La juge Arbour a signalé que la causalité juridique « repose sur des notions de responsabilité morale et n’est pas un exercice machinal ou mathématique » (*Nette*, par. 83). Elle a affirmé ce qui suit au par. 45 :

Pour établir la causalité juridique, également connue sous le nom de causalité imputable (« *imputable causation* »), il faut se demander si l’accusé devrait être tenu responsable en droit du décès qui est survenu. Ce type de causalité repose sur des considérations juridiques telles que le libellé de l’article créant l’infraction et les principes d’interprétation. Ces considérations juridiques reflètent par ailleurs les principes fondamentaux de la justice criminelle, comme celui voulant que les personnes moralement innocentes ne soient pas punies . . .

[17] De plus, la Cour a souligné que les questions de causalité sont particulières à chaque cas et reposent sur les faits. Le choix des termes dans l’exposé

the context of the circumstances of the case (*Nette*, at para. 72). Implicit in *Nette* then, is the recognition that different approaches may be helpful in assessing legal causation, depending upon the specific factual context.

3. Factual Causation

[18] In this case all three judges of the Court of Appeal were satisfied that the appellants had factually caused the victim's death. As a result, the issue of factual causation was not strictly within the scope of this appeal. In oral submissions before this Court however, counsel for the appellants argued that factual causation was not established because the trial judge had a reasonable doubt as to who delivered the lethal blow. Counsel suggested that in such circumstances, it would be anomalous if the bouncer was acquitted and the appellants were convicted.

[19] As noted by the majority of the Court of Appeal, the bouncer was not in the same position as the Maybin brothers: the bouncer's assault was at the end of the chain of events leading to the victim's death (para. 46). Given the uncertainty of the medical evidence, the trial judge had a reasonable doubt about whether the bouncer's blow contributed to the death. As a result, he could not find that the actions of the bouncer were a factual cause of death (para. 51 of the Court of Appeal reasons). The court therefore dismissed the appeal from the acquittal of the bouncer for manslaughter.

[20] On the other hand, the appellants' unlawful acts not only seriously injured the victim, but also rendered him unconscious on the pool table where he was subsequently assaulted by the bouncer. Given these facts, the Court of Appeal concluded that even if the appellants' actions were not the direct and immediate cause of the victim's death, "but for" their actions, the victim would not have died. I agree. As *Smithers* and *Nette* made clear, factual

au jury est discrétionnaire et dépend des circonstances de l'affaire (*Nette*, par. 72). Notre Cour reconnaît donc implicitement dans *Nette* qu'il peut être utile d'employer différentes méthodes pour évaluer la causalité juridique, selon les faits particuliers en cause.

3. La causalité factuelle

[18] En l'espèce, les juges de la Cour d'appel étaient tous les trois convaincus que, sur le plan factuel, les appelants avaient causé la mort de la victime. Par conséquent, la causalité factuelle n'est pas, à proprement parler, en cause dans le pourvoi. L'avocat des appelants a néanmoins soutenu devant la Cour, lors de l'audience, que la causalité factuelle n'avait pas été établie parce que le juge du procès entretenait un doute raisonnable quant à savoir qui avait porté le coup fatal. L'avocat a affirmé qu'il serait anormal, en pareilles circonstances, que le portier soit acquitté et que les appelants soient reconnus coupables.

[19] Comme l'ont fait observer les juges majoritaires de la Cour d'appel, le portier ne se trouvait pas dans la même situation que les frères Maybin : l'agression commise par le portier se situait à la fin de la séquence des événements qui avaient entraîné la mort de la victime (par. 46). Comme la preuve médicale n'était pas concluante, le juge du procès entretenait un doute raisonnable quant à la question de savoir si le coup du portier avait contribué à la mort. Le juge du procès ne pouvait donc conclure, sur le plan factuel, que les gestes du portier avaient causé la mort (par. 51 des motifs de la Cour d'appel). La cour a donc rejeté l'appel de l'acquittement du portier relativement à l'accusation d'homicide involontaire coupable.

[20] Par contre, les actes illégaux des appelants ont non seulement blessé gravement la victime, mais lui ont aussi fait perdre connaissance sur la table de billard, où elle a par la suite été agressée par le portier. Étant donné ces faits, la Cour d'appel a conclu que, même si les actes des appelants ne constituaient pas la cause directe et immédiate de la mort, la victime ne serait pas morte « n'eussent été » leurs actes. Je suis du même avis. Comme

causation is not limited to the direct and immediate cause, nor is it limited to the most significant cause. The Maybin brothers' assault was either the direct medical cause of death or it rendered the victim vulnerable to the bouncer's assault.

[21] For these reasons, I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in the factual causation inquiry in this case. He stopped with his assessment of the medical cause of death and did not consider the contribution of the appellants to that result by asking whether the deceased would have died "but for" the actions of the appellants. As Arbour J. noted in *Nette* (para. 77):

The difficulty in establishing a single, conclusive medical cause of death does not lead to the legal conclusion that there were multiple operative causes of death. In a homicide trial, the question is not what caused the death or who caused the death of the victim but rather did the accused cause the victim's death. The fact that other persons or factors may have contributed to the result may or may not be legally significant in the trial of the one accused charged with the offence.

[22] The fact that the bouncer's act may have been a *novus actus interveniens*, or an intervening act, is part of the analysis of whether *legal* causation has been established and whether the appellants should be held legally accountable for the death.

4. Legal Causation — Intervening Act

[23] The doctrine of intervening acts is used, when relevant, for the purpose of reducing the scope of acts which generate criminal liability. As Cromwell J.A. stated in *R. v. Tower*, 2008 NSCA 3, 261 N.S.R. (2d) 135, "the law recognizes that other causes may intervene to 'break the chain of causation' between the accused's acts and the death. This is the concept of an 'intervening cause', that some new event or events result in the accused's actions not being a significant contributing cause of death" (para. 25).

l'indiquent clairement les arrêts *Smithers* et *Nette*, la causalité factuelle ne se limite pas à la cause directe et immédiate, ni à la cause principale de la mort. Soit l'agression des frères Maybin est la cause directe de la mort, sur le plan médical, soit elle a rendu la victime vulnérable à l'agression commise par le portier.

[21] Pour ces motifs, je partage l'opinion de la Cour d'appel que le juge du procès a commis une erreur dans l'analyse de la causalité factuelle en l'espèce. Il s'est contenté d'évaluer la cause médicale de la mort, et n'a pas examiné la façon dont les appelants avaient contribué à ce résultat en se demandant si la victime serait morte, « n'eussent été » les actes des appelants. Comme l'a souligné la juge Arbour au par. 77 de l'arrêt *Nette* :

La difficulté d'établir l'existence d'une seule cause médicale déterminante du décès n'amène pas à conclure en droit que le décès est attribuable à des causes multiples. Dans un procès pour homicide, la question qui se pose est de savoir non pas qui ou quoi a causé la mort de la victime, mais plutôt si l'accusé a causé cette mort. Le fait que d'autres personnes ou facteurs peuvent avoir contribué au résultat peut être important sur le plan juridique lors du procès de la personne accusée de l'infraction.

[22] La possibilité que l'acte du portier constitue un acte intermédiaire, aussi appelé *novus actus interveniens*, entre en jeu dans l'analyse servant à déterminer si la causalité *juridique* a été établie et si les appelants doivent être tenus juridiquement responsables de la mort.

4. La causalité juridique — l'acte intermédiaire

[23] Le principe de l'acte intermédiaire sert, lorsque cela est pertinent, à restreindre l'éventail des actes qui engagent la responsabilité criminelle de leur auteur. Comme le juge Cromwell l'a mentionné dans *R. c. Tower*, 2008 NSCA 3, 261 N.S.R. (2d) 135, [TRADUCTION] « le droit reconnaît la possibilité que d'autres causes "rompent le lien de causalité" entre les actes de l'accusé et la mort. C'est le concept de la "cause intermédiaire" — un ou plusieurs événements nouveaux font en sorte que les actes de l'accusé ne contribuent pas de façon appréciable à la mort » (par. 25).

[24] Jurisprudence in Canada and in other common law jurisdictions and academic scholarship have given rise to efforts to formulate a principle to deal with intervening acts. Professor Stanley Yeo describes many of them:

Several efforts . . . may be gleaned from the case authorities. They include statements to the effect that a defendant is relieved of causal blame if the intervening event was “abnormal”, “an unreasonable act”, a “coincidence”, “not a natural consequence”, comprised the “voluntary conduct of the intervener” or “was not reasonably foreseeable”.

(“Blamable Causation” (2000), 24 *Crim. L.J.* 144, at p. 151)

[25] The difficulty in formulating one test to determine when an intervening cause interrupts the chain of causation lies in the vast range of circumstances in which this issue arises. As mentioned, the majority and the dissent in the court below focussed on two different approaches to explain when an intervening act breaks the chain of causation.

[26] The first approach, applied by the majority, looks to whether the intervening act was objectively or reasonably foreseeable (see *R. v. Shilon* (2006), 240 C.C.C. (3d) 401 (Ont. C.A.)). The majority asked whether the risk of harm caused by the intervening actor was reasonably foreseeable to the appellants at the time they were committing the unlawful acts. It concluded that a trier of fact could find that it was reasonably foreseeable to the appellants that their assault on the victim, which occurred in a crowded bar, late at night, would provoke the intervention of others, perhaps the bar staff, with resulting non-trivial harm.

[27] The second approach, applied by the dissent, considers whether the intervening act is an independent factor that severs the impact of the accused’s actions, making the intervening act, in law, the sole cause of the victim’s death (see *R. v. Pagett*

[24] Les tribunaux canadiens et d’autres ressorts de common law et des universitaires ont tenté de formuler un principe qui régirait les actes intermédiaires. Le professeur Stanley Yeo décrit ainsi bon nombre de ces tentatives :

[TRADUCTION] La jurisprudence est parsemée de tentatives [. . .] On y trouve notamment des affirmations selon lesquelles le défendeur est exonéré de tout blâme quant à la cause si l’événement intermédiaire est « anormal », « un acte déraisonnable », une « coïncidence », n’est « pas une conséquence naturelle », met en cause la « conduite délibérée du tiers » ou « n’était pas raisonnablement prévisible ».

(« Blamable Causation » (2000), 24 *Crim. L.J.* 144, p. 151)

[25] La difficulté de formuler un critère servant à déterminer les circonstances dans lesquelles une cause intermédiaire rompt le lien de causalité tient à la grande variété des situations dans lesquelles cette question se pose. Comme je l’ai déjà mentionné, les juges majoritaires et le juge dissident de la Cour d’appel ont employé deux méthodes différentes pour expliquer dans quelles circonstances un acte intermédiaire rompt le lien de causalité.

[26] La première méthode, appliquée par les juges majoritaires, consiste à déterminer si l’acte intermédiaire était objectivement ou raisonnablement prévisible (voir *R. c. Shilon* (2006), 240 C.C.C. (3d) 401 (C.A. Ont.)). Les juges majoritaires se sont demandé si, au moment où ils ont commis leurs actes illégaux, les appelants pouvaient raisonnablement prévoir le risque du préjudice causé subséquent par le tiers. À leur avis, un juge des faits pouvait conclure qu’il était raisonnablement prévisible pour les appelants que leur agression contre la victime, dans un bar achalandé tard la nuit, entraînerait l’intervention d’autres personnes, peut-être des employés du bar, et qu’il en résulterait un préjudice non négligeable.

[27] La deuxième méthode, employée par le juge dissident, consiste à déterminer si l’acte intermédiaire est un facteur indépendant qui interrompt l’effet des actes de l’accusé, de sorte que l’acte intermédiaire constitue, en droit, l’unique cause de la

(1983), 76 Cr. App. R. 279 (C.A.); *R. v. Smith*, [1959] 2 Q.B. 35 (C.M.A.C.). The dissent held that the bouncer's assault was just such an independent factor.

[28] In my view, both these approaches are analytical aids — not new standards of legal causation. I agree with the intervener, the Attorney General of Ontario, that while such approaches may be helpful, they do not create new tests that are dispositive. Neither an unforeseeable intervening act nor an independent intervening act is necessarily a sufficient condition to *break* the chain of legal causation. Similarly, the fact that the intervening act was reasonably foreseeable, or was not an independent act, is not necessarily a sufficient condition to *establish* legal causation. Even in cases where it is alleged that an intervening act has interrupted the chain of legal causation, the causation test articulated in *Smithers* and confirmed in *Nette* remains the same: Were the dangerous, unlawful acts of the accused a significant contributing cause of the victim's death?

[29] Depending on the circumstances, assessments of foreseeability or independence may be more or less helpful in determining whether an accused's unlawful acts were still a *significant contributing* cause at the time of death. Any assessment of legal causation should maintain focus on whether the accused should be held legally responsible for the consequences of his actions, or whether holding the accused responsible for the death would amount to punishing a moral innocent.

5. Reasonable Foreseeability

[30] An intervening act that is reasonably foreseeable will usually not break or rupture the chain of causation so as to relieve the offender of legal responsibility for the unintended result. This approach posits that an accused who undertakes a dangerous act, and in so doing contributes to a death, should bear the risk that other foreseeable

mort de la victime (voir *R. c. Pagett* (1983), 76 Cr. App. R. 279 (C.A.); *R. c. Smith*, [1959] 2 Q.B. 35 (C.A.C.M.)). D'après le juge dissident, l'agression par le portier constituait justement un tel facteur indépendant.

[28] À mon avis, les méthodes exposées plus haut sont toutes deux des outils d'analyse, et non pas de nouveaux critères de causalité juridique. Je suis d'accord avec l'intervenant, le procureur général de l'Ontario, pour dire que, même si de telles méthodes peuvent se révéler utiles, elles n'ont pas pour effet d'établir de nouveaux critères déterminants. Ni un acte intermédiaire imprévisible ni un acte intermédiaire indépendant ne sont nécessairement suffisants pour *rompre* le lien de causalité juridique. De même, le fait que l'acte intermédiaire était raisonnablement prévisible ou n'était pas un acte indépendant n'est pas nécessairement suffisant pour *établir* la causalité juridique. Même lorsqu'une partie prétend qu'un acte intermédiaire a rompu le lien de causalité juridique, le critère de causalité formulé dans *Smithers* et confirmé dans *Nette* demeure le même : les actes dangereux et illégaux de l'accusé ont-ils contribué de façon appréciable à la mort de la victime?

[29] L'appréciation de la prévisibilité ou du caractère indépendant peut s'avérer plus ou moins utile, selon les circonstances, pour établir si les actes illégaux de l'accusé demeuraient une cause ayant *contribué de façon appréciable* à la mort au moment où elle est survenue. L'analyse de la causalité juridique doit toujours demeurer centrée sur la question de savoir si l'accusé doit être tenu responsable en droit des conséquences de ses actes, ou si le fait de le tenir responsable de la mort reviendrait à punir une personne moralement innocente.

5. La prévisibilité raisonnable

[30] L'acte intermédiaire raisonnablement prévisible ne rompt habituellement pas le lien de causalité de manière à dégager le délinquant de toute responsabilité juridique pour la conséquence non intentionnelle. Suivant ce raisonnement, l'accusé qui commet un acte dangereux et contribue ainsi à la mort d'une personne doit assumer le risque que

acts may intervene and contribute to that death. Because the issue is whether the actions and consequences were reasonably foreseeable prospectively, at the time of the accused's objectively dangerous and unlawful act, it accords with our notions of moral accountability. This approach addresses the question: Is it fair to attribute the resulting death to the initial actor?

[31] Courts have sometimes couched the principle of foreseeability in different terms, asking whether the intervening act is so “extraordinary” or “unusual” that the accused should not be held responsible for the consequences of that act. In *R. v. Sinclair*, 2009 MBCA 71, 240 Man. R. (2d) 135, the accused beat the deceased and left him motionless in the roadway where he was struck by a passing motorist. The Manitoba Court of Appeal held that, in order for *novus actus interveniens* to apply to sever legal causation, the intervening act had to be, in some way, “extraordinary or unusual”. In *R. v. Hallett*, [1969] S.A.S.R. 141 (S.C. *in banco*), the victim was left unconscious on a beach; the Supreme Court of South Australia held that a natural event may break the chain of causation if it is “extraordinary” (a tidal wave), but not if it is the ordinary operation of natural forces (the tides).

[32] Objective foreseeability has thus been a useful tool in determining whether an intervening act severs the chain of legal causation. The more difficult question in applying such an approach is the scope of what has to be reasonably foreseeable. In this case, the parties disagree about whether the intervening act — the blow delivered by the bouncer — was reasonably foreseeable. While both the majority and dissent opinions apply a reasonable foreseeability framework, they arrive at different conclusions. This result is driven by their different views regarding what precisely must be reasonably foreseeable. Is it the specific assault by the intervening actor? Is it simply the risk of further bodily

d'autres actes prévisibles soient commis et contribuent à la mort. Puisque la question est de savoir si les actes et leurs conséquences à venir étaient raisonnablement prévisibles au moment des actes objectivement dangereux et illégaux de l'accusé, elle concorde avec notre conception de la responsabilité morale. Ce raisonnement s'attache à la question suivante : est-il juste d'imputer la mort ainsi causée à l'auteur des actes initiaux?

[31] Les tribunaux ont parfois exprimé le principe de prévisibilité en des termes différents, se demandant si l'acte intermédiaire était à ce point « extraordinaire » ou « inhabituel » que l'accusé ne devrait pas être tenu responsable des conséquences de cet acte. Dans l'affaire *R. c. Sinclair*, 2009 MBCA 71, 240 Man. R. (2d) 135, l'accusé a battu la victime et l'a abandonnée inconsciente sur la chaussée, où elle a été heurtée par un automobiliste qui passait par là. La Cour d'appel du Manitoba a décidé que l'acte intermédiaire devait être, d'une façon ou d'une autre, [TRADUCTION] « extraordinaire » ou « inhabituel » pour que le principe *novus actus interveniens* s'applique de manière à rompre le lien de causalité juridique. Dans *R. c. Hallett*, [1969] S.A.S.R. 141 (C.S. *in banco*), la victime a été laissée inconsciente sur la plage; la Cour suprême de l'Australie-Méridionale a affirmé que le lien de causalité peut être rompu par un événement naturel [TRADUCTION] « extraordinaire » (un raz-de-marée), mais non par la manifestation normale des forces de la nature (les marées).

[32] La prévisibilité objective s'est donc révélée utile pour déterminer si un acte intermédiaire rompt le lien de causalité juridique. La difficulté que pose cette approche est l'étendue du concept de ce qui doit être raisonnablement prévisible. Les parties en l'espèce ne s'entendent pas sur la question de savoir si l'acte intermédiaire — le coup porté par le portier — était raisonnablement prévisible. Bien que les juges majoritaires et le juge dissident appliquent un cadre de prévisibilité raisonnable, ils arrivent à des conclusions différentes en raison de leur divergence d'opinions sur ce qui, précisément, doit être raisonnablement prévisible. Est-ce exactement l'agression commise subséquentement par le

harm? Or is it the general nature of intervening acts and the accompanying risk of harm?

[33] The dissent took the narrow view that the specific scenario — the unprovoked assault by a bouncer of an unconscious patron — had to be reasonably foreseeable. The majority cast the net more broadly by concluding “that it was reasonably foreseeable that the [appellants’] assault would provoke the intervention of others, perhaps the bar staff, with resulting non-trivial harm” (para. 43).

[34] In my view, the chain of causation should not be broken only because the specific subsequent attack by the bouncer was not reasonably foreseeable. Because the time to assess reasonable foreseeability is at the time of the initial assault, rather than at the time of the intervening act, it is too restrictive to require that the precise details of the event be objectively foreseeable. In some cases, while the general nature of the ensuing acts and the risk of further harm may be reasonably likely, the specific manner in which it could occur may be entirely unpredictable. From the perspective of moral responsibility, it is sufficient if the general nature of the intervening act and the risk of non-trivial harm are objectively foreseeable at the time of the dangerous and unlawful acts.

[35] Jurisprudence supports the proposition that the specific act need not be reasonably foreseeable. In *Shilon*, it was alleged that the accused and his associate stole another man’s motorcycle, giving way to a high-speed car chase between the accused and the owner of the motorcycle. The chase only ended when the owner of the motorcycle crashed into a police car, killing a police officer. The Ontario Court of Appeal asked whether the death of the police officer was within the ambit of risk created by the dangerous, unlawful actions of the accused and whether the accused ought reasonably to have foreseen such harm (para. 40). In *R. v.*

tiers? Est-ce simplement le risque de lésions corporelles supplémentaires? Ou est-ce la nature générale des actes intermédiaires et le risque de lésions corporelles qu’ils comportent?

[33] Le juge dissident a adopté un point de vue étroit selon lequel le scénario précis — l’agression sans provocation d’un client inconscient par un portier — devait être raisonnablement prévisible. Les juges majoritaires ont ratissé plus large en concluant [TRADUCTION] « qu’il était raisonnablement prévisible que l’agression [des appelants] entraînerait l’intervention d’autres personnes, peut-être des employés du bar, et qu’il en résulterait un préjudice non négligeable » (par. 43).

[34] J’estime que le lien de causalité ne doit pas être rompu uniquement parce que l’attaque précise commise subséquemment par le portier n’était pas raisonnablement prévisible. Puisque l’appréciation de la prévisibilité raisonnable se situe au moment de la première agression, et non au moment de l’acte intermédiaire, il serait trop restrictif d’exiger que les détails exacts de l’événement soient objectivement prévisibles. Dans certains cas, bien que la nature générale des actes subséquents et le risque de préjudice supplémentaire soient raisonnablement probables, la manière précise dont ils pourraient survenir est parfois tout à fait imprévisible. Du point de vue de la responsabilité morale, il suffit que la nature générale de l’acte intermédiaire et le risque de préjudice non négligeable soient objectivement prévisibles au moment des actes dangereux et illégaux.

[35] La jurisprudence permet d’affirmer que l’acte précis en cause n’a pas à être raisonnablement prévisible. Dans *Shilon*, on reprochait à l’accusé et à son associé d’avoir volé une motocyclette, ce qui avait donné lieu à une poursuite à haute vitesse de l’accusé par le propriétaire de la motocyclette. La poursuite n’a pris fin que lorsque le propriétaire de la motocyclette est entré en collision avec une voiture de police, tuant ainsi un policier. La Cour d’appel de l’Ontario s’est demandé si la mort du policier faisait partie du risque créé par les actes dangereux et illégaux de l’accusé et si ce dernier aurait pu raisonnablement prévoir un tel préjudice (par. 40).

Hughes, 2011 BCCA 220, 305 B.C.A.C. 112, the British Columbia Court of Appeal accepted the trial judge's wording that an accident was "well within the scope of the risk created by the accused" (para. 72). Under this approach, an accused may be held responsible for "[a]n event [that is] reasonably foreseeable as part of a generic risk, even though it is improbable in its details" (G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983), at p. 389).

[36] In framing the answer to the question of "what exactly needs to have been reasonably foreseeable?" broadly — by asking, for instance, "was the risk of further bodily harm reasonably foreseeable?" — the result will more closely align with the *mens rea* for manslaughter.³ Since manslaughter requires only that the risk of non-trivial bodily harm is foreseeable at the time of the dangerous and unlawful acts (*R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3), it is arguably consistent at the level of moral responsibility to hold the accused accountable for the foreseeable risk of further non-trivial bodily harm.

[37] That said, if it is only the risk of further bodily harm that is to be reasonably foreseeable, then the reasonable foreseeability test adds little concrete assistance in determining whether the intervening cause should legally sever the chain of causation. Such a broad formulation of reasonable foreseeability diminishes its effectiveness as any limitation of the scope of criminal liability. It does little to assist in answering the question of whether the nature of the intervening act is such that the accused should not be held legally responsible for the death. Some degree of specificity about the nature

3 As noted by Arbour J. in *Nette* (para. 47) and in *R. v. Cribbin* (1994), 89 C.C.C. (3d) 67 (Ont. C.A.), at p. 83, because principles of legal causation are about attributing blame to an accused, there is some inevitable overlap between *mens rea* and the legal causation inquiry.

Dans *R. c. Hughes*, 2011 BCCA 220, 305 B.C.A.C. 112, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait siens les termes du juge du procès selon lesquels un accident se situait [TRADUCTION] « bien à l'intérieur de l'étendue du risque créé par l'accusé » (par. 72). Suivant ce raisonnement, l'accusé peut être tenu responsable d'un [TRADUCTION] « [é]vénement [qui est] raisonnablement prévisible comme élément d'un risque général, même si ses détails sont peu vraisemblables » (G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (2^e éd. 1983), p. 389).

[36] Lorsqu'on détermine, de façon générale, « ce qui, précisément, doit être raisonnablement prévisible » — en se demandant, par exemple, si « le risque de lésions corporelles supplémentaires était raisonnablement prévisible » — on obtient une réponse qui concorde davantage avec la *mens rea* d'un homicide involontaire coupable³. Comme l'homicide involontaire coupable requiert seulement que le risque de lésions corporelles non négligeables soit prévisible au moment des actes dangereux et illégaux (*R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3), on peut soutenir qu'il est logique, sur le plan de la responsabilité morale, de tenir l'accusé responsable du risque prévisible de lésions corporelles non négligeables supplémentaires.

[37] Cela dit, si seul le risque de lésions corporelles supplémentaires doit être raisonnablement prévisible, alors le critère de la prévisibilité raisonnable n'est pas d'un grand secours, concrètement, pour déterminer si la cause intermédiaire devrait, d'un point de vue juridique, rompre le lien de causalité. Une formulation aussi large de la prévisibilité raisonnable en diminue l'efficacité comme limite de l'étendue de la responsabilité criminelle. Elle n'est guère utile pour répondre à la question de savoir si la nature de l'acte intermédiaire est telle que l'accusé ne devrait pas être tenu

3 Comme l'a souligné la juge Arbour au par. 47 de l'arrêt *Nette* et à la p. 83 de l'arrêt *R. c. Cribbin* (1994), 89 C.C.C. (3d) 67 (C.A. Ont.), la *mens rea* et l'analyse de la causalité juridique se recoupent inévitablement dans une certaine mesure parce que les principes de causalité juridique reposent sur l'attribution d'un blâme à l'accusé.

of the intervening act must be foreseeable in order to invoke a moral response.

[38] For these reasons, I conclude that it is the general nature of the intervening acts and the accompanying risk of harm that needs to be reasonably foreseeable. Legal causation does not require that the accused must objectively foresee the precise future consequences of their conduct. Nor does it assist in addressing moral culpability to require merely that the risk of some non-trivial bodily harm is reasonably foreseeable. Rather, the intervening acts and the ensuing non-trivial harm must be reasonably foreseeable in the sense that the acts and the harm that actually transpired flowed reasonably from the conduct of the appellants. If so, then the accused's actions may remain a significant contributing cause of death.

[39] In this case, the appellants submit that the bouncer's assault of the unconscious victim was not reasonably foreseeable at all, unlike further injury to the victim by another patron joining in the fight or by bar staff attempting to impose order.

[40] I do not agree. If the physical intervention of the bar staff, with its risk of non-trivial harm was objectively foreseeable, then the specific details of that intervention did not themselves need to be foreseen. Focussing on the fact that the subsequent act was committed by a bouncer, as opposed to another patron, misplaces the focus on the actor, as opposed to the nature of the intervening act.

[41] While the majority of the Court of Appeal framed their approach broadly as the risk of harm, the judges ultimately based their conclusion on the foreseeability of the general nature of the intervening acts and the potential for non-trivial harm. They concluded that the trial judge could have found that, in the context of an escalating bar fight,

juridiquement responsable de la mort. Il doit être possible de prévoir la nature de l'acte intermédiaire avec une certaine précision pour que l'aspect moral entre en jeu.

[38] Pour ces motifs, je conclus que c'est la nature générale des actes intermédiaires et le risque de préjudice qu'ils présentent qui doivent être raisonnablement prévisibles. La causalité juridique n'exige pas que l'accusé prévoie objectivement les conséquences exactes de sa conduite. Exiger simplement que le risque de lésions corporelles non négligeables soit raisonnablement prévisible n'aide pas non plus à trancher la question de la culpabilité morale. Il faut plutôt que les actes intermédiaires et le préjudice non négligeable qui en découle aient été raisonnablement prévisibles, en ce sens que les actes et le préjudice qu'ils ont réellement causé découlaient raisonnablement de la conduite de l'accusé. Le cas échéant, ses actes peuvent alors demeurer une cause ayant contribué de manière appréciable à la mort.

[39] En l'espèce, les appelants soutiennent que, contrairement à des blessures additionnelles infligées à la victime par un autre client prenant part à la bagarre ou par un employé du bar tentant de rétablir l'ordre, l'agression commise par le portier contre la victime inconsciente n'était pas du tout raisonnablement prévisible.

[40] Je ne suis pas de cet avis. S'il était objectivement possible de prévoir l'intervention physique du personnel du bar et le risque de préjudice non négligeable en découlant, il n'était pas nécessaire que les détails précis de l'intervention soient prévisibles. Insister sur le fait que l'acte intermédiaire a été commis par un portier, plutôt que par un autre client, a pour effet de centrer à tort l'analyse sur l'auteur de cet acte plutôt que sur sa nature.

[41] Bien que les juges majoritaires de la Cour d'appel aient formulé leur approche en des termes généraux en parlant du risque de préjudice, elles ont fondé en dernière analyse leur conclusion sur la prévisibilité de la nature générale des actes intermédiaires et sur le risque de préjudice non négligeable. Selon elles, le juge du procès aurait pu

it was reasonably foreseeable that further non-trivial harm would be caused by the interventions of other patrons and bar staff. This conclusion was supported by the trial judge's findings of fact. The appellants initiated an assault in a crowded bar, late at night, with drinking patrons and bar security staff nearby. It was open to the trial judge to conclude that it was reasonably foreseeable that the fight would escalate and other patrons would join or seek to end the fight or that the bouncers would use force to seek to gain control of the situation. It was further open to the trial judge to conclude that Matthew Maybin himself was aware of the risk of the escalation of the fight when he enlisted the support of another patron in advance because "there might be a fight . . . so I figured I'd grab another guy just in case" (para. 33 of the trial judge's decision).

[42] In this case, the fight did escalate, with other patrons joining in, others calling for a bouncer, and bar staff hurrying to the area. Moreover, the bouncer in this case testified that he thought he *was* trying to impose order ("When asked to explain why he had punched [the victim], [the bouncer] said that the man had been identified to him as being the instigator of the fight and so he hit him to shock and disorient him, so as to gain control of the situation" (para. 131 of the trial judge's decision)). It was open to the trial judge to conclude that the risk of intervention by patrons and the bouncer was objectively foreseeable when the appellants commenced a one-sided fight in a crowded bar. Accordingly, I agree with the majority of the Court of Appeal that it was open to the judge to find that the intervening act was reasonably foreseeable in the circumstances of this case.

[43] One final point on this issue. The majority of the Court of Appeal stated that the reasonable

conclure que, dans le contexte d'une bagarre qui dégénère dans un bar, il était raisonnablement prévisible qu'un préjudice non négligeable supplémentaire résulterait de l'intervention d'autres clients et du personnel du bar qui se trouvait tout près. Les constatations de fait du juge du procès étayaient cette conclusion. Les appelants ont commis une agression dans un bar achalandé, tard la nuit, en présence de clients qui buvaient et du personnel de sécurité du bar. Il était possible pour le juge du procès de conclure qu'il était raisonnablement prévisible que la bagarre dégénère et que d'autres clients y prennent part ou tentent d'y mettre fin, ou que les portiers emploient la force en tentant de maîtriser la situation. Il était aussi possible pour lui de conclure que Matthew Maybin lui-même était conscient du risque que la bagarre dégénère quand il a demandé d'avance l'aide d'un autre client parce qu'il était [TRADUCTION] « possible qu'il y ait une bagarre [. . .] alors j'ai pensé amener un autre gars au cas où » (par. 33 de la décision du juge du procès).

[42] En l'espèce, la bagarre a bel et bien dégénéré, d'autres clients y prenant part alors que d'autres ont demandé l'intervention d'un portier et que le personnel du bar s'est précipité vers le lieu de la bagarre. De plus, selon ce qu'il a affirmé dans son témoignage, le portier pensait qu'il *tentait effectivement* de rétablir l'ordre ([TRADUCTION] « Lorsqu'on lui a demandé pourquoi il avait asséné un coup à [la victime], [le portier] a répondu que quelqu'un lui avait dit que c'était cet homme qui avait déclenché la bagarre et qu'il l'a donc frappé pour l'ébranler et le désorienter dans le but de maîtriser la situation » (par. 131 de la décision du juge du procès)). Le juge du procès pouvait conclure que le risque d'intervention des clients et du portier était objectivement prévisible lorsque les appelants ont déclenché une bagarre à sens unique dans un bar achalandé. Je partage donc l'avis des juges majoritaires de la Cour d'appel selon lequel le juge du procès pouvait conclure que l'acte intermédiaire était raisonnablement prévisible dans les circonstances de l'espèce.

[43] Il convient de faire une dernière observation sur ce point. Les juges majoritaires de la

foreseeability test is determinative on the issue of legal causation (para. 35):

... the law will not hold someone legally responsible if the ordinarily circumspect person would not have seen the outcome as likely to result from his or her act. In my view, this principle explains the purpose of the *novus actus interveniens* rule. The application of the rule provides a way of ensuring that a person will not be held responsible for objectively unforeseeable consequences.

[44] The Court of Appeal in effect elevated this analytical approach to a new causation rule. I do not agree. The reasonable foreseeability approach is a useful tool and directly incorporates the notion of blameworthiness. However, as noted above, there may be other helpful analytical tools to assess whether legal responsibility should be imputed to the accused and whether the accused's acts were a significant contributing cause of death as required in *Smithers* and *Nette*.

6. Independent Acts

[45] In dissent, Finch C.J.B.C. agreed that "a person should not be held responsible for objectively unforeseeable consequences" and concluded that the actions of the bouncer were not reasonably foreseeable. He continued:

However, persons should similarly not be held responsible for intentional actions of a third party acting independently. This was articulated by the Ontario Court of Appeal in *R. v. J.S.R.* (2008), 239 O.A.C. 42; 237 C.C.C. (3d) 305; 2008 ONCA 544, at para. 31:

[D]espite the existence of factual causation, it is said to be unfair to impute legal liability for the death to a person whose actions have been effectively overtaken by the more immediate causal action of another party acting independently . . .

[The bouncer's] intentional conduct in striking the unconscious [victim] constitutes an intervening act in this case. He is an independent third party and the Maybin

Cour d'appel ont mentionné que le critère de la prévisibilité raisonnable est déterminant en ce qui a trait à la causalité juridique (par. 35) :

[TRADUCTION] . . . en droit, un individu n'est pas tenu juridiquement responsable des conséquences de ses actes si la personne normalement circonspecte n'aurait pas cru que ces conséquences étaient vraisemblables. À mon avis, ce principe explique l'objet de la règle *novus actus interveniens*. L'application de cette règle fournit un moyen de veiller à ce qu'une personne ne soit pas tenue responsable de conséquences objectivement imprévisibles.

[44] La Cour d'appel a, dans les faits, élevé cette méthode d'analyse au rang de nouvelle règle de causalité. Je ne suis pas d'accord. Le concept de prévisibilité raisonnable est un outil utile et englobe directement la notion de culpabilité morale. Par contre, comme je l'ai déjà dit, d'autres outils d'analyse peuvent être utiles pour déterminer si la responsabilité juridique doit être imputée à l'accusé et si ses actes ont contribué de façon appréciable à la mort, selon le critère établi dans *Smithers* et *Nette*.

6. Actes indépendants

[45] Le juge en chef Finch, dissident, a reconnu [TRADUCTION] « qu'une personne ne doit pas être tenue responsable de conséquences objectivement imprévisibles » et a conclu que les actes du portier n'étaient pas raisonnablement prévisibles. Il a ajouté ce qui suit :

[TRADUCTION] Cependant, une personne ne doit pas non plus être tenue responsable des actes délibérés d'un tiers agissant de façon indépendante. La Cour d'appel de l'Ontario a formulé ainsi cette règle dans *R. c. J.S.R.* (2008), 239 O.A.C. 42; 237 C.C.C. (3d) 305; 2008 ONCA 544, par. 31 :

[M]algré l'existence d'un lien de causalité factuelle, on considère qu'il est injuste d'imputer la responsabilité juridique de la mort à une personne dont les actes ont été en fait supplantés par l'acte causal plus immédiat d'un tiers agissant de façon indépendante . . .

Le coup porté délibérément par [le portier] à [la victime] inconscient[e] constitue un acte intermédiaire en l'espèce. Le portier est un tiers agissant de façon

brothers should not be held morally or legally responsible for his acts, in the absence of a conclusion that the blows of Timothy Maybin and [the bouncer] in conjunction were the cause of death. [Emphasis in original; paras. 72-73.]

[46] Whether the effects of an accused's actions are "effectively overtaken by the more immediate causal action of another party acting independently" involves an assessment of the relative weight of the causes, looking retrospectively from the death.

[47] Courts have sought to articulate when the first cause ought to be overlooked because of the nature and effect of the subsequent causes, quite apart from whether or not the subsequent causes may have been foreseeable. In *Smith*, the victim died in hospital after being stabbed by the accused. It was later discovered that the victim had been improperly treated. When deciding whether the actions of medical staff constituted an intervening cause, the English Courts Martial Appeal Court declared that an intervening cause shields the accused from responsibility only if the accused's act is "merely the setting in which another cause operates" (p. 43). Or, put another way, only if the intervening cause "is so overwhelming as to make the original wound merely part of the history" leading to the victim's death (p. 43). Ultimately, the court articulated the standard as: ". . . if at the time of death the original wound is still an operating cause and a substantial cause, then the death can properly be said to be the result of the wound" (pp. 42-43). In *Hallett* when faced with the death of a man left unconscious on a beach who drowned as a result of "the ordinary operations of the tides" (p. 150), the court asked whether the original unlawful act was "so connected with the event that it . . . must be regarded as having a sufficiently substantial causal effect which subsisted up to the happening of the event" (p. 149).

[48] In *Shilon*, the Ontario Court of Appeal accepted that "independent voluntary human intervention in events started by an accused may break the chain of causation" but concluded that it was

indépendante, et on ne doit pas tenir les frères Maybin moralement ou juridiquement responsables de ses actes si on ne conclut pas que les coups de Timothy Maybin et [du portier] ont, ensemble, causé la mort. [Souligné dans l'original; par. 72-73.]

[46] Pour déterminer si les actes de l'accusé sont [TRADUCTION] « en fait supplantés par l'acte causal plus immédiat d'un tiers agissant de façon indépendante », il faut apprécier le poids relatif des causes d'un point de vue rétrospectif au moment de la mort.

[47] Les tribunaux ont tenté d'établir dans quelles circonstances il y a lieu de ne pas tenir compte de la cause initiale en raison de la nature et de l'effet des causes subséquentes, indépendamment de la question de savoir si celles-ci pouvaient être prévisibles. Dans l'affaire *Smith*, la victime est morte à l'hôpital après avoir été poignardée par l'accusé. On a constaté par la suite que la victime avait été mal soignée. Au moment de décider si les actes du personnel médical constituaient une cause intermédiaire, le Tribunal d'appel des cours martiales de l'Angleterre a affirmé qu'une cause intermédiaire n'exonère l'accusé de toute responsabilité que si son acte constitue [TRADUCTION] « simplement la toile de fond sur laquelle une autre cause produit son effet » (p. 43) ou, en d'autres termes, que si la cause intermédiaire « supplante à ce point la blessure initiale que celle-ci fait seulement partie des circonstances » ayant mené à la mort de la victime (p. 43). En définitive, le tribunal a formulé ainsi le critère applicable : « . . . si la blessure initiale demeure une cause effective et substantielle au moment de la mort, on peut alors affirmer à juste titre que la mort découle de la blessure » (p. 42-43). Dans *Hallett*, une affaire où un homme abandonné inconscient sur une plage s'est noyé à cause [TRADUCTION] « du flux normal des marées » (p. 150), la cour s'est demandé si l'acte illégal initial était « si étroitement lié à l'événement qu'on doit le [. . .] considérer comme ayant un effet causal suffisamment important qui a subsisté jusqu'à ce que l'événement se produise » (p. 149).

[48] Dans *Shilon*, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu qu'une [TRADUCTION] « intervention humaine délibérée et indépendante dans une suite d'événements amorcée par l'accusé peut rompre

the accused who “created and continued the highly charged situation” and “provoked” the third party’s dangerous driving, which was therefore “directly linked” to the accused’s actions (para. 43).

[49] Whether an intervening act is independent is thus sometimes framed as a question of whether the intervening act is a response to the acts of the accused. In other words, did the act of the accused merely set the scene, allowing other circumstances to (coincidentally) intervene, or did the act of the accused trigger or provoke the action of the intervening party?

[50] When the intervening acts are natural events, they are more closely tied to the theory of foreseeability, and the courts ask whether the event was “extraordinary”, as in *Hallett*. When the intervening acts are those of a person, exercising his or her free will, the focus is often on the independence of the actions.

[51] The academic community has also sought to explain when the actions of another person will interrupt the chain of causation. Glanville Williams argues that while people are subject to the “causes” of nature, they have control over their actions and a voluntary act starts a new chain of causation, regardless of what has happened before. He explains how this accords with our ideas of moral responsibility and just punishment:

The first actor who starts on a dangerous or criminal plan will often be responsible for what happens if no one else intervenes; but a subsequent actor who has reached responsible years, is of sound mind, has full knowledge of what he is doing, and is not acting under intimidation or other pressure or stress resulting from the defendant’s conduct, replaces him as the responsible actor. Such an intervening act is thought to break the moral connection that would otherwise have been perceived between the defendant’s acts and the forbidden consequence.

(“*Finis for Novus Actus?*” (1989), 48 *Cambridge L.J.* 391, at p. 392)

le lien de causalité », mais elle a conclu que c’est l’accusé qui « a[vait] créé la situation très tendue et l’a[vait] fait perdurer » en plus d’avoir « provoqué » la conduite dangereuse du tiers, qui était donc « directement liée » aux actes de l’accusé (par. 43).

[49] En conséquence, la question de savoir si un acte intermédiaire est indépendant est parfois formulée comme s’agissant de savoir si l’acte intermédiaire a été commis en réaction aux actes de l’accusé. Autrement dit, l’acte de l’accusé a-t-il simplement établi la toile de fond ayant permis que d’autres faits surviennent (par coïncidence), ou a-t-il plutôt déclenché ou provoqué l’intervention subséquente du tiers?

[50] Les événements intermédiaires qui sont d’origine naturelle sont associés de plus près à la théorie de la prévisibilité et les tribunaux se demandent, comme dans *Hallett*, s’il s’agit d’un événement « extraordinaire ». Lorsqu’il s’agit d’actes intermédiaires commis par une personne agissant de son plein gré, l’analyse est souvent axée sur le caractère indépendant des actes.

[51] Les universitaires ont également tenté d’expliquer dans quelles circonstances les actes d’un tiers rompent le lien de causalité. D’après Glanville Williams, bien que les gens soient soumis aux « lois » de la nature, ils ont la maîtrise de leurs actes et un acte délibéré constitue le premier maillon d’un nouveau lien de causalité, peu importe ce qui s’est produit auparavant. Il explique en quoi cela est compatible avec nos conceptions de la responsabilité morale et d’une sanction juste :

[TRADUCTION] La première personne qui commence à mettre à exécution un plan dangereux ou criminel est, dans bien des cas, responsable de ce qui arrive si personne d’autre n’intervient; par contre, l’auteur d’un acte subséquent, qui a atteint l’âge de la responsabilité, est sain d’esprit, est pleinement conscient de ses actes et n’agit pas sous l’effet de l’intimidation ni d’une autre contrainte ou du stress découlant de la conduite du défendeur, se substitue à celui-ci en tant que responsable. On considère que pareil acte intermédiaire rompt le lien moral qui aurait autrement été établi entre les actes du défendeur et la conséquence interdite.

(« *Finis for Novus Actus?* » (1989), 48 *Cambridge L.J.* 391, p. 392)

[52] An intervening act by another person does not always sever the causal connection between the accused's act and the result: as mentioned, ss. 224 and 225 of the *Criminal Code* provide that the chain of causation is not broken if death could otherwise have been prevented by resorting to proper means (s. 224), or if the immediate cause of death is proper or improper treatment that is applied in good faith (s. 225). In addition, in this case, I need not consider the actions of a third party who acts in good faith, or under mistake, intimidation or similar pressure, or whose actions are not voluntary. Here, the bouncer criminally assaulted the unconscious victim causing bodily harm.

[53] What then, is the nature and degree of independence that may absolve the original actors of legal responsibility for the consequences of their actions? Turning to this case, was the act of the bouncer so independent of the actions of the appellants that his act should be regarded in law as the sole cause of the victim's death to the exclusion of the acts of the appellants?

[54] The appellants submit that it should because (1) the appellants were not aiders of the bouncer's assault; (2) they were not involved in a joint activity; and (3) the appellants could only be said to have contributed to the victim's death by leaving him in the position the bouncer found him when he took it upon himself to assault the unconscious man.

[55] I agree with the respondent that the inquiry as to whether an intervening act is independent is distinct from the inquiry of whether the accused and the intervening actor are parties acting in concert or with common purpose pursuant to s. 21 of the *Criminal Code*. If they are parties, each is responsible for the acts of the other. In the legal causation analysis, their respective acts remain separate. Legal causation focusses on the connection (or independence) between the actions of the individuals and the effect of those actions, not on the connection between the actors.

[52] L'acte intermédiaire d'un tiers ne rompt pas toujours le lien de causalité entre l'acte de l'accusé et la conséquence : comme je l'ai déjà dit, les art. 224 et 225 du *Code criminel* disposent que le lien de causalité n'est pas rompu lorsque la mort aurait pu autrement être empêchée en recourant à des moyens appropriés (art. 224), ou que la cause immédiate de la mort est un traitement convenable ou impropre, appliqué de bonne foi (art. 225). De plus, je n'ai pas à analyser en l'espèce les actes d'un tiers agissant de bonne foi, par erreur ou sous l'effet de l'intimidation ou d'une contrainte semblable, ou involontairement. Dans la présente affaire, le portier a agressé la victime inconsciente et lui a ainsi causé des lésions corporelles.

[53] Quels sont donc la nature et le degré de l'indépendance susceptibles d'exonérer la première personne à agir de toute responsabilité juridique pour les conséquences de ses actes? En l'espèce, l'acte du portier était-il à ce point indépendant des actes des appelants qu'il faut le considérer en droit comme l'unique cause de la mort de la victime, à l'exclusion des actes des appelants?

[54] Les appelants soutiennent qu'il faut le considérer ainsi pour les raisons suivantes : (1) ils n'ont pas aidé le portier à commettre son agression; (2) eux et le portier ne participaient pas à une activité commune; et (3) on ne peut leur reprocher d'avoir contribué à la mort de la victime autrement qu'en la laissant dans la situation où elle se trouvait quand le portier l'a vue et a pris l'initiative de l'agresser alors qu'elle était inconsciente.

[55] Je partage l'opinion de l'intimée que l'analyse du caractère indépendant d'un acte intermédiaire se distingue de l'analyse de la question de savoir si les accusés et l'auteur de l'acte intermédiaire ont tous participé à l'infraction, selon l'art. 21 du *Code criminel*, en agissant de concert ou dans un but commun. S'ils y ont ainsi participé, chacun est responsable des actes de l'autre. Dans l'analyse de la causalité juridique, leurs actes respectifs demeurent indépendants. L'analyse de la causalité juridique met l'accent sur le lien (ou l'absence de lien) entre les actes de chacun et les conséquences de ces actes, et non sur le lien entre leurs auteurs.

[56] Thus, the finding by the trial judge of independence for the purposes of accessory liability under s. 21 would not affect a finding that the actions of the appellants triggered or provoked the actions of the intervening actor. Similarly, the fact that the bouncer was an independent third party does not, as suggested in the dissent, end the legal causation analysis. Their respective *actions* must be sufficiently independent for legal causation purposes.

[57] Was the bouncer's intentional assault an independent act? The answer depends upon whether the intervening act was so connected to the appellants' actions that it cannot be said to be independent. If the intervening act is a direct response or is directly linked to the appellants' actions, and does not by its nature overwhelm the original actions, then the appellants cannot be said to be morally innocent of the death.

[58] While the trial judge found the actions of the Maybin brothers and the actions of the bouncer to be separate and independent assaults, he also found these actions to be "an interrelated series of events" (para. 209). He found that the assaults took place in the same location and in the same manner, and from Timothy Maybin's first punch to the bouncer's blow, the elapsed time was less than a minute (see paras. 295-96 of the trial judge's reasons).

[59] In this case, then, the trial judge could have found that the bouncer acted in direct and virtually immediate reaction to what the appellants did; that the bouncer acted after asking who had started the fight; and that his act was responsive and not coincidental conduct. It was open to the trial judge to find that the bouncer's act was closely connected in time, place, circumstance, nature and effect with the appellants' acts and that the effects of the appellants' actions were still "subsisting" and not "spent" at the time the bouncer acted (*Tower*, at para. 26). The evidence could support the conclusion that the

[56] Par conséquent, la conclusion que l'acte intermédiaire est un acte indépendant, tirée par le juge du procès relativement à la responsabilité des complices pour l'application de l'art. 21, ne devrait avoir aucune incidence sur la conclusion que les actes des appelants ont déclenché ou provoqué les actes subséquents du tiers. De même, contrairement à ce qu'avance le juge dissident, le fait que le portier était un tiers indépendant ne met pas un terme à l'analyse de la causalité juridique. Leurs *actes* respectifs doivent être suffisamment indépendants pour la détermination de la causalité juridique.

[57] L'agression délibérée par le portier constitue-t-elle un acte indépendant? Pour répondre à cette question, il faut déterminer si l'acte intermédiaire est à ce point lié aux actes des appelants qu'on ne peut le qualifier d'indépendant. Si l'acte intermédiaire est une réaction directe ou est directement lié aux actes des appelants et ne supplante pas, de par sa nature, les actes initiaux, les appelants ne peuvent être jugés moralement innocents relativement à la mort de la victime.

[58] Bien que le juge du procès ait estimé que les actes des frères Maybin et ceux du portier constituaient des agressions distinctes et indépendantes, il était aussi d'avis que ces actes formaient [TRADUCTION] « une série d'événements interreliés » (par. 209). Selon lui, les agressions ont été commises au même endroit et de la même manière, et moins d'une minute s'est écoulée entre le premier coup de poing de Timothy Maybin et le coup asséné par le portier (voir les par. 295-296 des motifs du juge du procès).

[59] En l'espèce, le juge du procès aurait donc pu tirer les conclusions suivantes : le portier a réagi directement et de façon pratiquement immédiate aux actes des appelants; il a agi après avoir demandé qui avait commencé la bagarre; et il a agi en réaction aux actes des appelants et non par simple coïncidence. Il était possible pour le juge du procès de conclure que l'acte du portier était étroitement lié aux actes des appelants — en raison du moment et du lieu où il a été commis, des circonstances dans lesquelles il l'a été, de sa nature et de son effet — et que l'effet des actes des appelants « subsistait »,

blow delivered by the bouncer was not so “overwhelming” as to make the effect of the original assaults merely part of the history so that it can be said that the original assaults were not “operative” at the time of death (*Smith*). I conclude that it was open to the trial judge to find that the assault of the bouncer was not independent of the appellants’ unlawful acts and that the appellants’ actions remained a significant contributing cause of the victim’s death. Arguably, the dangerous and unlawful acts of the appellants were not so remote to suggest that they were morally innocent of the death.

7. Conclusion

[60] Courts have used a number of analytical approaches to determine when an intervening act absolves the accused of legal responsibility for manslaughter. These approaches grapple with the issue of the moral connection between the accused’s acts and the death; they acknowledge that an intervening act that is reasonably foreseeable to the accused may well not break the chain of causation, and that an independent and intentional act by a third party may in some cases make it unfair to hold the accused responsible. In my view, these approaches may be useful tools depending upon the factual context. However, the analysis must focus on first principles and recognize that these tools do not alter the standard of causation or substitute new tests. The dangerous and unlawful acts of the accused must be a significant contributing cause of the victim’s death.

[61] I agree with the majority of the Court of Appeal that based upon the trial judge’s findings of fact, it was open to him to conclude that the general nature of the intervening act and the accompanying risk of harm were reasonably foreseeable;

sans qu’il y ait été « mis fin » au moment où le portier est intervenu (*Tower*, par. 26). La preuve permettait de conclure que le coup du portier ne [TRADUCTION] « supplantait » pas l’effet des premières agressions à tel point que leur effet faisait simplement partie du contexte, ce qui aurait permis d’affirmer que les premières agressions n’étaient pas une « cause effective » de la mort au moment où elle est survenue (*Smith*). À mon avis, le juge du procès pouvait conclure que l’agression par le portier n’était pas indépendante des actes illégaux des appelants et que leurs actes demeuraient une cause ayant contribué de façon appréciable à la mort de la victime. On peut soutenir que les actes dangereux et illégaux des appelants n’étaient pas à ce point éloignés de la mort qu’ils donnent à croire que les appelants n’étaient pas moralement responsables de la mort.

7. Conclusion

[60] Les tribunaux ont employé plusieurs méthodes d’analyse pour établir les circonstances dans lesquelles un acte intermédiaire exonère l’accusé de toute responsabilité juridique pour homicide involontaire coupable. Ces méthodes évaluent le lien moral entre les actes de l’accusé et la mort de la victime; elles reconnaissent qu’un acte intermédiaire que l’accusé pouvait raisonnablement prévoir ne rompt pas nécessairement le lien de causalité et que l’acte indépendant et délibéré d’un tiers peut, dans certains cas, faire en sorte qu’il soit injuste de tenir l’accusé responsable du résultat. Ces méthodes constituent, selon moi, des outils qui peuvent s’avérer utiles, selon les faits en cause. Néanmoins, l’analyse doit être axée sur les principes fondamentaux et reconnaître que ces outils n’ont pas pour effet de modifier le critère de causalité ou de substituer de nouveaux critères au critère établi. Les actes dangereux et illégaux de l’accusé doivent avoir contribué de façon appréciable à la mort de la victime.

[61] Je partage l’opinion des juges majoritaires de la Cour d’appel que le juge du procès pouvait, à partir de ses constatations de fait, conclure que la nature générale de l’acte intermédiaire et le risque de préjudice en découlant étaient raisonnablement

and that the act was in direct response to the appellants' unlawful actions. The judge could have concluded that the bouncer's assault did not necessarily constitute an intervening act that severed the link between Timothy and Matthew Maybin's conduct and the victim's death, such that it would absolve them of moral and legal responsibility. The trial judge could have found that the appellants' actions remained a significant contributing cause of the death.

[62] For these reasons, I agree with the majority of the Court of Appeal that in the circumstances of this case, it was open to the trial judge to find that the appellants caused the death. I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Firestone & Tyhurst, Victoria.

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

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

prévisibles et que cet acte avait été commis en réaction directe aux actes illégaux des appelants. Le juge aurait pu conclure que l'agression par le portier ne constituait pas forcément un acte intermédiaire ayant rompu le lien entre la conduite de Timothy et Matthew Maybin et la mort de la victime et les ayant de ce fait exonérés de toute responsabilité morale et juridique. Le juge du procès aurait pu conclure que les actes des appelants demeuraient une cause ayant contribué de façon appréciable à la mort.

[62] Pour ces motifs, je souscris à l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel selon laquelle, dans les circonstances de l'espèce, le juge du procès pouvait conclure que les appelants ont causé la mort de la victime. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants : Firestone & Tyhurst, Victoria.

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

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

Cinar Corporation and Les Films Cinar Inc. *Applicants/Respondents on motion*

v.

Claude Robinson and Les Productions Nilem Inc. *Respondents/Applicants on motion*

- and -

Ronald A. Weinberg and Ronald A. Weinberg, in his capacity as sole liquidator of the succession of the late Micheline Charest *Applicants/Respondents on motion*

v.

Claude Robinson and Les Productions Nilem Inc. *Respondents/Applicants on motion*

- and -

Christophe Izard, France Animation S.A., Ravensburger Film + TV GmbH and RTV Family Entertainment AG *Applicants/Respondents on motion*

v.

Claude Robinson and Les Productions Nilem Inc. *Respondents/Applicants on motion*

INDEXED AS: CINAR CORPORATION v. ROBINSON
2012 SCC 25

File Nos.: 34466, 34467, 34468.

2012: May 24.

Present: LeBel, Fish and Karakatsanis JJ.

MOTION FOR SECURITY

Courts — Supreme Court of Canada — Security — Whether applicants on application for leave to appeal must provide security for amounts they would have to pay should their appeals to Court be unsuccessful — Supreme

Cinar Corporation et Les Films Cinar Inc. *Demandeurs/Intimés à la requête*

c.

Claude Robinson et Les Productions Nilem Inc. *Intimés/Requérants à la requête*

- et -

Ronald A. Weinberg et Ronald A. Weinberg, en qualité d'unique liquidateur de la succession de feu Micheline Charest *Demandeurs/Intimés à la requête*

c.

Claude Robinson et Les Productions Nilem Inc. *Intimés/Requérants à la requête*

- et -

Christophe Izard, France Animation S.A., Ravensburger Film + TV GmbH et RTV Family Entertainment AG *Demandeurs/Intimés à la requête*

c.

Claude Robinson et Les Productions Nilem Inc. *Intimés/Requérants à la requête*

RÉPERTORIÉ : CINAR CORPORATION c. ROBINSON
2012 CSC 25

N^{os} du greffe : 34466, 34467, 34468.

2012 : 24 mai.

Présents : Les juges LeBel, Fish et Karakatsanis.

REQUÊTE EN CAUTIONNEMENT

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Cautionnement — Les demandeurs en autorisation d'appel devraient-ils fournir un cautionnement en garantie de paiement des sommes qu'ils devraient payer si leurs

Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 40, 60(1)(b) — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 47.

Cases Cited

Referred to: *Lanificio Fratelli Bettazzi S.N.C. v. Tissus Ranchar Inc.*, September 6, 1990, No. 21373.

Statutes and Regulations Cited

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, s. 522.1.
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 47.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 40, 60(1)(b), 65, 65.1.

Authors Cited

Brown, Henry S. *Supreme Court of Canada Practice 2012*, 12th ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 2011.

MOTION for security. Motion denied.

Written submissions by *Gilles M. Daigle, Guy Régimbald* and *Normand Tamaro*, for the respondents/applicants on motion.

Written submissions by *William Brock* and *Cara Cameron*, for the applicants/respondents on motion Cinar Corporation and Les Films Cinar Inc.

Written submissions by *Raynold Langlois, Q.C., Dimitri Maniatis* and *Jean-Patrick Dallaire*, for the applicants/respondents on motion Ronald A. Weinberg and Ronald A. Weinberg, in his capacity as sole liquidator of the succession of the late Micheline Charest.

Written submissions by *Pierre Y. Lefebvre, Alain Y. Dussault* and *Sylviu Bursanescu*, for the applicants/respondents on motion Christophe Izard, France Animation S.A., Ravensburger Film + TV GmbH and RTV Family Entertainment AG.

English version of the order delivered by

[1] LEBEL J. — The respondents, Claude Robinson and Les Productions Nilem Inc., are asking this Court to order the applicants to provide security in the amount of \$3,250,000 for the amounts

appels devant la Cour échouaient? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40, 60(1)(b) — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, art. 47.

Jurisprudence

Arrêt mentionné : *Lanificio Fratelli Bettazzi S.N.C. c. Tissus Ranchar Inc.*, 6 septembre 1990, n° 21373.

Lois et règlements cités

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 522.1.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40, 60(1)(b), 65, 65.1.
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, art. 47.

Doctrine et autres documents cités

Brown, Henry S. *Supreme Court of Canada Practice 2012*, 12th ed. Scarborough, Ont. : Thomson Professional Publishing Canada, 2011.

REQUÊTE en cautionnement. Requête rejetée.

Argumentation écrite par *Gilles M. Daigle, Guy Régimbald* et *Normand Tamaro*, pour les intimés/requérants à la requête.

Argumentation écrite par *William Brock* et *Cara Cameron*, pour les demandeurs/intimés à la requête Cinar Corporation et Les Films Cinar Inc.

Argumentation écrite par *Raynold Langlois, c.r., Dimitri Maniatis* et *Jean-Patrick Dallaire*, pour les demandeurs/intimés à la requête Ronald A. Weinberg et Ronald A. Weinberg, en qualité d'unique liquidateur de la succession de feu Micheline Charest.

Argumentation écrite par *Pierre Y. Lefebvre, Alain Y. Dussault* et *Sylviu Bursanescu*, pour les demandeurs/intimés à la requête Christophe Izard, France Animation S.A., Ravensburger Film + TV GmbH et RTV Family Entertainment AG.

L'ordonnance suivante a été rendue par

[1] LE JUGE LEBEL — Les intimés, Claude Robinson et Les Productions Nilem Inc., demandent que notre Cour ordonne aux demandeurs de fournir un cautionnement de 3 250 000 \$ en

they would have to pay should their appeals to this Court be unsuccessful. According to the respondents, this motion is made under s. 60(1)(b) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, and Rule 47 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156. The motion was filed at the very end of the leave to appeal process, after the Court had given notice that it was about to rule on the parties' applications for leave to appeal.

[2] The respondents obtained a judgment from the Superior Court ([2009] R.J.Q. 2261) ordering the applicants to pay them damages in respect of an infringement of copyright. The Quebec Court of Appeal upheld that judgment in part ([2011] R.J.Q. 1415). After the Court of Appeal's judgment, the applicants applied to a Court of Appeal judge under art. 522.1 of the Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 ("C.C.P."), and s. 65.1 of the *Supreme Court Act* to stay the execution of the judgment pending consideration of their applications for leave to appeal and, should leave be granted, pending a decision on the appeals.

[3] Fournier J.A. granted the stay applications in part (2011 QCCA 2305 (CanLII)), but imposed certain conditions for the stays, including the deposit of partial security for the payment of the capital, interest and costs that the applicants would have to pay should their appeals to the Supreme Court be unsuccessful. He dismissed the stay application in respect of Mr. Weinberg after concluding that it would be pointless to order Mr. Weinberg to provide security, since he did not appear to have any assets. Fournier J.A. ordered the applicants Cinar Corporation and Les Films Cinar Inc. ("Cinar") to deposit a bank letter of credit for \$750,000. He also ordered the applicants Ravensburger Film + TV GmbH, RTV Family Entertainment AG, France Animation S.A. and Christophe Izard to deposit a letter of credit for \$2,500,000 or an equivalent irrevocable undertaking from their insurer as a condition of the stay. Cinar deposited its letter of credit. Counsel for Ravensburger Film + TV GmbH, RTV Family Entertainment AG, France Animation S.A. and Christophe Izard informed counsel for the

garantie de paiement des sommes qu'ils devraient payer si leurs appels devant notre Cour échouaient. Selon les intimés, cette requête se fonde sur l'al. 60(1)(b) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, et sur l'art. 47 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156. Cette requête a été présentée à la toute fin de la procédure d'autorisation d'appel, après qu'un avis eut été donné que notre Cour s'apprêtait à rendre jugement à l'égard des demandes d'autorisation d'appel des parties.

[2] Les intimés ont obtenu un jugement de la Cour supérieure ([2009] R.J.Q. 2261) qui a ordonné aux demandeurs de leur verser des dommages-intérêts pour une violation de leurs droits d'auteur. La Cour d'appel du Québec a maintenu en partie cette condamnation ([2011] R.J.Q. 1415). Après le jugement de la Cour d'appel, en vertu de l'art. 522.1 du *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25 (« C.p.c. »), et de l'art. 65.1 de la *Loi sur la Cour suprême*, les demandeurs ont demandé à un juge de la Cour d'appel de surseoir à l'exécution de son jugement, pendant l'examen de leurs demandes d'autorisation d'appel et pendant les pourvois si ces demandes étaient accordées.

[3] Le juge Fournier, de la Cour d'appel du Québec, a accordé en partie les demandes de sursis (2011 QCCA 2305 (CanLII)), mais il a assorti les sursis de certaines conditions, notamment le dépôt de garanties partielles de paiement du capital, des intérêts et des frais que les demandeurs devraient payer si leurs appels devant la Cour suprême échouaient. Il a rejeté la demande de sursis à l'égard de M. Weinberg, après avoir conclu qu'il aurait été inutile de lui ordonner de fournir une garantie, puisqu'il ne semblait pas posséder d'éléments d'actif. Il a ordonné aux demandeurs Cinar Corporation et Les Films Cinar Inc. (« Cinar ») de déposer une lettre de garantie bancaire de 750 000 \$. Il a aussi ordonné aux demandeurs Ravensburger Film + TV GmbH, RTV Family Entertainment AG, France Animation S.A. et Christophe Izard de déposer une lettre de garantie de 2 500 000 \$ ou un engagement équivalent irrévocable de leur assureur, comme condition du sursis à l'exécution. Cinar a déposé sa lettre de garantie. Les avocats de Ravensburger Film + TV GmbH, RTV Family Entertainment

respondents that their clients would not be providing the letter of credit they had been ordered to deposit. As a result, the Court of Appeal's judgment remains enforceable against them until this Court rules on the parties' appeals.

[4] We will not grant the requested order for security. Although we do not mean to say that it would be impossible to order security — whether the deposit of a bond or any other form of security — in excess of \$500, it appears that this Court has never granted such security as a condition for bringing an appeal under s. 60(1)(b) of the *Supreme Court Act*, which has traditionally been applied so as to require the deposit of only a symbolic amount of \$500 in respect of the costs of the appeal (*Lanificio Fratelli Bettazzi S.N.C. v. Tissus Ranchar Inc.*, September 6, 1990, No. 21373, *per* Cory J.; see H. S. Brown, *Supreme Court of Canada Practice 2012* (12th ed. 2011), at pp. 134-36). The type of security the respondents are seeking has usually been granted as a condition for a stay of proceedings or a stay of execution under s. 65 or 65.1 of the *Supreme Court Act* or under a statutory provision such as art. 522.1 *C.C.P.*

[5] In the instant case, the conditions for the requested stays were laid down in Fournier J.A.'s decision. That judgment will continue to apply for the duration of the appeals for which leave is being granted in judgments rendered this same day by this Court and filed together with our decision on the respondents' motion. This motion by the respondents, whose application for leave to appeal is also being granted, amounts for all intents and purposes to an attempt to review the judgment of Fournier J.A.

[6] It should be added that it would be difficult to reconcile security such as this with the requirements underlying proper access to the Supreme Court. Section 40 of the *Supreme Court Act* provides that an application for leave to appeal is to be decided on the basis of the importance of the case.

AG, France Animation S.A. et Christophe Izard ont informé le procureur des intimés que leurs clients ne fourniraient pas la lettre de garantie prévue. En conséquence, le jugement de la Cour d'appel demeure exécutoire à leur égard, jusqu'au jugement de notre Cour sur les pourvois des parties.

[4] Nous n'accorderons pas la garantie demandée. Bien que nous ne voulions pas affirmer qu'il serait impossible d'accorder une garantie sous forme de dépôt d'un cautionnement ou d'une autre sûreté supérieurs à 500 \$, il n'existe apparemment aucun cas où notre Cour aurait accordé ce type de garantie comme condition de la formation d'un appel en vertu de l'al. 60(1)b) de la *Loi sur la Cour suprême*. L'application de celui-ci a été traditionnellement limitée à la consignation d'un dépôt symbolique de 500 \$ pour les dépens du pourvoi (*Lanificio Fratelli Bettazzi S.N.C. c. Tissus Ranchar Inc.*, 6 septembre 1990, n° 21373, le juge Cory; voir H. S. Brown, *Supreme Court of Canada Practice 2012* (12^e éd. 2011), p. 134-136). Le type de garantie demandé par les intimés a été habituellement accordé comme condition de la suspension d'une procédure ou d'un sursis à l'exécution en vertu des art. 65 et 65.1 de la *Loi sur la Cour suprême* ou d'une disposition législative comme l'art. 522.1 *C.p.c.*

[5] En l'espèce, les conditions des sursis demandés ont été fixées par la décision du juge Fournier de la Cour d'appel du Québec. Ce jugement demeure applicable durant les pourvois qui sont autorisés par des jugements rendus ce même jour par notre Cour et qui sont déposés en même temps que notre décision sur la requête des intimés. Cette requête des intimés, dont le pourvoi est également autorisé, équivaut à toutes fins pratiques à une tentative de révision du jugement du juge Fournier.

[6] Nous ajoutons que ce type de garantie serait difficilement compatible avec les exigences d'un accès approprié à la Cour suprême. Les décisions sur les demandes d'autorisation d'appel sont régies par le critère de l'importance de l'appel en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*. De plus, la

Moreover, the procedure for granting leave to appeal is in itself a sufficient deterrent against frivolous or dilatory appeals.

[7] For these reasons, the respondents' motion is dismissed without costs.

Motion dismissed.

Solicitors for the respondents/applicants on motion: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa; Mannella Gauthier Tamaro, Montréal.

Solicitors for the applicants/respondents on motion Cinar Corporation and Les Films Cinar Inc.: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Solicitors for the applicants/respondents on motion Ronald A. Weinberg and Ronald A. Weinberg, in his capacity as sole liquidator of the succession of the late Micheline Charest: Langlois Kronström Desjardins, Montréal.

Solicitors for the applicants/respondents on motion Christophe Izard, France Animation S.A., Ravensburger Film + TV GmbH and RTV Family Entertainment AG.: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

procédure d'autorisation d'appel représente en elle-même un filtre suffisamment dissuasif à l'égard des appels futiles ou dilatoires.

[7] Pour ces motifs, la requête des intimés est rejetée sans dépens.

Requête rejetée.

Procureurs des intimés/requérants à la requête: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa; Mannella Gauthier Tamaro, Montréal.

Procureurs des demandeurs/intimés à la requête Cinar Corporation et Les Films Cinar Inc.: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Procureurs des demandeurs/intimés à la requête Ronald A. Weinberg et Ronald A. Weinberg, en qualité d'unique liquidateur de la succession de feu Micheline Charest: Langlois Kronström Desjardins, Montréal.

Procureurs des demandeurs/intimés à la requête Christophe Izard, France Animation S.A., Ravensburger Film + TV GmbH et RTV Family Entertainment AG: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Randy Leigh Roy *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ROY

2012 SCC 26

File No.: 33699.

2011: November 9; 2012: June 1.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Dangerous operation of motor vehicle — Elements of offence — Mens rea — Whether proof of actus reus without more can support inference that required fault element is present — Whether accused's conduct displayed a marked departure from standard of care — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 249.

Criminal law — Appeals — Whether trial judge applied incorrect legal principles in addressing fault component of offence — If so, whether error was harmless — If appeal allowed, whether Court should order new trial or direct an acquittal — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

On an afternoon in late November 2004, R was driving home from work with a passenger. Visibility was limited due to fog and the unpaved back road they were on was relatively steep, snow-covered, and slippery. The driver of an oncoming tractor-trailer testified that R stopped before proceeding onto the highway, then drove onto the highway and into the tractor-trailer's path. In the resulting collision, R's passenger was killed. R survived, but the collision left him with no memory of either its circumstances or of the surrounding events. R was convicted of dangerous driving causing death and his appeal to the Court of Appeal was dismissed.

Randy Leigh Roy *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. ROY

2012 CSC 26

N^o du greffe : 33699.

2011 : 9 novembre; 2012 : 1^{er} juin.

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

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

Droit criminel — Conduite dangereuse d'un véhicule à moteur — Éléments de l'infraction — Mens rea — La preuve de l'actus reus de l'infraction permet-elle, à elle seule, de conclure à l'existence de l'élément de faute requis? — La conduite de l'accusé constitue-t-elle un écart marqué par rapport à la norme de diligence? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 249.

Droit criminel — Appels — Le juge du procès a-t-il appliqué des principes de droit erronés lors de l'examen de l'élément de faute de l'infraction? — Dans l'affirmative, son erreur était-elle sans conséquence? — Si l'appel est accueilli, la Cour devrait-elle ordonner la tenue d'un nouveau procès ou prononcer un acquittement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Par un après-midi de la fin de novembre 2004, R rentrait chez lui avec un passager après sa journée de travail. La visibilité était limitée en raison du brouillard et le chemin de campagne non pavé sur lequel ils se trouvaient était relativement abrupt, enneigé et glissant. Le conducteur d'une semi-remorque qui approchait a témoigné que R s'était immobilisé avant de s'engager sur l'autoroute dans la voie de la semi-remorque. Dans la collision qui s'en est suivi, le passager de R a été tué. R a survécu, mais la collision lui a fait perdre tout souvenir des circonstances de l'accident ou des événements l'entourant. R a été déclaré coupable de conduite dangereuse ayant causé la mort et son appel à la Cour d'appel a été rejeté.

In a decision released shortly before *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49, the trial judge concluded that R's conduct was objectively dangerous. He then immediately concluded that R's driving had constituted a marked departure from the standard of care a reasonable person would observe in the circumstances. Since no explanation was provided for R's conduct — due in great part to his loss of memory — there was no evidence that could raise a reasonable doubt that a reasonable person would not have been aware of the risks in the circumstances. The appellant's appeal to the Court of Appeal was dismissed. Although the court concluded that the trial judge had made a legal error, it was of the view that the error was harmless as it occasioned no substantial wrong or miscarriage of justice.

Held: The appeal should be allowed, the conviction set aside and an acquittal entered.

Dangerous driving causing death, a serious criminal offence punishable by up to 14 years in prison, consists of two components: prohibited conduct — operating a motor vehicle in a dangerous manner resulting in death — and a required degree of fault — a marked departure from the standard of care that a reasonable person would observe in all the circumstances. However, because driving is an inherently dangerous activity, the trier of fact must not infer simply from the fact that the driving was, objectively viewed, dangerous, that the accused's level of care was a marked departure from that expected of a reasonable person in the same circumstances. The fault component ensures that criminal punishment is only imposed on those deserving the stigma of a criminal conviction. Determining whether the fault component is present may in turn be done by asking two questions. First, in light of all of the relevant evidence, would a reasonable person have foreseen the risk and taken steps to avoid it if possible? Second, was the accused's failure to foresee the risk and take steps to avoid it, if possible, a marked departure from the standard of care expected of a reasonable person in the accused's circumstances? The distinction between a *mere* departure, which may support civil liability, and the *marked* departure required for criminal fault, is a matter of degree, but the trier of fact must identify how and in what way the driver went markedly beyond mere carelessness. This will generally be done by drawing inferences from all of the circumstances. Furthermore, in answering these questions, personal attributes will only be relevant if they go to capacity to appreciate or to avoid the risk. Of course, proof of deliberately

Dans une décision rendue peu de temps avant l'arrêt *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49, le juge du procès a conclu que la façon de conduire de R était objectivement dangereuse. Il a alors immédiatement conclu que la façon de conduire de R avait constitué un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'une personne raisonnable respecterait dans les circonstances. Comme aucune explication de la façon de conduire de R n'avait été fournie — principalement en raison de sa perte de mémoire — aucun élément de preuve ne permettait de faire naître un doute raisonnable quant à savoir si une personne raisonnable n'aurait pas été consciente des risques dans les circonstances. L'appel de R interjeté à la Cour d'appel a été rejeté. Bien que la cour ait conclu que le juge du procès avait commis une erreur de droit, elle a estimé que l'erreur était sans conséquence puisqu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'était produit.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli, la déclaration de culpabilité est annulée et un acquittement est inscrit.

La conduite dangereuse ayant causé la mort, une infraction criminelle grave punissable d'un emprisonnement maximal de 14 ans, est constituée de deux éléments : un comportement prohibé — la conduite d'un véhicule à moteur de façon dangereuse causant ainsi la mort — et un degré de faute requis — un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans les circonstances. Toutefois, comme la conduite d'un véhicule est une activité fondamentalement dangereuse, le juge des faits ne doit pas inférer, du simple fait que la façon de conduire était objectivement dangereuse, que le degré de diligence démontré par l'accusé représentait un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans la même situation. L'élément de faute fournit l'assurance qu'une sanction pénale n'est imposée qu'aux seules personnes méritant le stigmate d'une déclaration de culpabilité criminelle. Il est possible de déterminer si l'élément de faute est présent en posant deux questions. Premièrement, compte tenu de tous les éléments de preuve pertinents, une personne raisonnable aurait-elle prévu le risque et pris les mesures pour l'éviter si possible? Deuxièmement, l'omission de l'accusé de prévoir le risque et de prendre les mesures pour l'éviter si possible constitue-t-elle un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans la même situation que l'accusé? La distinction entre un *simple* écart pouvant engager la responsabilité civile et l'écart *marqué* requis pour la faute criminelle est une question de degré, mais le juge des faits doit déterminer comment l'écart par rapport à la norme se distingue de façon marquée de la

dangerous driving would support a conviction for dangerous driving, but it is not required.

In this case, the trial judge erred in law by equating fault with the failure to explain the conduct, but also by failing to conduct any meaningful inquiry into whether R had displayed a marked departure from the standard of care to be expected of a reasonable person in the same circumstances. He simply inferred from the fact that R had committed a dangerous act while driving that his conduct displayed a marked departure from the standard of care expected of a reasonable person in the circumstances.

The Court of Appeal erred in finding that this error was not a substantial wrong or a miscarriage of justice. There was no evidence to support the finding that R was aware of the risk he was creating and deliberately chose to run that risk, and fault could not be inferred from the fact that the driving was, objectively viewed, dangerous. The record here discloses a single and momentary error in judgment with tragic consequences. Since the record did not provide evidence on which a properly instructed trier of fact, acting reasonably, could have concluded that R's standard of care was a marked departure from that expected of a reasonable person in the circumstances, entering an acquittal is the appropriate course.

Cases Cited

Applied: *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49, rev'g 2006 BCCA 229, 225 B.C.A.C. 154; **referred to:** *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867; *American Automobile Insurance Co. v. Dickson*, [1943] S.C.R. 143; *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Mann v. The Queen*, [1966] S.C.R. 238; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. MacNeil*, 2009 NSCA 46, 277 N.S.R. (2d) 22; *R. v. D.C.S.*, 2000 NSCA 61, 184 N.S.R. (2d) 299.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 249(1)(a), (4), 259(4), 686(1)(b)(iii).

simple négligence. Il le fait généralement en tirant des inférences de toutes les circonstances. De plus, les qualités personnelles de l'accusé ne permettent de répondre à ces questions que si elles visent sa capacité d'apprécier ou d'éviter le risque. Certes, la preuve d'une conduite délibérément dangereuse justifierait une déclaration de culpabilité pour conduite dangereuse, mais cette preuve n'est pas requise.

Le juge du procès en l'espèce a commis une erreur de droit en assimilant la faute à l'omission d'expliquer la conduite et en ne procédant pas à un examen en profondeur de la question de savoir si R s'était écarté de façon marquée de la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans la même situation. Il a simplement inféré, du fait que R avait commis un acte dangereux au volant de son véhicule, que son comportement représentait un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans la situation de R.

La Cour d'appel a commis une erreur en concluant que cette erreur n'avait pas causé un tort important ou une erreur judiciaire grave. Il n'existait aucun élément de preuve à l'appui de la conclusion selon laquelle R était conscient du risque qu'il créait et qu'il avait délibérément choisi de courir ce risque, et l'on ne pouvait conclure à la faute du fait que la façon de conduire était à son avis objectivement dangereuse. En l'espèce, le dossier indique une seule erreur momentanée de jugement dont les conséquences ont été tragiques. Puisque le dossier ne contenait pas d'éléments de preuve permettant à un juge des faits ayant reçu des directives appropriées de conclure raisonnablement que le degré de diligence manifesté par R constituait un écart marqué par rapport à la norme que respecterait une personne raisonnable dans la même situation, il convient d'ordonner un acquittement.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49, inf. 2006 BCCA 229, 225 B.C.A.C. 154; **arrêts mentionnés :** *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867; *American Automobile Insurance Co. c. Dickson*, [1943] R.C.S. 143; *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Mann c. The Queen*, [1966] R.C.S. 238; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. MacNeil*, 2009 NSCA 46, 277 N.S.R. (2d) 22; *R. c. D.C.S.*, 2000 NSCA 61, 184 N.S.R. (2d) 299.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 249(1)(a), (4), 259(4), 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Levine, Neilson and Garson J.J.A.), 2010 BCCA 130, 285 B.C.A.C. 57, 482 W.A.C. 57, 92 M.V.R. (5th) 28, [2010] B.C.J. No. 437 (QL), 2010 CarswellBC 583, affirming the convictions entered by Blair J., 2006 BCSC 2107, [2006] B.C.J. No. 3660 (QL), 2006 CarswellBC 3851. Appeal allowed.

Christopher J. Nowlin, for the appellant.

Michael J. Brundrett, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Overview

[1] Dangerous driving causing death is a serious criminal offence punishable by up to 14 years in prison. Like all criminal offences, it consists of two components: prohibited conduct — operating a motor vehicle in a dangerous manner resulting in death — and a required degree of fault — a marked departure from the standard of care that a reasonable person would observe in all the circumstances. The fault component is critical, as it ensures that criminal punishment is only imposed on those deserving the stigma of a criminal conviction. While a mere departure from the standard of care justifies imposing civil liability, only a marked departure justifies the fault requirement for this serious criminal offence.

[2] Defining and applying this fault element is important, but also challenging, given the inherently dangerous nature of driving. Even simple carelessness may result in tragic consequences which may tempt judges and juries to unduly extend the reach of the criminal law to those responsible. Yet, as the Court put it in *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49, at para. 34, “If every departure from the civil norm is to be criminalized,

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Levine, Neilson et Garson), 2010 BCCA 130, 285 B.C.A.C. 57, 482 W.A.C. 57, 92 M.V.R. (5th) 28, [2010] B.C.J. No. 437 (QL), 2010 CarswellBC 583, qui a confirmé les déclarations de culpabilité inscrites par le juge Blair, 2006 BCSC 2107, [2006] B.C.J. No. 3660 (QL), 2006 CarswellBC 3851. Pourvoi accueilli.

Christopher J. Nowlin, pour l’appelant.

Michael J. Brundrett, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Aperçu

[1] La conduite dangereuse ayant causé la mort est une infraction criminelle grave punissable d’un emprisonnement maximal de 14 ans. Comme toute infraction criminelle, elle est constituée de deux éléments : un comportement prohibé — la conduite d’un véhicule à moteur de façon dangereuse causant ainsi la mort — et un degré de faute requis — un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans les circonstances. L’élément de faute est critique, car il fournit l’assurance qu’une sanction pénale n’est imposée qu’aux seules personnes ayant mérité le stigmate d’une déclaration de culpabilité criminelle. Alors qu’un simple écart par rapport à la norme de diligence suffit à engager la responsabilité civile, seul un écart marqué satisfait à l’exigence de faute de cette infraction criminelle grave.

[2] Définir et appliquer cet élément de faute est une tâche importante qui pose un défi de taille en raison du danger inhérent à la conduite d’un véhicule. Même la simple imprudence peut entraîner des conséquences tragiques et les juges et les jurés peuvent alors succomber à la tentation d’appliquer indûment le droit pénal à la personne imprudente qui les a causées. Néanmoins, comme notre Cour l’a exprimé dans l’arrêt *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5,

regardless of the degree, we risk casting the net too widely and branding as criminals persons who are in reality not morally blameworthy". Giving careful attention to the fault element of the offence is essential if we are to avoid making criminals out of the merely careless.

[3] The fault requirement for dangerous driving is at the centre of this appeal, which raises three issues:

1. Did the trial judge apply incorrect legal principles when he addressed the fault component of the offence?
2. If he applied incorrect legal principles, was his error harmless in the circumstances?
3. If the judge erred and the error was not harmless so that the appeal must be allowed, should the Court order a new trial or direct an acquittal?

[4] In my view, the trial judge made a serious legal error in relation to the fault element: he simply inferred from the fact that the appellant had committed a dangerous act while driving that his conduct displayed a marked departure from the standard of care expected of a reasonable person in the circumstances. This error is not one that may be dismissed as harmless. I would allow the appeal and set aside the appellant's conviction for dangerous driving. As in my view the evidence in the record does not support a reasonable inference that the appellant exhibited a marked departure from the standard of care that a reasonable person would have exhibited in the circumstances, I would allow the appeal and enter an acquittal.

[2008] 1 R.C.S. 49, par. 34, « [s]'il faut considérer comme une infraction criminelle chaque écart par rapport à la norme civile, quelle qu'en soit la gravité, on risque de ratisser trop large et de qualifier de criminelles des personnes qui en réalité ne sont pas moralement blâmables ». Il est essentiel de prêter une attention particulière à l'élément de faute de l'infraction si nous voulons éviter de qualifier de criminelle une personne ayant simplement agi de façon imprudente.

[3] L'exigence d'une faute en matière de conduite dangereuse est au cœur du présent pourvoi, qui soulève trois questions :

1. Le juge du procès a-t-il appliqué des principes de droit erronés lors de l'examen de l'élément de faute de l'infraction?
2. S'il a appliqué des principes de droit erronés, son erreur était-elle sans conséquence dans les circonstances?
3. Si le juge a commis une erreur qui n'était pas sans conséquence, de sorte qu'il conviendrait d'accueillir le pourvoi, la Cour devrait-elle ordonner la tenue d'un nouveau procès ou prononcer un acquittement?

[4] À mon avis, le juge du procès a commis une grave erreur de droit relativement à l'élément de faute : il a simplement inféré, du fait que l'appellant avait commis un acte dangereux au volant de son véhicule, que son comportement représentait un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans la situation de l'appellant. Cette erreur ne peut être écartée au motif qu'elle ne porte pas à conséquence. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler la déclaration de culpabilité de l'appellant pour conduite dangereuse. Étant donné qu'à mon avis, la preuve au dossier ne permet pas d'inférer de façon raisonnable que l'appellant a affiché par son comportement un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans les circonstances, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de prononcer un verdict d'acquittement.

II. Facts and Proceedings

A. *Overview of the Facts*

[5] The appellant pulled his motor home out from a stop sign onto a highway and into the path of an oncoming tractor-trailer. In the collision that resulted, the appellant's passenger was killed. The appellant was convicted of dangerous driving causing death and his appeal to the Court of Appeal was dismissed. The facts are as simple as they are tragic.

[6] On an afternoon in late November 2004, the appellant and Mark Anthony Harrington decided to return home after work at a sawmill near Vavenby, a town north of Kamloops, British Columbia. They left work together in the appellant's motor home to head back to a trailer park where they lived. They took a shortcut via the Harmon Road to reach Highway 5, the Southern Yellowhead Highway, and then planned to head south on the highway to the trailer park.¹ The Harmon Road is an unpaved back road which becomes relatively steep as it approaches the intersection with the highway. The appellant knew the Harmon Road well, having driven it to and from Highway 5 about 500 times before.

[7] The Harmon Road intersects with Highway 5 in such a way that vehicles intending to turn from the road onto the highway to head south, as the appellant did to return to the trailer park, usually first veer towards the north in order to come squarely to the intersection. This enables them to better see the oncoming northbound traffic and better determine when it is safe to turn left, and cross the northbound lanes to head south. Constable Campbell testified that to turn onto the highway, he has "to turn towards the right so I can come square at the

1 Highway 5 runs predominantly north-south, but, in the area of the collision, it runs east-west. As the witnesses most often referred to east and west as north and south, "north" and "south" are used in these reasons.

II. Faits et historique judiciaire

A. *Aperçu des faits*

[5] À un arrêt, l'appelant a engagé sa caravane motorisée sur une autoroute dans la voie d'une semi-remorque qui approchait. Dans la collision qui s'en est suivi, le passager de l'appelant a été tué. L'appelant a été déclaré coupable de conduite dangereuse ayant causé la mort et son appel à la Cour d'appel a été rejeté. Les faits, quoique simples, sont tragiques.

[6] Par un après-midi de la fin de novembre 2004, l'appelant et Mark Anthony Harrington ont décidé de rentrer à la maison après leur journée de travail dans une scierie située près de Vavenby, une ville au nord de Kamloops, en Colombie-Britannique. Ils ont quitté le travail ensemble et sont partis dans la caravane motorisée de l'appelant pour retourner au terrain de caravaning où ils résidaient. Ils ont pris un raccourci par le chemin Harmon pour rejoindre l'autoroute 5, la Southern Yellowhead Highway, et ont prévu de se diriger vers le sud sur l'autoroute jusqu'au terrain de caravaning¹. Le chemin Harmon est un chemin de campagne non pavé dont la pente devient relativement abrupte à proximité de l'intersection avec l'autoroute. L'appelant connaissait bien le chemin Harmon, l'ayant déjà parcouru environ 500 fois en quittant l'autoroute ou en s'y engageant.

[7] En raison de la configuration de l'intersection du chemin Harmon et de l'autoroute 5, les véhicules quittant le chemin pour s'engager sur l'autoroute en direction sud, comme l'appelant l'a fait pour retourner au terrain de caravaning, doivent habituellement manœuvrer en premier lieu vers le nord de façon à se présenter à angle droit à l'intersection. Cette manœuvre permet aux conducteurs de mieux voir les véhicules se dirigeant vers le nord et de mieux juger le moment où il devient sécuritaire de tourner à gauche et de traverser les voies en direction nord

1 L'autoroute 5 est surtout axée du nord au sud, mais à l'endroit de la collision, elle est axée d'est en ouest. Comme les témoins désignent plus souvent l'axe est-ouest par nord et sud, je vais employer « nord » et « sud » dans ces motifs.

intersection so I can see both ways” (A.R., vol. II, at p. 167). That afternoon, visibility was limited due to fog and the Harmon Road was snow-covered and slippery.

[8] On the afternoon of the accident, Michael McGinnis, accompanied by his daughter Darlene, was driving a tractor-trailer northbound on the highway. As he was approaching the Harmon Road intersection at about 3:00 p.m., the fog was thickening and the visibility was poor. The trial judge accepted Mr. McGinnis’s evidence that the weather conditions led him to decrease his speed to between 75 and 80 kilometres per hour. That was the speed he was driving when, from a distance, he noticed the headlights of what we now know to have been the appellant’s vehicle pointing towards him from what Mr. McGinnis assumed was the shoulder of the highway or the top of the side road. Although the trial judge did not make a specific finding on the point, both Mr. McGinnis and his passenger thought that the appellant’s vehicle had stopped before proceeding onto the highway, although his passenger was not sure. Mr. McGinnis also testified that when he first saw the lights of the appellant’s vehicle, he guessed that it was about 300-400 feet away but that it could have been as little as 100 feet.

[9] When Mr. McGinnis saw the headlights, he took his foot off the accelerator. When he then realized that the appellant’s vehicle was proceeding onto the highway, he applied his brakes, but it was too late. His truck violently collided with the appellant’s vehicle, killing Mr. Harrington. The appellant survived, but the collision left him with no memory of either its circumstances or of the surrounding events.

[10] The appellant was charged with and convicted of dangerous driving causing the death

pour ensuite se diriger vers le sud. L’agent Campbell a déclaré que pour parvenir à s’engager sur l’auto-route, il doit [TRADUCTION] « tourner vers la droite pour que je puisse me présenter à angle droit à l’intersection afin de voir dans les deux directions » (d.a., vol. II, p. 167). L’après-midi en question, la visibilité était limitée en raison du brouillard, et le chemin Harmon était enneigé et glissant.

[8] Dans l’après-midi de l’accident, Michael McGinnis, accompagné de sa fille Darlene, conduisait une semi-remorque sur l’autoroute en direction nord. Comme il approchait de l’intersection du chemin Harmon vers 15 heures, le brouillard devenait plus dense et la visibilité n’était pas bonne. Le juge du procès a accepté le témoignage de M. McGinnis, selon lequel les conditions météorologiques l’avaient contraint à ralentir à une vitesse se situant entre 75 et 80 kilomètres à l’heure. C’était la vitesse à laquelle il conduisait lorsqu’il a remarqué au loin les phares avant d’un véhicule qu’il croyait se trouver sur l’accotement de l’autoroute ou le sommet du chemin secondaire et qui pointait dans sa direction. Nous savons maintenant qu’il s’agissait du véhicule de l’appelant. Bien que le juge du procès n’ait pas tiré de conclusion précise sur ce point, M. McGinnis et sa passagère pensaient que le véhicule de l’appelant s’était immobilisé avant de s’engager sur l’autoroute, même si la passagère n’en était pas certaine. Monsieur McGinnis a également déclaré que lorsqu’il a vu les phares du véhicule de l’appelant pour la première fois, il a supposé que ce dernier se trouvait à environ 300 à 400 pieds plus loin, mais que cette distance aurait bien pu être aussi peu que 100 pieds.

[9] Lorsque M. McGinnis a vu les phares avant, il a retiré son pied de l’accélérateur. Réalisant alors que le véhicule de l’appelant s’engageait sur l’autoroute, il a freiné, mais il était trop tard. Son camion est violemment entré en collision avec le véhicule de l’appelant, tuant M. Harrington. L’appelant a survécu, mais la collision lui a fait perdre tout souvenir des circonstances de l’accident ou des événements l’entourant.

[10] L’appelant a été accusé et déclaré coupable de conduite dangereuse ayant causé la mort de

of Mr. Harrington, contrary to s. 249(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The relevant provisions read as follows:

249. (1) Every one commits an offence who operates

(a) a motor vehicle in a manner that is dangerous to the public, having regard to all the circumstances, including the nature, condition and use of the place at which the motor vehicle is being operated and the amount of traffic that at the time is or might reasonably be expected to be at that place;

(4) Every one who commits an offence under subsection (1) and thereby causes the death of any other person is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

[11] The appellant was also convicted under s. 259(4) of the *Criminal Code* of operating a motor vehicle while disqualified from doing so by reason of an order issued under the *Criminal Code*. The driving while disqualified charge is not in issue here.

B. *Proceedings*

(1) Supreme Court of British Columbia (Blair J.), 2006 BCSC 2107 (CanLII)

[12] As noted, the appellant was convicted at trial of dangerous driving causing death. At the time of trial, the Court had not yet rendered its decision in *Beatty*. The trial judge therefore relied on the law as set out in *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867, and in the British Columbia Court of Appeal's judgment in *R. v. Beatty*, 2006 BCCA 229, 225 B.C.A.C. 154, a decision which this Court subsequently reversed.

[13] The trial judge considered that, in order to convict the appellant, he had to be satisfied beyond a reasonable doubt that the appellant was driving in a manner that was dangerous to the public. In making this assessment, he had to satisfy himself that

M. Harrington, infraction prévue au par. 249(4) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Les dispositions pertinentes prévoient ce qui suit :

249. (1) Commet une infraction quiconque conduit, selon le cas :

a) un véhicule à moteur d'une façon dangereuse pour le public, eu égard aux circonstances, y compris la nature et l'état du lieu, l'utilisation qui en est faite ainsi que l'intensité de la circulation à ce moment ou raisonnablement prévisible dans ce lieu;

(4) Quiconque commet une infraction mentionnée au paragraphe (1) et cause ainsi la mort d'une autre personne est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans.

[11] L'appelant a aussi été déclaré coupable, en vertu du par. 259(4) du *Code criminel*, d'avoir conduit un véhicule à moteur pendant qu'il lui était interdit de conduire aux termes d'une ordonnance prononcée en application du *Code criminel*. L'accusation de conduite durant l'interdiction n'est pas en cause.

B. *Historique judiciaire*

(1) Cour suprême de la Colombie-Britannique (le juge Blair), 2006 BCSC 2107 (CanLII)

[12] Tel qu'indiqué précédemment, l'appelant a été déclaré coupable à son procès de conduite dangereuse ayant causé la mort. Au moment du procès, notre Cour n'avait pas encore rendu sa décision dans l'affaire *Beatty*. Le juge du procès s'est donc appuyé sur le droit énoncé dans l'arrêt *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, et dans l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *R. c. Beatty*, 2006 BCCA 229, 225 B.C.A.C. 154, une décision que notre Cour a par la suite infirmée.

[13] Le juge du procès a estimé que pour déclarer l'appelant coupable, il devait être convaincu au-delà du doute raisonnable que l'appelant avait conduit de façon dangereuse pour le public. Pour arriver à cette décision, il devait se convaincre que la façon

the conduct of the appellant amounted to a marked departure from the standard of care that a reasonable person would observe in the accused's situation. If the appellant offered an explanation for his conduct, such as a sudden and unexpected onset of illness, then he had to be convinced that a reasonable person in similar circumstances ought to have been aware of the risk and of the danger involved in the conduct he manifested.

[14] Turning to the facts of this case, the trial judge noted that vehicles entering Highway 5 from Harmon Road had to comply with a stop sign which gave highway traffic the right of way. He accepted that, at the relevant time, the surface of Harmon Road was slippery and that its steepness would have slowed the progress of a motor home attempting to proceed through the northbound traffic on to the southbound lanes on Highway 5. He was of the view that the fog on Highway 5 would have "obscured [the appellant's] ability to ascertain the presence of other traffic" on it (para. 25). Finally, the evidence, the trial judge held, entitled him to infer that the appellant was well aware that Highway 5 "is a major traffic conduit between British Columbia and the Prairies and as such it attracts a considerable amount of traffic, including tractor trailer units at all times" (para. 26).

[15] The trial judge concluded that the appellant's conduct in proceeding "from the stop sign onto Highway 5 from [Harmon] Road, with visibility diminished by fog, into the path of oncoming traffic, specifically Mr. [McGinnis's] tractor trailer unit" was objectively dangerous (para. 27) and then immediately concluded that the appellant's driving had constituted a marked departure from the standard of care a reasonable person would observe in the circumstances. Further, given that no explanation was provided for the appellant's conduct — due in great part to his loss of memory — there was no evidence that could raise a reasonable doubt that a reasonable person would not have been

de conduire de l'appelant équivalait à un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable placée dans la situation de l'accusé. Si l'appelant avait fourni une explication justifiant sa façon de conduire, comme une maladie soudaine et inattendue, alors il se devait d'être convaincu qu'une personne raisonnable aurait dû être consciente en pareilles circonstances du risque et du danger inhérents à sa façon de conduire.

[14] Dans son examen des faits, le juge du procès a souligné que les véhicules s'engageant sur l'autoroute 5 depuis le chemin Harmon devaient se conformer au panneau d'arrêt donnant priorité aux véhicules circulant sur l'autoroute. Il a accepté qu'au moment de l'accident, la chaussée du chemin Harmon était glissante et que son inclinaison prononcée ait pu ralentir la progression de la caravane motorisée qui tentait de franchir les voies de circulation de l'autoroute 5 se dirigeant vers le nord pour rejoindre les voies menant vers le sud. Il a estimé que le brouillard présent sur l'autoroute aurait [TRADUCTION] « nui à [la] capacité [de l'appelant] de vérifier s'il y avait d'autres véhicules » sur la voie (par. 25). Enfin, le juge du procès a conclu que la preuve lui permettait d'inférer que l'appelant savait très bien que l'autoroute 5 [TRADUCTION] « est un corridor important pour la circulation entre la Colombie-Britannique et les Prairies, que l'achalandage y est considérable, avec la présence en tout temps de semi-remorques » (par. 26).

[15] Le juge du procès a conclu que la façon de conduire de l'appelant était objectivement dangereuse lorsqu'il a engagé son véhicule [TRADUCTION] « sur l'autoroute 5, depuis le panneau d'arrêt du chemin [Harmon], alors que la visibilité était réduite par le brouillard, pour traverser la voie des véhicules qui approchaient, en particulier la semi-remorque de M. [McGinnis] » (par. 27). Il a alors immédiatement conclu que la façon de conduire de l'appelant avait constitué un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'une personne raisonnable respecterait dans les circonstances. De plus, comme aucune explication de la façon de conduire de l'accusé n'avait été fournie — principalement en

aware of the risks related to his behaviour in the present case.

[16] The critical part of the judge's analysis is as follows:

The question is whether Mr. Roy's conduct in proceeding from the stop sign onto Highway 5 from [Harmon] Road, with visibility diminished by fog, into the path of oncoming traffic, specifically Mr. [McGinnis's] tractor trailer unit, was objectively dangerous.

I conclude that given the test as expressed in *Hundal* and as further considered by the B.C. Court of Appeal in *[Beatty]*, that the question must be answered in the affirmative. I find that Mr. Roy's driving constitutes a marked departure from the standard of care a reasonable person would observe in the accused's situation.

The second part of the test in *Hundal* is found in ¶38 and 43 and that is whether, even though the driving is objectively dangerous, there was an explanation for the accused's conduct that would raise a reasonable doubt that a reasonable person would have been aware of the risks in the accused's conduct.

There is no explanation for Mr. Roy's conduct. He recalls nothing of the events surrounding the collision and therefore there is no evidence to consider that might raise a reasonable doubt that a reasonable person would have been aware of the risks in the accused's conduct. [Emphasis added; paras. 27-30.]

- (2) Court of Appeal for British Columbia (Garson J.A., Levine and Neilson J.J.A. concurring), 2010 BCCA 130, 285 B.C.A.C. 57

[17] The appellant's appeal to the Court of Appeal was dismissed. Although the court concluded that the trial judge had made a legal error, it was of the view that the error was harmless as it occasioned no substantial wrong or miscarriage of justice.

raison de sa perte de mémoire — aucun élément de preuve ne permettait de faire naître un doute raisonnable quant à savoir si une personne raisonnable n'aurait pas été consciente des risques inhérents au comportement de l'accusé en l'espèce.

[16] La partie cruciale de l'analyse du juge est ainsi formulée :

[TRADUCTION] La question est de savoir si la façon de conduire de M. Roy était objectivement dangereuse lorsqu'il a engagé son véhicule sur l'autoroute 5, depuis le panneau d'arrêt du chemin [Harmon], alors que la visibilité était réduite par le brouillard, pour traverser la voie des véhicules qui approchaient, en particulier la semi-remorque de M. [McGinnis].

Je conclus par l'affirmative compte tenu du critère énoncé dans *Hundal* et confirmé par la suite par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *[Beatty]*. Je conclus que la façon de conduire de M. Roy constitue un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'une personne raisonnable respecterait dans la situation de l'accusé.

Le second volet du critère établi dans *Hundal* est énoncé aux par. 38 et 43 et il consiste à déterminer, malgré le caractère objectivement dangereux de la conduite d'un véhicule, s'il existe une explication qui ferait naître un doute raisonnable quant à savoir si une personne raisonnable aurait été consciente des risques inhérents au comportement de l'accusé.

Il n'existe aucune explication au comportement de M. Roy. Il n'a aucun souvenir des événements entourant la collision et il n'y a donc aucun élément de preuve à examiner susceptible de faire naître un doute raisonnable quant à savoir si une personne raisonnable aurait été consciente des risques inhérents au comportement de l'accusé. [Je souligne; par. 27-30.]

- (2) Cour d'appel de la Colombie-Britannique (la juge Garson, avec l'appui des juges Levine et Neilson), 2010 BCCA 130, 285 B.C.A.C. 57

[17] L'appel de l'appellant interjeté à la Cour d'appel a été rejeté. Bien que la cour ait conclu que le juge du procès avait commis une erreur de droit, elle a estimé que l'erreur était sans conséquence puisqu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'était produit.

[18] The appellant argued that the trial judge had erred in law at para. 28 of his reasons by equating the *actus reus* of the offence — that is, driving which viewed objectively was dangerous — with the *mens rea* requirement — that is, that the appellant’s level of care was a marked departure from the standard expected of a reasonable person in the same circumstances. The Court of Appeal noted that the trial judge’s reasons had to be reviewed in light of this Court’s decision in *Beatty*.

[19] The Court of Appeal held that the trial judge erred in his legal analysis because he had equated the fault (“*mens rea*”) inquiry “with the question of whether there was an explanation for the accused’s conduct” (para. 21). Had the trial judge applied the test set out in *Beatty*, “his analysis would have reflected two enquiries. First, . . . was his driving objectively dangerous? Second, was it a marked departure from the standard of care that a reasonable person would observe in the accused’s circumstances?” (para. 23). His failure to specifically address both questions opened his verdict to appellate review.

[20] Notwithstanding the trial judge’s error, the Court of Appeal dismissed the appeal. It applied the proviso set out in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, because in its view the error had not occasioned any substantial wrong or miscarriage of justice. Although the trial judge had not specifically addressed the second step of the dangerous driving inquiry as articulated in *Beatty*, it could “easily be inferred from his reasons that the [appellant] had the necessary intent” (para. 31). Indeed, this case was not one where the appellant’s negligence was inadvertent. “Rather, the driving that resulted in the collision entailed a deliberate act of driving onto a busy highway, in fog, in the face of oncoming traffic” (para. 31). Further, “[t]he evidence at trial did not reveal any explanation as to why he left the stop sign without first ascertaining that it was safe to do so” (para. 1). In light of

[18] L’appelant a plaidé que le juge du procès avait commis une erreur de droit, au par. 28 de ses motifs, en assimilant l’*actus reus* de l’infraction — soit la façon de conduire qui, d’un point de vue objectif, était dangereuse — à l’exigence de la *mens rea* — soit le fait que le degré de diligence manifesté par l’appelant constituait un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu’une personne raisonnable respecterait dans les mêmes circonstances. La Cour d’appel a souligné que les motifs du juge du procès devaient être examinés à la lumière de l’arrêt de notre Cour dans *Beatty*.

[19] La Cour d’appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur dans le cadre de son analyse juridique parce qu’il avait assimilé l’examen portant sur la faute (« *mens rea* ») [TRADUCTION] « à la question de savoir s’il existait une explication au comportement de l’accusé » (par. 21). Si le juge du procès avait appliqué le critère énoncé dans *Beatty*, « son analyse aurait comporté deux examens. Premièrement, [. . .] sa façon de conduire était-elle objectivement dangereuse? Deuxièmement, représentait-elle un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu’une personne raisonnable respecterait dans la même situation que l’accusé? » (par. 23). Son omission d’analyser expressément les deux questions a donné ouverture à l’examen de son verdict en appel.

[20] Malgré l’erreur du juge du procès, la Cour d’appel a rejeté l’appel. Elle a appliqué la disposition prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, parce qu’à son avis, aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’était produit. Bien que le juge du procès ne se soit pas arrêté de façon spécifique sur le deuxième volet de l’examen relatif à la conduite dangereuse tel qu’énoncé dans *Beatty*, il pouvait [TRADUCTION] « facilement être inféré de ses motifs que l’[appellant] avait l’intention requise » (par. 31). En effet, dans la présente affaire, ce n’était pas par inadvertance que l’appelant avait fait preuve de négligence. « La façon de conduire à l’origine de la collision impliquait plutôt un acte délibéré de conduire le véhicule sur une autoroute achalandée, dans le brouillard, alors qu’un véhicule approchait » (par. 31). De plus, « [l]a preuve présentée au procès n’avait fourni

these considerations, the trial judge was correct, in the court's view, to hold that the appellant's driving constituted a marked departure from the standard of care expected of a reasonable person in his circumstances. This satisfied the fault requirement of dangerous driving and therefore no substantial wrong or miscarriage of justice resulted from the trial judge's failure to inquire separately into the appellant's state of mind.

[21] The appeal was dismissed.

III. Issues

[22] As noted, the appeal to this Court raises three issues:

1. Did the trial judge apply incorrect legal principles when he addressed the fault component of the offence?
2. If he applied incorrect legal principles, was his error harmless in the circumstances?
3. If the judge erred and the error was not harmless so that the appeal must be allowed, should the Court order a new trial or direct an acquittal?

[23] I will address these issues in turn.

IV. Analysis

A. *First Issue: The Fault Element of Dangerous Driving*

[24] The respondent defends the appeal to this Court by submitting that, contrary to the finding of the Court of Appeal, the trial judge did not err in his consideration of the fault component of the offence. I do not agree. In brief, my view is that the

aucune explication sur les raisons pour lesquelles il s'était engagé sur l'autoroute, depuis le panneau d'arrêt, sans s'assurer en premier lieu qu'il pouvait le faire en toute sécurité » (par. 1). À la lumière de ces considérations, c'est à bon droit, de l'avis de la cour, que le juge du procès avait conclu que la façon de conduire de l'accusé constituait un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'une personne raisonnable respecterait dans la situation de l'accusé. Cette conclusion répondait aux exigences du caractère fautif de la conduite dangereuse et, en conséquence, aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne résultait de l'omission du juge du procès de procéder à un examen distinct de l'état d'esprit de l'accusé.

[21] L'appel a été rejeté.

III. Les questions en litige

[22] Nous l'avons vu, le pourvoi interjeté devant notre Cour soulève les trois questions qui suivent.

1. Le juge du procès a-t-il appliqué des principes de droit erronés lors de l'examen de l'élément de faute de l'infraction?
2. S'il a appliqué des principes de droit erronés, son erreur était-elle sans conséquence dans les circonstances?
3. Si le juge a commis une erreur qui n'était pas sans conséquence, de sorte qu'il conviendrait d'accueillir le pourvoi, la Cour devrait-elle ordonner la tenue d'un nouveau procès ou prononcer un acquittement?

[23] J'examinerai ces questions à tour de rôle.

IV. Analyse

A. *Première question en litige : l'élément de faute de l'infraction de conduite dangereuse*

[24] L'intimée soutient devant cette Cour que contrairement aux conclusions de la Cour d'appel, le juge du procès n'a pas commis d'erreur de droit dans l'examen de l'élément de faute de l'infraction. Je ne suis pas de cet avis. En bref, j'estime

trial judge did exactly what the Court unanimously said in *Beatty* must not be done: without further analysis of the fault component of the offence, he inferred simply from the fact of driving that was, objectively viewed, dangerous, that the appellant's level of care was a marked departure from that expected of a reasonable person in the same circumstances.

[25] To explain my conclusion, it will be helpful first to review the main principles established by the Court in *Beatty* and then to set out how in my respectful view the trial judge failed to apply them in substance in this case.

(1) *Beatty* in Overview

[26] In *Beatty*, the Court undertook an in-depth analysis of the elements of dangerous driving. Although three opinions were delivered, the Court unanimously upheld the trial judge's finding that Mr. Beatty's momentary lapse of attention did not constitute a marked departure from the standard of care of a prudent driver even though it had tragic consequences.

[27] *Beatty* addressed concern that the Court's reasons in *Hundal* did not sufficiently emphasize the importance of giving careful attention to the fault requirement of dangerous driving. *Hundal* did not expressly differentiate between the two elements of the offence — the prohibited conduct and the required fault. There was concern that judges and juries might infer the existence of the fault element too quickly and without sufficient analysis, simply from the fact that a motor vehicle had been operated in a dangerous manner. (This, I add parenthetically, is, in my view precisely what happened in this case.) The Court in *Beatty* sought to ensure that a meaningful analysis of *both* elements would be performed in every case and it did this by defining and separating the conduct and mental elements of the offence.

que le juge du procès a fait exactement ce que notre Cour, dans *Beatty*, a unanimement indiqué de ne pas faire : sans effectuer une analyse plus poussée de l'élément de faute de l'infraction, il a inféré, du simple fait que la façon de conduire était objectivement dangereuse, que le degré de diligence démontré par l'appelant représentait un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans la même situation.

[25] Pour expliquer ma conclusion, il est d'abord utile d'examiner les principes fondamentaux établis par notre Cour dans *Beatty*, et d'exposer ensuite essentiellement de quelle façon, à mon avis, le juge du procès a omis d'appliquer ces principes en l'espèce.

(1) Aperçu de l'arrêt *Beatty*

[26] Dans l'arrêt *Beatty*, la Cour a procédé à une analyse approfondie des éléments de l'infraction de conduite dangereuse. Bien que trois séries de motifs aient été rédigées, la Cour a confirmé à l'unanimité la conclusion de la juge du procès selon laquelle l'inattention momentanée de M. Beatty, même si elle a eu de tragiques conséquences, ne constituait pas un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait un conducteur prudent.

[27] Dans *Beatty*, la Cour s'est attardée sur la possibilité qu'elle n'ait pas suffisamment insisté, dans *Hundal*, sur l'importance de porter une attention particulière à l'exigence d'une faute en matière de conduite dangereuse. L'arrêt *Hundal* n'a pas établi de distinction précise entre les deux éléments de l'infraction — la conduite prohibée et la faute requise. Il y avait lieu de craindre que les juges et les jurés puissent — de façon trop hâtive et sans le bénéfice d'une analyse approfondie — inférer l'existence de l'élément de faute du simple fait qu'un véhicule à moteur avait été conduit de façon dangereuse. (Je tiens à ajouter, incidemment, qu'à mon avis, c'est exactement ce qui s'est produit dans la présente affaire.) Dans *Beatty*, notre Cour a cherché à s'assurer qu'une analyse sérieuse des *deux* éléments serait réalisée dans chaque cas, et pour s'en assurer, elle a défini l'élément de conduite et l'élément moral de l'infraction et elle les a séparés.

[28] In *Beatty*, the majority of the Court spoke through the reasons of Charron J. which of course are the authoritative statement of the relevant principles. In brief, the Court decided as follows. The *actus reus* of the offence is driving in a manner dangerous to the public, having regard to all the circumstances, including the nature, condition and use of the place at which the motor vehicle was being operated and the amount of traffic that at the time was or might reasonably have been expected to be at that place (s. 249(1)(a) of the *Criminal Code*). The *mens rea* is that the degree of care exercised by the accused was a *marked* departure from the standard of care that a reasonable person would observe in the accused's circumstances (*Beatty*, at para. 43). The care exhibited by the accused is assessed against the standard of care expected of a reasonably prudent driver in the circumstances. The offence will only be made out if the care exhibited by the accused constitutes a *marked* departure from that norm. While the distinction between a mere departure from the standard of care, which would justify civil liability, and a *marked* departure justifying criminal punishment is a matter of degree, the lack of care must be serious enough to merit punishment (para. 48).

[29] It will be helpful to reiterate the main elements of the majority reasons in *Beatty*.

(2) The Importance of the Fault Requirement for Dangerous Driving

[30] A fundamental point in *Beatty* is that dangerous driving is a serious criminal offence. It is, therefore, critically important to ensure that the fault requirement for dangerous driving has been established. Failing to do so unduly extends the reach of the criminal law and wrongly brands as criminals those who are not morally blameworthy. The distinction between a *mere* departure, which may support civil liability, and the *marked* departure required for criminal fault is a matter of degree. The trier of fact must identify how and in what way the departure from the standard goes *markedly* beyond mere carelessness.

[28] Dans l'arrêt *Beatty*, la juge Charron a rédigé les motifs des juges majoritaires de la Cour et les principes applicables qu'elle a énoncés font autorité. En bref, voici ce que la Cour a statué. L'*actus reus* réside dans le fait de conduire un véhicule d'une façon dangereuse pour le public, eu égard aux circonstances, y compris la nature et l'état du lieu, l'utilisation qui en est faite ainsi que l'intensité de la circulation à ce moment ou raisonnablement prévisible dans ce lieu : al. 249(1)a) du *Code criminel*. La *mens rea* réside dans le fait que le degré de diligence de l'accusé constitue un écart *marqué* par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans la même situation (*Beatty*, par. 43). Le degré de diligence que manifeste l'accusé est apprécié par rapport à la norme de diligence que respecterait un conducteur raisonnablement prudent dans la même situation. L'infraction ne sera établie que si le degré de diligence dont a fait preuve l'accusé constitue un écart *marqué* par rapport à cette norme. Bien que la distinction entre un simple écart par rapport à la norme pouvant engager la responsabilité civile et un écart *marqué* justifiant une sanction pénale soit une affaire de degré, le manque de diligence doit être suffisamment grave pour mériter d'être puni (par. 48).

[29] Il est utile de réitérer les principaux éléments des motifs exprimés par la majorité dans *Beatty*.

(2) L'importance de l'exigence de la faute en matière d'infraction de conduite dangereuse

[30] L'arrêt *Beatty* pose comme point fondamental que la conduite dangereuse constitue une infraction criminelle grave. Il est donc très important de s'assurer que l'exigence de la faute en matière de conduite dangereuse a été établie, sans quoi la portée du droit criminel est indûment étendue et des personnes qui ne sont pas moralement blâmables sont qualifiées à tort de criminelles. La distinction entre un *simple* écart pouvant engager la responsabilité civile et l'écart *marqué* requis pour la faute criminelle est une question de degré. Le juge des faits doit déterminer comment l'écart par rapport à la norme se distingue *de façon marquée* de la simple négligence.

[31] From at least the 1940s, the Court has distinguished between, on the one hand, simple negligence that is required to establish civil liability or guilt of provincial careless driving offences and, on the other hand, the significantly greater fault required for the criminal offence of dangerous driving (*American Automobile Insurance Co. v. Dickson*, [1943] S.C.R. 143). This distinction took on added importance for constitutional purposes. It became the basis for differentiating, for division of powers purposes, between the permissible scope of provincial and federal legislative competence as well as meeting the minimum fault requirements for crimes under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (*O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Mann v. The Queen*, [1966] S.C.R. 238; *Hundal*). Thus, the "marked departure" standard underlines the seriousness of the criminal offence of dangerous driving, separates federal criminal law from provincial regulatory law and ensures that there is an appropriate fault requirement for *Charter* purposes.

[32] *Beatty* consolidated and clarified this line of jurisprudence. The Court was unanimous with respect to the importance of insisting on a significant fault element in order to distinguish between negligence for the purposes of imposing civil liability and that necessary for the imposition of criminal punishment. As Charron J. put it on behalf of the majority, at paras. 34-35:

If every departure from the civil norm is to be criminalized, regardless of the degree, we risk casting the net too widely and branding as criminals persons who are in reality not morally blameworthy. Such an approach risks violating the principle of fundamental justice that the morally innocent not be deprived of liberty.

In a civil setting, it does not matter how far the driver fell short of the standard of reasonable care required by law. The extent of the driver's liability depends not on the degree of negligence, but on the amount of damage done. Also, the mental state (or lack thereof) of the tortfeasor is immaterial, except in respect of punitive

[31] Depuis au moins les années 40, notre Cour a établi une distinction entre, d'une part, la simple négligence requise pour établir la responsabilité civile ou pour justifier une déclaration de culpabilité à une infraction provinciale de conduite imprudente et, d'autre part, la faute beaucoup plus grave requise pour l'infraction criminelle de conduite dangereuse (*American Automobile Insurance Co. c. Dickson*, [1943] R.C.S. 143). Cette distinction a pris une importance accrue pour des motifs d'ordre constitutionnel. Elle est devenue le fondement de la distinction qu'il convient de faire, en matière de partage des pouvoirs, entre ce qui constitue les limites acceptables des compétences législatives provinciales et fédérales, en plus de répondre aux critères de faute minimaux engageant la responsabilité criminelle au regard de la *Charte canadienne des droits et libertés* (*O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Mann c. The Queen*, [1966] R.C.S. 238; *Hundal*). Ainsi, le critère de l'« écart marqué » souligne la gravité de l'infraction criminelle de conduite dangereuse, distingue le droit criminel fédéral du droit réglementaire provincial et assure l'existence d'exigences appropriées en matière de faute au regard de la *Charte*.

[32] L'arrêt *Beatty* a consolidé et clarifié ce courant jurisprudentiel. La Cour a signalé à l'unanimité qu'il est important d'insister sur le haut degré de négligence aux fins de distinguer celle engageant la responsabilité civile de celle requise pour qu'une sanction pénale soit imposée. Comme l'a dit la juge Charron au nom des juges majoritaires aux par. 34-35 :

S'il faut considérer comme une infraction criminelle chaque écart par rapport à la norme civile, quelle qu'en soit la gravité, on risque de ratisser trop large et de qualifier de criminelles des personnes qui en réalité ne sont pas moralement blâmables. Une telle approche risque de porter atteinte au principe de justice fondamentale voulant qu'une personne moralement innocente ne doive pas être privée de sa liberté.

Dans le cadre du droit civil, il importe peu de savoir dans quelle mesure le conducteur n'a pas respecté la norme de diligence raisonnable exigée par la loi. En effet, l'étendue de sa responsabilité ne dépend pas du degré de négligence, mais de l'étendue des dommages causés. Par ailleurs, l'état mental (ou l'absence d'état

damages. In a criminal setting, the driver's mental state does matter because the punishment of an innocent person is contrary to fundamental principles of criminal justice. The degree of negligence is the determinative question because criminal fault must be based on conduct that merits punishment. [Emphasis added.]

(3) The Actus Reus

[33] *Beatty* held that the *actus reus* for dangerous driving is as set out in s. 249(1)(a) of the *Code*, that is, driving “in a manner that was ‘dangerous to the public, having regard to all the circumstances, including the nature, condition and use of the place at which the motor vehicle is being operated and the amount of traffic that at the time is or might reasonably be expected to be at that place’” (para. 43).

[34] In considering whether the *actus reus* has been established, the question is whether the driving, viewed objectively, was dangerous to the public in all of the circumstances. The focus of this inquiry must be on the risks created by the accused's manner of driving, not the consequences, such as an accident in which he or she was involved. As Charron J. put it, at para. 46 of *Beatty*, “The court must not leap to its conclusion about the manner of driving based on the consequence. There must be a meaningful inquiry into the manner of driving” (emphasis added). A manner of driving can rightly be qualified as dangerous when it endangers the public. It is the risk of damage or injury created by the manner of driving that is relevant, not the consequences of a subsequent accident. In conducting this inquiry into the manner of driving, it must be borne in mind that driving is an inherently dangerous activity, but one that is both legal and of social value (*Beatty*, at paras. 31 and 34). Accidents caused by these inherent risks materializing should generally not result in criminal convictions.

[35] To summarize, the focus of the analysis in relation to the *actus reus* of the offence is the

mental) de l'auteur du délit est sans importance, sauf à l'égard des dommages punitifs. Dans le cadre du droit criminel, en revanche, il faut tenir compte de l'état mental du conducteur, parce qu'il est contraire aux principes fondamentaux de justice pénale de punir une personne innocente. Le degré de négligence constitue la question déterminante, parce que la faute criminelle doit être fondée sur un comportement qui mérite d'être puni. [Je souligne.]

(3) L'actus reus

[33] Selon l'arrêt *Beatty*, l'*actus reus* de la conduite dangereuse est celui décrit à l'al. 249(1)a) du *Code*, c'est-à-dire conduire « d'une façon “dangereuse pour le public, eu égard aux circonstances, y compris la nature et l'état du lieu, l'utilisation qui en est faite ainsi que l'intensité de la circulation à ce moment ou raisonnablement prévisible dans ce lieu” » (par. 43).

[34] Pour déterminer si l'*actus reus* a été établi, il faut déterminer si la façon de conduire était objectivement dangereuse pour le public dans les circonstances. L'enquête doit être axée sur les risques créés par la façon de conduire de l'accusé, et non sur les conséquences, comme un accident dans lequel il aurait été impliqué. Comme l'a déclaré la juge Charron au par. 46 de *Beatty*, « [I]e tribunal ne doit pas tirer de conclusion hâtive au sujet de la façon de conduire en se fondant sur la conséquence. Il doit procéder à un examen sérieux de la façon de conduire » (je souligne). Une façon de conduire peut à juste titre être qualifiée de dangereuse lorsqu'elle met en danger le public. L'élément pertinent, c'est le risque de dommage ou de préjudice qu'engendre la façon de conduire, non les conséquences d'un accident ultérieur. Dans cet examen portant sur la façon de conduire, il importe de se rappeler que la conduite est une activité fondamentalement dangereuse, mais elle n'en est pas moins une activité légale dotée d'une valeur sociale (*Beatty*, par. 31 et 34). Les accidents résultant de la matérialisation des risques inhérents à la conduite d'un véhicule ne devraient habituellement pas entraîner des déclarations de culpabilité.

[35] En résumé, l'analyse relative à l'*actus reus* de l'infraction doit porter sur la façon de conduire

manner of operation of the motor vehicle. The trier of fact must not simply leap from the consequences of the driving to a conclusion about dangerousness. There must be a meaningful inquiry into the manner of driving.

(4) The Mens Rea

[36] The focus of the *mens rea* analysis is on whether the dangerous manner of driving was the result of a marked departure from the standard of care which a reasonable person would have exercised in the same circumstances (*Beatty*, at para. 48). It is helpful to approach the issue by asking two questions. The first is whether, in light of all the relevant evidence, a reasonable person would have foreseen the risk and taken steps to avoid it if possible. If so, the second question is whether the accused's failure to foresee the risk and take steps to avoid it, if possible, was a *marked departure* from the standard of care expected of a reasonable person in the accused's circumstances.

[37] Simple carelessness, to which even the most prudent drivers may occasionally succumb, is generally not criminal. As noted earlier, Charron J., for the majority in *Beatty*, put it this way: "If every departure from the civil norm is to be criminalized, regardless of the degree, we risk casting the net too widely and branding as criminals persons who are in reality not morally blameworthy" (para. 34). The Chief Justice expressed a similar view: "Even good drivers are occasionally subject to momentary lapses of attention. These may, depending on the circumstances, give rise to civil liability, or to a conviction for careless driving. But they generally will not rise to the level of a marked departure required for a conviction for dangerous driving" (para. 71).

[38] The marked departure from the standard expected of a reasonable person in the same

le véhicule à moteur. Le juge des faits ne doit pas simplement tirer de conclusions sur la façon dangereuse de conduire en se fondant sur les conséquences. Il doit procéder à un examen sérieux de la façon de conduire.

(4) La mens rea

[36] L'analyse relative à la *mens rea* doit être centrée sur la question de savoir si la façon dangereuse de conduire résultait d'un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans la même situation (*Beatty*, par. 48). Il est utile d'aborder le sujet en posant deux questions. La première est de savoir si, compte tenu de tous les éléments de preuve pertinents, une personne raisonnable aurait prévu le risque et pris les mesures pour l'éviter si possible. Le cas échéant, la deuxième question est de savoir si l'omission de l'accusé de prévoir le risque et de prendre les mesures pour l'éviter si possible constitue un *écart marqué* par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans la même situation que l'accusé.

[37] La simple imprudence que même les conducteurs les plus prudents peuvent à l'occasion commettre n'est généralement pas criminelle. Tel qu'indiqué précédemment, la juge Charron a formulé ainsi cette idée au nom des juges majoritaires dans l'arrêt *Beatty* : « [s]'il faut considérer comme une infraction criminelle chaque écart par rapport à la norme civile, quelle qu'en soit la gravité, on risque de ratisser trop large et de qualifier de criminelles des personnes qui en réalité ne sont pas moralement blâmables » (par. 34). La Juge en chef a exprimé un point de vue semblable : « même les bons conducteurs ont à l'occasion des moments d'inattention qui peuvent, selon les circonstances, engager leur responsabilité civile ou donner lieu à une condamnation pour conduite imprudente. Mais en général, ces moments d'inattention ne vont pas jusqu'à l'écart marqué requis pour justifier une déclaration de culpabilité pour conduite dangereuse » (par. 71).

[38] L'exigence minimale en matière de faute réside dans l'écart marqué par rapport à la norme

circumstances — a modified objective standard — is the minimum fault requirement. The modified objective standard means that, while the reasonable person is placed in the accused's circumstances, evidence of the accused's personal attributes (such as age, experience and education) is irrelevant unless it goes to the accused's incapacity to appreciate or to avoid the risk (para. 40). Of course, proof of subjective *mens rea* — that is, deliberately dangerous driving — would support a conviction for dangerous driving, but proof of that is not required (Charron J., at para. 47; see also McLachlin C.J., at paras. 74-75, and Fish J., at para. 86).

(5) Proof of the “Marked Departure” Fault Element

[39] Determining whether the required objective fault element has been proved will generally be a matter of drawing inferences from all of the circumstances. As Charron J. put it, the trier of fact must examine all of the evidence, including any evidence about the accused's actual state of mind (para. 43).

[40] Generally, the existence of the required objective *mens rea* may be inferred from the fact that the accused drove in a manner that constituted a *marked departure* from the norm. However, even where the manner of driving is a marked departure from normal driving, the trier of fact must examine all of the circumstances to determine whether it is appropriate to draw the inference of fault from the manner of driving. The evidence may raise a doubt about whether, in the particular case, it is appropriate to draw the inference of a marked departure from the standard of care from the manner of driving. The underlying premise for finding fault based on objectively dangerous conduct that constitutes a marked departure from the norm is that a reasonable person in the position of the accused would have been aware of the risk posed by the manner of driving and would not have undertaken the activity: *Beatty*, at para. 37.

de diligence que respecterait une personne raisonnable dans la même situation — un critère objectif modifié. L'application de ce critère objectif modifié signifie que, bien que la personne raisonnable soit placée dans la situation de l'accusé, la preuve des qualités personnelles de l'accusé (telles que son âge, son expérience et son niveau d'instruction) n'est pas pertinente, sauf si elles visent son incapacité d'apprécier ou d'éviter le risque (par. 40). Certes, la preuve d'une *mens rea* subjective — c'est-à-dire, conduire délibérément de façon dangereuse — justifierait une déclaration de culpabilité pour conduite dangereuse, mais cette preuve n'est pas requise (la juge Charron, par. 47; voir aussi la juge en chef McLachlin, par. 74-75, et le juge Fish, par. 86).

(5) Preuve de l'« écart marqué » comme élément de faute

[39] Des inférences tirées à partir de l'ensemble des circonstances permettront généralement de déterminer si la faute a été prouvée. Comme l'a dit la juge Charron dans *Beatty*, le juge des faits doit examiner la totalité de la preuve, y compris les éléments de preuve relatifs à l'état d'esprit véritable de l'accusé (par. 43).

[40] De façon générale, l'existence de la *mens rea* objective requise peut s'inférer du fait que l'accusé a conduit d'une façon qui constituait un *écart marqué* par rapport à la norme. Toutefois, même si la façon de conduire constitue un écart marqué par rapport à une façon de conduire normale, le juge des faits doit examiner toutes les circonstances pour déterminer s'il convient de conclure, de la façon de conduire, à la présence d'un tel comportement de l'accusé. La preuve peut soulever un doute sur la question de savoir s'il convient, dans un cas en particulier, d'inférer de la façon de conduire un écart marqué par rapport à la norme de diligence. La prémisse sous-jacente permettant de conclure à une faute en raison d'une façon de conduire objectivement dangereuse constituant un écart marqué par rapport à la norme est qu'une personne raisonnable dans la même situation que l'accusé aurait été consciente du risque créé par la façon de conduire en cause, et elle ne se serait pas livrée à l'activité : *Beatty*, par. 37.

[41] In other words, the question is whether the manner of driving which is a marked departure from the norm viewed in all of the circumstances, supports the inference that the driving was the result of a marked departure from the standard of care that a reasonable person in the same circumstances would have exhibited.

[42] Driving which, objectively viewed, is simply dangerous, will not on its own support the inference that the accused departed markedly from the standard of care of a reasonable person in the circumstances (Charron J., at para. 49; see also McLachlin C.J., at para. 66, and Fish J., at para. 88). In other words, proof of the *actus reus* of the offence, without more, does not support a reasonable inference that the required fault element was present. Only driving that constitutes a marked departure from the norm may reasonably support that inference.

[43] I now turn to the question of whether the trial judge committed reversible error in this case.

(6) Did the Trial Judge Err With Respect to the Fault Element?

[44] The Court of Appeal found that the trial judge erred by equating the fault component of the offence with the question of whether there was an explanation for the accused's conduct (para. 21). I agree. But I also agree with the appellant that the trial judge's error goes beyond that. In my respectful view, the trial judge erred in law by failing to conduct any meaningful inquiry into whether the appellant displayed a marked departure from the standard of care to be expected of a reasonable person in the same circumstances. Specifically, he inferred the marked departure simply from the fact that the driving was, objectively viewed, dangerous: trial judge's reasons, at paras. 27-28. This is precisely what all of the members of the Court held in *Beatty* must not be done. Of course, the trial judge did not have the Court's decision in *Beatty*.

[41] En d'autres termes, il faut se demander si la façon de conduire qui constitue un écart marqué par rapport à la norme compte tenu de toutes les circonstances permet de conclure que la façon de conduire résultait d'un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'aurait respectée une personne raisonnable dans la même situation.

[42] La façon de conduire qui, d'un point de vue objectif, est simplement dangereuse ne permettra pas à elle seule de conclure qu'elle constitue un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans la même situation (la juge Charron, par. 49; voir aussi la juge en chef McLachlin, par. 66, et le juge Fish, par. 88). Autrement dit, la preuve de l'*actus reus* de l'infraction ne permet pas, à elle seule, de conclure raisonnablement à l'existence de l'élément de faute requis. La conduite constituant un écart marqué par rapport à la norme est le seul facteur qui peut étayer raisonnablement cette conclusion.

[43] J'aborde maintenant la question de savoir si le juge du procès a commis une erreur justifiant l'annulation de sa décision en l'espèce.

(6) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ce qui concerne l'élément de faute?

[44] La Cour d'appel a conclu que le juge du procès a commis une erreur en assimilant l'élément de faute de l'infraction à la question de savoir s'il y avait une explication à la conduite de l'accusé (par. 21). Je partage cette conclusion. Mais, je partage également l'avis de l'appellant, selon lequel l'erreur du juge du procès ne s'arrête pas là. À mon humble avis, le juge du procès a commis une erreur de droit en ne procédant pas à un examen en profondeur de la question de savoir si l'accusé s'est écarté de façon marquée par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans la même situation. Plus particulièrement, il a inféré l'écart marqué du simple fait que la conduite du véhicule était objectivement dangereuse : motifs du juge du procès, par. 27-28. C'est précisément ce que tous les membres de notre Cour, dans *Beatty*, ont dit qu'il ne faut pas faire. Certes, le juge du procès ne disposait pas de la décision rendue par notre Cour dans *Beatty*.

[45] The respondent argues that the trial judge did not err and that the Court of Appeal was wrong to find that he had. It is submitted that the Court's decision in *Beatty* only reformulated, not substantively modified, the test in *Hundal*. It follows, the respondent says, that by faithfully following the test established in *Hundal* the trial judge did not make any legal error. The respondent points out that the Court did not suggest in *Beatty* that verdicts rendered under the *Hundal* analysis were automatically subject to appellate intervention. That being the case, the respondent submits, it was not open to the Court of Appeal to intervene simply because the trial judge had used the *Hundal* test to reach his verdict.

[46] I agree that, if the trial judge had correctly applied the law in substance, it would not have been an error simply to fail to carry out his analysis using the *Beatty* framework, which of course he could not have known of at the time of his decision. However, my view is that the trial judge erred in substance and not merely in form. As explained above, the trial judge inferred the necessary fault element simply from the fact of dangerous driving. As *Beatty* makes clear, this is an error of law.

[47] The next question is therefore whether the trial judge's error was harmless because it resulted in no substantial wrong or miscarriage of justice.

B. *Second Issue: Was the Error Harmless?*

[48] Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* permits an appellate court to dismiss an appeal from conviction despite a trial judge's legal error where the Crown satisfies the court that no "substantial wrong or miscarriage of justice has occurred". The Crown may do this either by showing (1) that the error was trivial or could have had only a minor effect on the verdict, or (2) that it is clear that the evidence pointing to the guilt of the accused is so overwhelming that conviction was inevitable

[45] L'intimée soutient que le juge du procès n'a pas commis d'erreur et que la Cour d'appel a conclu à tort à une erreur. L'intimée affirme que la Cour, dans *Beatty*, n'a fait que reformuler le critère établi dans *Hundal* sans le modifier en profondeur. Selon l'intimée, il s'ensuit que le juge du procès n'a pas commis d'erreur de droit en appliquant à la lettre le critère établi dans *Hundal*. Elle signale que la Cour n'a pas indiqué, dans *Beatty*, que les verdicts rendus suivant l'analyse conforme à l'arrêt *Hundal* appellent de façon automatique l'intervention d'une cour d'appel. Cela étant, l'intimée soutient que la Cour d'appel ne pouvait pas intervenir du seul fait que le juge du procès avait appliqué le critère établi dans l'arrêt *Hundal* pour rendre son verdict.

[46] Je conviens que si le juge du procès avait en fait correctement appliqué le droit sur le fond, aucune erreur n'aurait été commise du simple fait de ne pas avoir effectué son analyse suivant le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Beatty*, qu'il ne pouvait naturellement pas connaître au moment de rendre sa décision. J'estime toutefois que le juge du procès a commis une erreur de fond, et non une simple erreur de forme. Comme je l'ai déjà expliqué, le juge du procès a déduit l'élément de faute requis du simple fait que la façon de conduire était dangereuse. Comme il ressort clairement de l'arrêt *Beatty*, il s'agit d'une erreur de droit.

[47] La question qu'il convient alors de trancher est de savoir si l'erreur du juge du procès était inoffensive parce qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit.

B. *Deuxième question en litige : l'erreur était-elle inoffensive?*

[48] L'alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* permet à une cour d'appel de rejeter l'appel d'une déclaration de culpabilité malgré une erreur de droit du juge du procès si la poursuite convainc la cour qu'aucun « tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit ». La poursuite peut à cette fin démontrer (1) que l'erreur était anodine ou n'aurait pu avoir qu'une incidence mineure sur le verdict, ou (2) qu'il est clair que la preuve tendant à établir la culpabilité de l'accusé est à ce

(*R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at paras. 30-31).

[49] The appellant argues that the Court of Appeal's reasoning on this issue is flawed and I respectfully agree. I note that the respondent's primary position is that there was no error and very little argument was directed to upholding the Court of Appeal's decision to apply the proviso.

[50] I do not understand the Court of Appeal to have applied the proviso on the basis that the Crown's case was overwhelming. In any event, that is clearly not the case here. Rather, the Court of Appeal held that the trial judge's reasons show that the legal error had no significant effect. The court relied on two points to reach this conclusion: first, that this was a case of advertent rather than inadvertent negligence and second, that the trial judge's finding of fact that the driving constituted a marked departure from the standard of care made it clear that he had found the fault element to have been established. I set out the operative part of the Court of Appeal's judgment:

The trial judge did not . . . specifically address the second step as it is now articulated in *Beatty* [i.e., the fault element], but it may easily be inferred from his reasons that the accused had the necessary intent. This was not a case in which the negligence was inadvertent. Rather, the driving that resulted in the collision entailed a deliberate act of driving onto a busy highway, in fog, in the face of oncoming traffic. The trial judge correctly concluded that the appellant's driving did constitute a marked departure from the standard of care of a reasonable person in the circumstances of the appellant, thus satisfying the test for mens rea. [para. 31]

[51] I respectfully cannot agree with either of these reasons. With respect to the first, there was

point accablante qu'il serait impossible d'obtenir un verdict autre qu'une déclaration de culpabilité (*R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 30-31).

[49] L'appelant plaide que le raisonnement de la Cour d'appel concernant cette question est sans fondement et je souscris à cette affirmation. Je remarque que selon la position initiale adoptée par l'intimée, il n'y avait pas d'erreur et relativement peu d'arguments ont été soumis visant à confirmer la décision de la Cour d'appel d'appliquer la disposition réparatrice.

[50] La Cour d'appel ne m'apparaît pas avoir appliqué la disposition réparatrice au motif que la preuve de la poursuite était accablante. Quoi qu'il en soit, il est clair que ce n'est pas le cas en l'espèce. La Cour d'appel a plutôt conclu que les motifs du juge du procès démontraient que l'erreur de droit n'avait aucune incidence significative. La cour s'est fondée sur deux points pour tirer cette conclusion : premièrement, qu'il s'agissait en l'espèce d'une affaire où la négligence était consciente et non inconsciente; deuxièmement, que la conclusion de fait du juge du procès selon laquelle la façon de conduire constituait un écart marqué par rapport à la norme de diligence indiquait clairement qu'il avait conclu que l'élément de faute avait été établi. Je reproduis le dispositif du jugement de la Cour d'appel :

[TRADUCTION] Le juge du procès n'a pas [...] expressément effectué la deuxième étape de l'analyse telle qu'elle est maintenant énoncée dans l'arrêt *Beatty* [c.-à-d., celle portant sur l'élément de faute], mais il peut facilement être inféré de ses motifs que l'accusé avait l'intention requise. Il ne s'agissait pas d'une affaire où la négligence était inconsciente. Au contraire, la façon de conduire à l'origine de la collision comportait l'acte volontaire de conduire sur une autoroute achalandée, dans le brouillard, et malgré les véhicules qui approchaient. Le juge du procès a conclu à bon droit que la façon de conduire de l'appelant constituait un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans la situation de l'appelant, répondant ainsi au critère de la *mens rea*. [par. 31]

[51] Avec égards, je ne puis souscrire à l'un ou l'autre de ces motifs. En ce qui concerne le premier,

no evidence to support the Court of Appeal's conclusion that this was "advertent" negligence. Advertent negligence refers to subjective *mens rea* and applies when an accused actually foresees the risk and decides to take it. While the appellant's act of driving out from the stop sign was apparently a voluntary act, there was no evidence to support the conclusion that the appellant was in fact aware of the risk he was creating in doing so and deliberately chose to run that risk. In my respectful view, the Court of Appeal erred in finding that subjective *mens rea* had been established on this record. Of course, subjective *mens rea* is not required, but it certainly was not established on this record.

[52] As to the judge's finding of a marked departure, my view is, as noted earlier, that the judge reached this conclusion solely by inferring it from the fact that the appellant's driving had been, objectively viewed, dangerous. That erroneous inference cannot provide justification for dismissing that error as harmless.

C. *Third Issue: New Trial or Acquittal?*

[53] The appellant asks the Court to allow the appeal, set aside his conviction and enter an acquittal. The Crown's position is that if the appeal is to be allowed, a new trial should be ordered. The decision as to what order to make turns on whether there is any evidence upon which a properly instructed trier of fact could have convicted. If there is not, then generally entering an acquittal is the appropriate course (see *R. v. MacNeil*, 2009 NSCA 46, 277 N.S.R. (2d) 22, at paras. 16-18; *R. v. D.C.S.*, 2000 NSCA 61, 184 N.S.R. (2d) 299, at paras. 46-50). In my view, that is the appropriate course in this case.

[54] In my view, the record does not provide evidence on which a properly instructed trier of fact,

aucun élément de preuve ne donnait raison à la Cour d'appel de conclure qu'il s'agissait de négligence « consciente ». La négligence consciente renvoie à la notion de *mens rea* subjective et intervient lorsqu'un accusé prévoit en fait le risque et qu'il décide de le prendre. Alors que l'acte posé par l'accusé consistant à s'éloigner du panneau d'arrêt était apparemment un acte volontaire, il n'existait aucun élément de preuve à l'appui de la conclusion selon laquelle l'appelant était en fait conscient du risque qu'il créait en agissant de la sorte et qu'il avait délibérément choisi de courir ce risque. À mon humble avis, la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que la preuve au dossier avait établi la *mens rea* subjective. La *mens rea* subjective n'est bien sûr pas requise, mais elle n'avait certainement pas été établie par la preuve au dossier.

[52] Quant à la conclusion du juge reconnaissant un écart marqué, j'estime, comme je l'ai souligné précédemment, que le juge a tiré cette conclusion uniquement après l'avoir inférée du fait que la façon de conduire de l'accusé était à son avis objectivement dangereuse. Cette conclusion erronée ne peut justifier le rejet de cette erreur au motif qu'elle est inoffensive.

C. *Troisième question en litige : nouveau procès ou acquittement?*

[53] L'appelant demande à la Cour d'accueillir le pourvoi, d'annuler sa déclaration de culpabilité et d'ordonner un acquittement. Selon le ministère public, si l'appel est accueilli, un nouveau procès devrait être ordonné. La décision quant à la nature de l'ordonnance devant être rendue repose sur la question de savoir si des éléments de preuve auraient permis à un juge des faits ayant reçu des directives appropriées de prononcer une déclaration de culpabilité. En l'absence d'une telle preuve, il convient habituellement d'ordonner un acquittement (voir *R. c. MacNeil*, 2009 NSCA 46, 277 N.S.R. (2d) 22, par. 16-18; *R. c. D.C.S.*, 2000 NSCA 61, 184 N.S.R. (2d) 299, par. 46-50). À mon avis, c'est la décision appropriée en l'espèce.

[54] Selon moi, le dossier ne contient pas d'éléments de preuve permettant à un juge des faits

acting reasonably, could conclude that the appellant's standard of care was a marked departure from that expected of a reasonable person in the circumstances. I accept that the driving, objectively viewed, was dangerous. But it must be noted that there was no evidence that the driving leading up to pulling into the path of oncoming traffic was other than normal and prudent driving. The focus, therefore, is on the momentary decision to pull onto the highway when it was not safe to do so. I do not think that the manner of driving, on its own, supports a reasonable inference that the appellant's standard of care was a marked departure from that expected of a reasonable driver in the same circumstances.

[55] Taking the Crown's case at its highest, the appellant pulled out from a stop sign at a difficult intersection and in poor visibility when it was not safe to do so. Although the trial judge did not make a specific finding on the point, Mr. McGinnis (the driver of the tractor-trailer) thought that the appellant's vehicle had stopped before proceeding onto the highway. Mr. McGinnis also testified that when he first saw the lights of the appellant's vehicle, he guessed that it was about 300-400 feet away but that it could have been as little as 100 feet. It is, of course, reasonable to assume that the appellant could have seen the McGinnis vehicle at least as soon as Mr. McGinnis was able to see the appellant's vehicle. Given the lighting on the tractor-trailer, it might be concluded that the tractor-trailer may have been visible somewhat sooner. However, on any realistic scenario consistent with the evidence, the time between visibility and impact would be only a few seconds. In my view, the appellant's decision to pull onto the highway is consistent with simple misjudgment of speed and distance in difficult conditions and poor visibility. The record here discloses a single and momentary error in judgment with tragic consequences. It does not support a reasonable inference that the appellant displayed a marked departure from the standard of care expected of a reasonable person in the

ayant reçu des directives appropriées de conclure raisonnablement que le degré de diligence manifesté par l'appelant constituait un écart marqué par rapport à la norme que respecterait une personne raisonnable dans la même situation. J'accepte que la façon de conduire était objectivement dangereuse. Il faut cependant signaler qu'aucun élément de preuve ne démontrait que la façon de conduire de l'appelant, avant qu'il s'engage dans la voie du véhicule qui approchait, était différente d'une façon de conduire normale et prudente. L'accent est donc mis sur la décision prise, sur le moment, de s'engager sur l'autoroute alors qu'il n'était pas prudent de le faire. Je ne crois pas que la façon de conduire, à elle seule, permette de conclure raisonnablement que le degré de diligence appliqué par l'accusé constituait un écart marqué par rapport à la norme que respecterait un conducteur raisonnable dans la même situation.

[55] À la limite, la preuve de la poursuite établit que l'appelant, qui se trouvait à un arrêt à une intersection difficile et dans des conditions de faible visibilité, a engagé son véhicule sur l'autoroute alors qu'il n'était pas prudent de le faire. Bien que le juge du procès n'ait tiré aucune conclusion précise sur ce point, M. McGinnis (le conducteur de la semi-remorque) a cru que le véhicule de l'appelant s'était immobilisé avant de s'engager sur l'autoroute. Monsieur McGinnis a aussi affirmé que lorsqu'il a aperçu pour la première fois les phares du véhicule de l'appelant, il a estimé que ce dernier se trouvait à une distance de 300 à 400 pieds environ, mais que cette distance aurait pu être aussi peu que 100 pieds. Il est naturellement raisonnable de supposer que l'appelant aurait pu apercevoir le véhicule de M. McGinnis au moins aussitôt que ce dernier a été en mesure de voir le véhicule de l'appelant. Compte tenu du système d'éclairage dont la semi-remorque était dotée, on pourrait conclure que ce véhicule aurait pu être visible un peu plus tôt. Quel que soit le scénario réaliste retenu en fonction de la preuve présentée, le temps écoulé entre le moment où les véhicules sont devenus visibles, l'un par rapport à l'autre, et l'impact serait de quelques secondes seulement. À mon avis, la décision de l'appelant de s'engager sur l'autoroute est compatible avec une mauvaise évaluation de la vitesse et de la distance

same circumstances so as to justify conviction for the serious criminal offence of dangerous driving causing death.

V. Disposition

[56] I would allow the appeal, set aside the appellant's conviction and enter an acquittal.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Christopher J. Nowlin, Vancouver.

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

qui a été faite dans des conditions difficiles au moment où la visibilité était mauvaise. En l'espèce, le dossier indique une seule erreur momentanée de jugement dont les conséquences ont été tragiques. Il ne permet pas de conclure raisonnablement que l'accusé a démontré un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans la même situation, justifiant ainsi une déclaration de culpabilité pour l'infraction criminelle grave de conduite dangereuse ayant causé la mort.

V. Dispositif

[56] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité de l'appelant et d'inscrire un acquittement.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant : Christopher J. Nowlin, Vancouver.

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

**Annapolis County District School Board
and Douglas Ernest Feener** *Appellants/
Respondents on cross-appeal*

v.

**Johnathan Lee Marshall, represented by his
Guardian, Vaughan Caldwell** *Respondent/
Appellant on cross-appeal*

**INDEXED AS: ANNAPOLIS COUNTY DISTRICT
SCHOOL BOARD v. MARSHALL**

2012 SCC 27

File No.: 34189.

2012: May 8; 2012: June 7.

Present: McLachlin C.J. and Deschamps, Abella,
Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NOVA SCOTIA**

*Torts — Negligence — Standard of care — Contribu-
tory negligence — Child running into path of oncoming
bus suffering severe injuries — Whether trial judge erred
in improperly inviting jury to find child responsible for
accident — Motor Vehicle Act, R.S.N.S. 1989, c. 293,
s. 248.*

J, a four-year-old boy, suffered catastrophic injuries when he ran onto a highway and into the path of an oncoming empty school bus driven by F. A jury decided that there was no negligence by F that caused or contributed to J's damages. The Court of Appeal ordered a new trial finding that, in referring to statutory right-of-way provisions, the trial judge improperly invited the jury to treat J like an adult and therefore find him responsible for the accident.

Held (Cromwell J. dissenting): The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

Per McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Rothstein, Moldaver and Karakatsanis JJ.: There were no errors in the trial judge's instructions to the jury. Rather, the Court of Appeal failed to appreciate the dual function of the statutory right-of-way provisions, which

**Annapolis County District School Board et
Douglas Ernest Feener** *Appellants/intimés au
pourvoi incident*

c.

**Johnathan Lee Marshall, représenté par son
tuteur, Vaughan Caldwell** *Intimé/appelant au
pourvoi incident*

**RÉPERTORIÉ : ANNAPOLIS COUNTY DISTRICT
SCHOOL BOARD c. MARSHALL**

2012 CSC 27

N° du greffe : 34189.

2012 : 8 mai; 2012 : 7 juin.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
NOUVELLE-ÉCOSSE**

*Responsabilité délictuelle — Négligence — Norme
de diligence — Négligence contributive — Enfant grave-
ment blessé après s'être élané sur la chaussée dans la
trajectoire d'un autobus — Le juge de première instance
a-t-il commis une erreur en invitant à tort le jury à tenir
l'enfant responsable de l'accident? — Motor Vehicle Act,
R.S.N.S. 1989, ch. 293, art. 248.*

J, un garçonnet de quatre ans, a subi des blessures aux conséquences catastrophiques lorsqu'il s'est élané sur la route dans la trajectoire d'un autobus d'écoliers que conduisait F après avoir déposé ses passagers. Un jury a conclu qu'aucune négligence de la part de F n'avait causé le préjudice subi par J ni contribué à celui-ci. La Cour d'appel a ordonné un nouveau procès au motif que, en renvoyant aux dispositions législatives sur la priorité de passage, le juge du procès avait erronément invité le jury à considérer J comme un adulte et, de ce fait, à le tenir responsable de l'accident.

Arrêt (le juge Cromwell est dissident) : Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Abella, Rothstein, Moldaver et Karakatsanis : L'exposé du juge au jury n'est entaché d'aucune erreur. En fait, la Cour d'appel n'a pas tenu compte de la double fonction des dispositions sur la priorité de passage, lesquelles

inform the assessment of whether a pedestrian was contributorily negligent and also help determine whether a driver breached the applicable standard of care. When the instructions on those provisions are read in light of the entire charge, it is clear they served only to delineate the standard of care applicable to F. The jury was invited to consider the conduct of a reasonable pedestrian in assessing whether F had demonstrated the requisite degree of precaution. The trial judge made it clear that, as a child, J's liability was not at issue, and in no part of the charge did he instruct the jury to adjudicate on J's negligence.

Per Cromwell J. (dissenting): As held by the Court of Appeal, there was a real risk that the charge, viewed as a whole, left the jury with the understanding that it was to consider whether the child was responsible for the accident. The critical point, which was not made clearly in the charge, was that the jury had to consider whether the circumstances were such as to put the defendant on notice that children might be present and that he should exercise greater care. The misdirection may have given rise to an injustice. The cross-appeal should be dismissed. The evidence is not of such a character that only one view can reasonably be taken of its effect.

Cases Cited

By Cromwell J. (dissenting)

Byrne v. Hodgins (1972), 30 D.L.R. (3d) 128, rev'g (1972), 27 D.L.R. (3d) 617 (*sub nom. Bryne v. Hodgins*); *Petijevich v. Law*, [1969] S.C.R. 257; *Jardine v. Northern Co-operative Timber and Mill Association*, [1945] 1 W.W.R. 533.

Statutes and Regulations Cited

Motor Vehicle Act, R.S.N.S. 1989, c. 293, s. 248.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (MacDonald C.J.N.S. and Saunders and Beveridge J.J.A.), 2011 NSCA 13, 298 N.S.R. (2d) 373, 945 A.P.R. 373, 6 M.V.R. (6th) 1, [2011] N.S.J. No. 54 (QL), 2011 CarswellNS 54, reversing the dismissal of the plaintiff's action and ordering a new trial. Appeal allowed and cross-appeal dismissed, Cromwell J. dissenting.

Scott C. Norton, Q.C., G. Grant Machum, Sara Scott and Scott R. Campbell, for the appellants/respondents on cross-appeal.

non seulement influent sur la détermination de l'éventuelle négligence contributive du piéton, mais peuvent aussi permettre de déterminer si le conducteur a satisfait ou non à la norme de diligence applicable. Au vu de l'ensemble des directives, il ressort de la partie relative à ces dispositions qu'elle vise seulement à circonscrire la norme de diligence applicable à F. Le jury est invité à déterminer si, au regard de la conduite d'un piéton raisonnable, F a fait preuve du degré de précaution voulu. Le juge du procès a clairement établi que, J étant un enfant, sa responsabilité n'était pas en cause, et jamais il n'a demandé au jury de se prononcer sur la négligence de J.

Le juge Cromwell (dissent) : Comme l'a conclu la Cour d'appel, il existait un risque réel que, globalement, l'exposé amène le jury à considérer qu'il devait se demander si l'enfant était responsable de l'accident. La directive cruciale, qui a été formulée presque en passant, est celle disant aux jurés qu'ils devaient se demander si les circonstances étaient de nature à avertir le défendeur qu'il approchait d'une zone où des enfants étaient susceptibles de se trouver et qu'il devait faire montre d'une prudence accrue. Il est possible que la directive erronée ait entraîné une injustice. Le pourvoi incident devrait être rejeté. La nature de la preuve n'est pas telle qu'une seule interprétation puisse raisonnablement être tirée quant à son effet.

Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell (dissent)

Byrne c. Hodgins (1972), 30 D.L.R. (3d) 128, inf. (1972), 27 D.L.R. (3d) 617 (*sub nom. Bryne c. Hodgins*); *Petijevich c. Law*, [1969] R.C.S. 257; *Jardine c. Northern Co-operative Timber and Mill Association*, [1945] 1 W.W.R. 533.

Lois et règlements cités

Motor Vehicle Act, R.S.N.S. 1989, ch. 293, art. 248.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (le juge en chef MacDonald et les juges Saunders et Beveridge), 2011 NSCA 13, 298 N.S.R. (2d) 373, 945 A.P.R. 373, 6 M.V.R. (6th) 1, [2011] N.S.J. No. 54 (QL), 2011 CarswellNS 54, qui a infirmé la décision rejetant l'action du demandeur et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté, le juge Cromwell est dissident.

Scott C. Norton, c.r., G. Grant Machum, Sara Scott et Scott R. Campbell, pour les appelants/intimés au pourvoi incident.

R. Malcolm Macleod, Q.C., and Robert K. Dickson, Q.C., for the respondent/appellant on cross-appeal.

The judgment of McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Rothstein, Moldaver and Karakatsanis JJ. was delivered by

[1] DESCHAMPS J. — On the afternoon of April 12, 1994, the respondent, four-year-old Johnathan Lee Marshall, was playing with his brothers in front of the family home, located along Highway 201. At the same time, the appellant Douglas Ernest Feener was driving his empty school bus along Highway 201 after having dropped off a load of elementary school children. As Mr. Feener approached the Marshall home, Johnathan ran onto the highway and into the path of the oncoming bus. Mr. Feener could not stop in time and Johnathan was struck. He suffered catastrophic injuries.

[2] Through his litigation guardian, Johnathan brought an action against Mr. Feener and his employer, the Annapolis County District School Board. The matter was heard in the Supreme Court of Nova Scotia before Pickup J. and a jury. After a ten-week trial, the jury answered “no” to the following question:

Was there negligence on the part of the defendant, Douglas Feener, that caused or contributed to the damages suffered by the plaintiff, Jonathan [*sic*] Marshall?

[3] The resulting order was appealed to the Nova Scotia Court of Appeal on four principal grounds: (1) the trial judge’s reference in his charge to the provisions of the *Motor Vehicle Act*, R.S.N.S. 1989, c. 293, concerning the duty of pedestrians to yield the right of way to vehicles; (2) his handling of the reverse onus provisions contained in s. 248 of the *Motor Vehicle Act*; (3) his explanation of the special duty of care owed by motorists where children are present; and (4) his admission of an RCMP investigation report. The Court of Appeal ordered a new trial on the basis of the first ground alone. With respect to the other grounds of appeal, MacDonald C.J.N.S., writing for the Court of Appeal, did not

R. Malcolm Macleod, c.r., et Robert K. Dickson, c.r., pour l’intimé/appelant au pourvoi incident.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Deschamps, Abella, Rothstein, Moldaver et Karakatsanis rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — Dans l’après-midi du 12 avril 1994, l’intimé, Johnathan Lee Marshall, qui était alors âgé de quatre ans, jouait avec ses frères devant la demeure familiale située en bordure de la route 201. Au même moment, l’appelant Douglas Ernest Feener roulait sur cette route au volant d’un autobus d’écoliers dont il avait déposé tous les passagers. Comme le véhicule arrivait à la hauteur de la maison des Marshall, Johnathan s’est élançé sur la chaussée, dans la trajectoire de l’autobus. Monsieur Feener n’a pu freiner à temps et a frappé Johnathan. L’enfant a subi des blessures catastrophiques.

[2] Par l’entremise de son tuteur à l’instance, Johnathan a intenté une action contre M. Feener et son employeur, Annapolis County District School Board. Le procès devant jury instruit par le juge Pickup de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a duré dix semaines et, à son terme, le jury a répondu par la négative à la question suivante :

[TRADUCTION] Le défendeur, Douglas Feener, a-t-il fait preuve de négligence ayant causé le préjudice subi par le plaignant, Jonathan [*sic*] Marshall, ou y ayant contribué?

[3] Jugement a été rendu en conséquence, et la victime en a appelé devant la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse. Les quatre motifs principaux d’appel étaient (1) la mention dans les directives au jury des dispositions de la *Motor Vehicle Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 293, faisant obligation aux piétons de céder le passage aux automobilistes, (2) l’application de l’art. 248 de la même loi emportant inversion de la charge de preuve, (3) l’explication de l’obligation de diligence particulière qui incombe à l’automobiliste dans une zone où il y a des enfants et (4) l’admission en preuve du rapport d’enquête de la GRC. La Cour d’appel a ordonné la tenue d’un nouveau procès en se fondant seulement sur le

find that the trial judge had committed reversible errors, but simply made suggestions to improve the instructions to be given to the jury in the event of a new trial (2011 NSCA 13, 298 N.S.R. (2d) 373, at paras. 36, 40, 47 and 50).

[4] At issue in this appeal is whether the Court of Appeal erred in finding that the trial judge had misdirected the jury in referring to the right-of-way provisions of the *Motor Vehicle Act*. For the reasons that follow, I conclude that it did and that the appeal should be allowed. No other elements of the trial judge's charge warrant intervention.

[5] The portion of the charge to the jury which the Court of Appeal found to constitute reversible error is reproduced below:

Now, I'm going to mention another section of the *Motor Vehicle Act*. This is the *Motor Vehicle Act* of 1989 which was in effect at the time, it's RSN is 1989, Chapter 293 in particular Section 125(3) and (4). And that says, 125(3), "Every pedestrian crossing a roadway at any point other than within a marked or unmarked crosswalk, shall yield the right of way to vehicles upon the highway." The next, Sub 4, 125(4) says, "This section shall not relieve the driver of the vehicle or the pedestrian from the duty to exercise care."

So a pedestrian has the right to cross the highway at a point which is not a regular crossing for pedestrians, but in such a case, a duty is cast upon him to take special care to use greater vigilance and to yield the right of way to vehicles upon the highway. So in a crosswalk, cars stop. If you're not in a crosswalk, then what I just told you applies.

This reason — this is for the obvious reason that drivers of motor vehicles know that there're safety zones and crosswalks for the use of pedestrians where they are normally expected to cross. This is not to say however, that if a pedestrian crosses between intersections, a motorist can run him down with impunity. The question is could or should the driver have seen the pedestrian in time to avoid the collision?

premier motif. En ce qui concerne les autres points, le juge MacDonald, juge en chef de la Nouvelle-Écosse et auteur des motifs de la Cour d'appel, a estimé que le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur susceptible de révision. Il s'est contenté de faire des recommandations concernant les directives à donner au jury dans l'éventualité d'un nouveau procès (2011 NSCA 13, 298 N.S.R. (2d) 373, par. 36, 40, 47 et 50).

[4] La question en litige en l'espèce est celle de savoir si la Cour d'appel a eu tort de conclure que les directives du juge au jury étaient erronées en ce qui a trait au renvoi qui y est fait aux dispositions de la *Motor Vehicle Act* établissant la priorité de passage. Pour les motifs qui suivent, j'estime que c'est le cas et qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi. Aucun autre élément de l'exposé au jury ne justifie notre intervention.

[5] Voici la partie de l'exposé au jury qui, selon la Cour d'appel, équivaut à une erreur susceptible de révision :

[TRADUCTION] Je vais maintenant mentionner une autre disposition de la *Motor Vehicle Act*. Il s'agit de la loi de 1989, qui était en vigueur à l'époque, soit RSN 1989, chapitre 293, en particulier les par. 125(3) et (4). Ils sont libellés comme suit. D'abord, le par. 125(3) : « Le piéton qui traverse la chaussée ailleurs qu'à un passage piétonnier, identifié ou non, cède la priorité aux véhicules qui circulent sur la chaussée. » Vient ensuite le par. 125(4) : « Le présent article n'a pas pour effet de relever l'automobiliste ou le piéton de son obligation de diligence. »

Le piéton peut donc traverser la chaussée ailleurs qu'à un passage piétonnier, mais il lui incombe alors de faire preuve d'une grande vigilance et de céder le passage aux véhicules qui circulent sur la chaussée. Bref, si vous vous engagez dans un passage piétonnier, l'automobiliste immobilise son véhicule. Si vous traversez ailleurs, ce que je viens de dire s'applique.

Cette raison — pour la raison évidente que les automobilistes savent qu'il existe des zones et des passages que les piétons sont normalement censés utiliser. Ce qui ne veut pas dire pour autant que l'automobiliste peut, en toute impunité, frapper le piéton qui traverse entre deux intersections. La question est la suivante : le conducteur aurait-il pu ou dû voir le piéton à temps pour éviter de le frapper?

The pedestrian on the other hand has a duty to look out for his own safety, and to keep a lookout for approaching vehicles. Did he do what a reasonable person would be expected to do? Did he step from a place [of safety] to a place of danger and fail to use reasonable care as required by the circumstance? These are the questions you must put to yourself.

Now standard of care owed to children crossing the highway. Johnathan was four years, four months old. So the standard of care owed to children on a highway is the same as that owed to adults, but there may be circumstances which should put motorists on their guard.

He [the driver] has the right to expect that a pedestrian will not act without care. The duty of a pedestrian when using the public street or highway is to use reasonable care at all times for his own safety, and to avoid placing himself in a position from which injury might result. However, he's entitled to assume that motorists will drive according to the law. [A.R., vol. I, at pp. 100-103]

[6] MacDonald C.J.N.S. concluded that, in referring to the right-of-way provisions of the *Motor Vehicle Act*, the trial judge improperly invited the jury to treat Johnathan "like an adult" (para. 16). This, according to MacDonald C.J.N.S., would have left the jury "with little choice but to find Johnathan responsible for this accident" (para. 19) even though the trial judge had already concluded that Johnathan could not be contributorily negligent because of his young age. In offering guidance for a possible retrial, MacDonald C.J.N.S. recommended expunging the entire passage dealing with the right-of-way provisions of the *Motor Vehicle Act* (para. 38).

[7] I agree with the appellants that the Court of Appeal failed to appreciate the dual function of statutory right-of-way provisions. Not only do such provisions inform the assessment of whether a pedestrian was contributorily negligent by failing to yield a right of way, they can also help determine whether a driver breached the applicable standard of care in the circumstances. In this case, even though Johnathan's contributory negligence had been ruled out as a matter of law, the statutory

En revanche, le piéton a l'obligation d'assurer sa propre sécurité et de regarder si des voitures arrivent. A-t-il eu le comportement d'une personne raisonnable? S'est-il déplacé d'un lieu [sûr] à un lieu périlleux et a-t-il omis d'exercer la diligence raisonnable que commandait la situation? Voilà les questions auxquelles vous devez répondre.

J'arrive maintenant à la norme de diligence qui vaut à l'égard d'un enfant qui traverse la rue. Johnathan avait quatre ans et quatre mois. La norme de diligence est la même que pour un adulte, mais certaines circonstances appellent l'automobiliste à la vigilance.

Le conducteur est en droit de s'attendre du piéton qu'il n'agisse pas imprudemment. Le piéton qui circule sur la voie publique ou sur une route doit toujours faire preuve de diligence raisonnable pour assurer sa propre sécurité et ne pas s'exposer à des blessures. Il doit cependant pouvoir s'attendre à ce que les automobilistes respectent le code de la route. [d.a., vol. I, p. 100-103]

[6] Selon le juge en chef MacDonald, en renvoyant aux dispositions de la *Motor Vehicle Act* sur la priorité de passage, le juge du procès a erronément invité le jury à considérer Johnathan [TRADUCTION] « comme un adulte » (par. 16). Selon lui, le jury « n'aurait eu d'autre choix que de conclure que Johnathan était responsable de l'accident » (par. 19). Or, le juge du procès avait déjà statué que la victime ne pouvait se voir imputer de négligence contributive étant donné son jeune âge. Le juge en chef MacDonald recommande, dans l'éventualité d'un nouveau procès, que la partie de l'exposé relative aux dispositions de la *Motor Vehicle Act* sur la priorité de passage soit supprimée en entier (par. 38).

[7] Je suis d'accord avec les appelants que la Cour d'appel n'a pas tenu compte de la double fonction des dispositions sur la priorité de passage. Non seulement ces dispositions influent-elles sur la détermination de l'éventuelle négligence contributive du piéton qui omet de céder le passage, mais elles peuvent aussi permettre de déterminer si le conducteur a satisfait ou non à la norme de diligence applicable dans les circonstances. En l'espèce, même si la négligence contributive de Johnathan avait été

right-of-way provisions continued to inform the standard of care that Mr. Feener owed to all pedestrians. The jury needed to be told that, absent special circumstances, where the driver has the right of way, he or she can reasonably proceed on the assumption that others will follow the rules of the road and yield the right of way to drivers.

[8] I respectfully disagree with the Court of Appeal's conclusion that, in referring to the right-of-way provisions, the trial judge effectively invited the jury to find Johnathan legally responsible for the accident. At the outset of his charge, Pickup J. made it clear that Johnathan's liability was not at issue because of his young age (A.R., vol. I, at p. 44). In no part of the charge did the trial judge instruct the jury to adjudicate on the child's negligence. When the trial judge's instructions on the right-of-way provisions are read in light of the entire charge, it is clear that they served only to delineate the standard of care applicable to Mr. Feener. The jury was invited to consider the conduct of a reasonable pedestrian in assessing whether Mr. Feener had demonstrated the requisite degree of precaution.

[9] A further factor that had to inform the jury's ruling on Mr. Feener's negligence was whether there were special circumstances that would indicate to the driver that he was in an area where children were likely to be present. In this respect, the trial judge made the following comment to the jury:

In a school or playground area or in a built-up residential district, a motorist should drive more slowly and carefully and keep a lookout for the possibility of children running out into the street. Here you must decide whether the circumstances were such as to put the defendant motorist on notice that he was approaching an area where children were likely to be, and therefore should exercise greater care in the operation of his motor vehicle. [A.R., vol. I, at p. 102]

[10] The respondent argues that the jury would have inferred from the trial judge's instructions that a motorist need only take precautions in the three specific circumstances cited, and therefore that Mr. Feener would not have had to take precautions

écartée au regard du droit, les dispositions de la loi sur la priorité de passage demeuraient déterminantes quant à la norme de diligence à laquelle M. Feener était tenu vis-à-vis des piétons. Il fallait donc dire au jury que, sauf circonstances particulières, le conducteur qui a la priorité de passage peut raisonnablement s'attendre à ce que les autres respectent le code de la route et cèdent le passage.

[8] Je ne partage pas l'avis de la Cour d'appel selon lequel, en renvoyant aux dispositions sur la priorité de passage, le juge du procès invite en fait le jury à tenir Johnathan légalement responsable de l'accident. Dès le début de son exposé au jury, le juge Pickup établit clairement que la responsabilité de Johnathan n'est pas en cause, vu le jeune âge de ce dernier (d.a., vol. I, p. 44). Jamais il ne demande au jury de se prononcer sur la négligence de l'enfant. Au vu de l'ensemble des directives, il ressort de la partie relative aux dispositions sur la priorité de passage que la mention de celles-ci vise seulement à circonscrire la norme de diligence applicable à M. Feener. Le jury est invité à déterminer si, au regard de la conduite d'un piéton raisonnable, M. Feener a fait preuve du degré de précaution voulu.

[9] L'existence d'indices particuliers de la présence d'enfants dans une zone donnée constitue un autre élément dont le jury devait tenir compte pour statuer sur la négligence de M. Feener. À cet égard, le juge du procès s'adresse au jury en ces termes :

[TRADUCTION] À proximité d'une école ou d'un terrain de jeux ou dans un quartier à vocation résidentielle, l'automobiliste doit ralentir, redoubler de prudence et envisager qu'un enfant puisse s'élancer sur la chaussée. En l'espèce, il vous revient de décider si, dans les circonstances, le défendeur aurait dû savoir qu'il arrivait dans une zone où il y avait des enfants et, par conséquent, redoubler de prudence au volant de son véhicule. [d.a., vol. I, p. 102]

[10] Selon l'intimé, le jury aurait inféré des directives du juge que l'automobiliste ne devait prendre des précautions que dans les trois cas mentionnés, de sorte que M. Feener en était dispensé en l'espèce. Je ne puis faire droit à sa prétention. L'accident ne

in this case. I cannot accept this submission. The accident clearly did not take place in a school or playground area or in a built-up residential district. The trial judge was asking the jury whether the situation was one in which Mr. Feener should have expected children to be present. In this context, I see no error in the trial judge's instruction.

[11] In this Court, as in the Court of Appeal, the respondent maintains that the trial judge also erred in explaining the burden of proof on motorists under s. 248 of the *Motor Vehicle Act* and in admitting an RCMP report. For the reasons given by the Court of Appeal, I am of the view that there is no reversible error.

[12] The respondent has cross-appealed, seeking a finding of liability against the appellants in the event that the Court dismissed the appeal. As I would allow the appeal, the merits of the cross-appeal do not need to be considered.

[13] For these reasons, I would allow the appeal with costs throughout, including costs of the application for leave to appeal in this Court, dismiss the cross-appeal without costs and restore the order after trial with jury of the Supreme Court of Nova Scotia.

The following are the reasons delivered by

[14] CROMWELL J. (dissenting) — With respect to my colleagues who have taken the opposite view, I would uphold the decision of the Court of Appeal. Although I make no comment on the Court of Appeal's suggestions for the conduct of a second trial, I would adopt as my own paras. 16 to 18 of the Court of Appeal's reasons: 2011 NSCA 13, 298 N.S.R. (2d) 373. Much like in *Byrne v. Hodgins* (1972), 30 D.L.R. (3d) 128 (S.C.C.), affirming the dissent in (1972), 27 D.L.R. (3d) 617 (B.C.C.A.) (*sub nom. Bryne v. Hodgins*), there was a real risk in this case that the charge left the jury with the understanding that it was to consider whether the plaintiff was responsible for the accident. The

s'est manifestement pas produit près d'une école ou d'un terrain de jeux, ni dans un quartier à vocation résidentielle. Le juge du procès a demandé au jury si la situation était de celles où M. Feener aurait dû s'attendre à la présence d'enfants. À la lumière du contexte, l'exposé du juge n'est selon moi entaché d'aucune erreur.

[11] Devant notre Cour comme en Cour d'appel, l'intimé fait valoir que le juge du procès a également commis une erreur lorsqu'il a expliqué la charge de preuve que l'art. 248 de la *Motor Vehicle Act* fait peser sur l'automobiliste et lorsqu'il a admis en preuve le rapport de la GRC. Pour les motifs exposés par la Cour d'appel, j'estime qu'aucune erreur susceptible de révision n'a été commise.

[12] L'intimé a formé un appel incident afin que, dans le cas où la Cour rejeterait le pourvoi, les appelants soient tenus responsables du préjudice subi. Comme je suis d'avis d'accueillir le pourvoi principal, il n'y a pas lieu de statuer sur le bien-fondé du pourvoi incident.

[13] Pour ces motifs, il y a lieu d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours, y compris ceux afférents à la demande d'autorisation d'appel devant notre Cour, de rejeter le pourvoi incident sans dépens et de rétablir l'ordonnance rendue par la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse à l'issue du procès devant jury.

Version française des motifs rendus par

[14] LE JUGE CROMWELL (dissident) — Avec égards pour mes collègues qui expriment l'avis contraire, je confirmerais la décision de la Cour d'appel. Bien que je ne fasse aucun commentaire au sujet des suggestions formulées par cette dernière quant à la conduite d'un second procès, je fais miens les par. 16 à 18 de ses motifs : 2011 NSCA 13, 298 N.S.R. (2d) 373. Tout comme dans l'arrêt *Byrne c. Hodgins* (1972), 30 D.L.R. (3d) 128 (C.S.C.), qui confirmait l'opinion dissidente exposée dans (1972), 27 D.L.R. (3d) 617 (C.A.C.-B.) (*sub nom. Bryne c. Hodgins*), il existe en l'espèce un risque réel que, au terme de l'exposé, le jury ait considéré qu'il devait se demander si le demandeur était responsable de l'accident.

critical instruction was that the jury had to consider whether the circumstances were such as to put the defendant motorist on notice that he was approaching an area where children were likely to be and should therefore exercise greater care. This instruction was given almost in passing and in the midst of confusing instructions about the duty of pedestrians and self-contradictory instructions about the burden of proof. The plaintiff was entitled to have the key liability issue in the case put to the jury in clear terms. Looking at the charge as a whole, this, in my respectful view, did not occur. The misdirection may have given rise to an injustice. I would therefore dismiss the appeal.

[15] I would also dismiss the cross-appeal from the Court of Appeal's decision to send the matter back for a second trial. It cannot be said in this case that "the evidence is of such a character that only one view can reasonably be taken of its effect": *Petijevich v. Law*, [1969] S.C.R. 257, at p. 265, quoting from *Jardine v. Northern Co-operative Timber and Mill Association*, [1945] 1 W.W.R. 533 (B.C.C.A.), at p. 535. This Court is not in a position to make a determination on liability.

Appeal allowed with costs, CROMWELL J. dissenting. Cross-appeal dismissed.

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal: Stewart McKelvey, Halifax.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Boyne Clarke, Dartmouth.

La directive cruciale à cet égard est celle disant aux jurés qu'ils devaient se demander si les circonstances étaient de nature à avertir le conducteur qu'il approchait d'une zone où des enfants étaient susceptibles de se trouver et qu'il devait en conséquence faire montre d'une prudence accrue. Cette directive a été formulée presque en passant, parmi des directives confuses sur les obligations des piétons ainsi que des instructions contradictoires au sujet du fardeau de la preuve. Le demandeur avait droit à ce que la principale question en litige dans le présent cas soit clairement exposée au jury. Après avoir examiné l'exposé dans son ensemble, j'estime à mon humble avis que cela n'a pas été fait en l'espèce. Partant, il est possible que la directive erronée ait entraîné une injustice. En conséquence, je rejetterais le pourvoi.

[15] Je rejetterais également le pourvoi incident formé contre la décision de la Cour d'appel de renvoyer l'affaire pour la tenue d'un second procès. Il n'est pas possible en l'espèce d'affirmer que [TRADUCTION] « la nature de la preuve est telle qu'une seule interprétation peut raisonnablement être tirée quant à son effet » : *Petijevich c. Law*, [1969] R.C.S. 257, p. 265, citant *Jardine c. Northern Co-operative Timber and Mill Association*, [1945] 1 W.W.R. 533 (C.A.C.-B.), p. 535. Notre Cour n'est pas à même de se prononcer sur la responsabilité.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge CROMWELL est dissident. Pourvoi incident rejeté.

Procureurs des appelants/intimés au pourvoi incident : Stewart McKelvey, Halifax.

Procureurs de l'intimé/appelant au pourvoi incident : Boyne Clarke, Dartmouth.

Linda Dale Gibbons *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GIBBONS

2012 SCC 28

File No.: 33813.

2011: December 14; 2012: June 8.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Offences — Disobeying order of court — Criminal charge laid for disobeying superior court order in civil matter — Criminal Code provision making it criminal offence to disobey court order unless “a punishment or other mode of proceeding is expressly provided by law” — Rules of Civil Procedure providing for contempt procedures — Whether exception to Criminal Code provision applies — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 127 — Ontario Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rules 60.11, 60.12.

The appellant was charged under s. 127(1) of the *Criminal Code* with disobeying a court order, granted in 1994, that enjoined her and others from displaying protest signs in the vicinity of specific abortion clinics. She brought a pre-trial motion to quash the information on the ground that the exception in s. 127(1) applied because Ontario Rules 60.11 and 60.12 precluded the application of s. 127(1). The Ontario Superior Court of Justice and the Ontario Court of Appeal held that they did not.

Held (Fish J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

Linda Dale Gibbons *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. GIBBONS

2012 CSC 28

N^o du greffe : 33813.

2011 : 14 décembre; 2012 : 8 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

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

Droit criminel — Infractions — Désobéissance à une ordonnance du tribunal — Dépôt d'une accusation criminelle pour désobéissance à une ordonnance d'une cour supérieure en matière civile — Une disposition du Code criminel fait de la désobéissance à une ordonnance judiciaire une infraction criminelle à moins que « la loi ne prévoie expressément une peine ou un autre mode de procédure » — Procédure pour outrage établie par les Règles de procédure civile — Est-ce que l'exception prévue par la disposition du Code criminel s'applique? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 127 — Règles de procédure civile de l'Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 60.11, 60.12.

L'appelante a été accusée en vertu du par. 127(1) du *Code criminel* d'avoir désobéi à une ordonnance judiciaire, laquelle avait été accordée en 1994 et interdisait à l'appelante et à d'autres personnes d'exhiber des pancartes de protestation à proximité de certaines cliniques d'avortement. L'appelante a présenté une motion préliminaire sollicitant l'annulation de la dénonciation, au motif que les art. 60.11 et 60.12 des Règles ontariennes font obstacle à l'application du par. 127(1). La Cour supérieure de justice et la Cour d'appel de l'Ontario ont jugé que ce n'est pas le cas.

Arrêt (le juge Fish est dissident) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et

The exception in s. 127 will be triggered where Parliament or a legislature has provided a legal foundation for the court's power to issue contempt orders, defined the circumstances in which a person will be found in contempt, and provided a specific punishment or mode of proceeding. On the basis of *R. v. Clement*, neither the specificity of the punishment nor the comprehensiveness of the procedure is determinative of whether a law satisfies the conditions for ousting the application of s. 127 of the *Criminal Code*. Rather, the determination must be based on a conclusion that Parliament or the legislature intended to limit the application of s. 127 by creating an express alternative statutory response to acts amounting to contempt of court. The fact that rules of court provide for punishment or a mode of proceeding is also not sufficient to trigger the exception if the order was issued pursuant to the court's inherent common law power. The Ontario Rules do not define contempt or specify the circumstances in which a person will be found in contempt. A judge must thus rely on the "common law substratum" in issuing an order for contempt under Rule 60.11. Further, the Ontario Rules do not establish the legal foundation for a contempt proceeding, but simply circumscribe the judge's power to make orders on finding a person in contempt. The common law must also be relied on in deciding on the offender's punishment. As a result, while Rules 60.11 and 60.12 set out in considerable detail the procedure to be followed on a motion for a contempt order, in light of the Court's reasoning in *Clement*, procedure alone is insufficient to trigger the exception in s. 127.

Per Fish J. (dissenting): Rule 60.11(1), authorized by statute, provides a legislative foundation for the enforcement of court orders. It sets out in detail a complete procedural framework for the obtaining, the making and the enforcement of the orders it expressly contemplates. The power to make and enforce the order flows from the promulgation of the rule and not from the inherent common law powers of superior courts. The same is true of the sanctions: They are expressly set out in the relevant rules and neither is dependent on, nor circumscribed by, the common law relating to disobedience of court orders. Manifestly, this legislative scheme is not at all analogous to the rules considered in *Clement*. Rules 60.11 and 60.12 do not merely recognize or preserve the common law. On the contrary, they go beyond the common law and create an express mode

Karakatsanis. L'exception prévue à l'art. 127 s'applique si le Parlement ou une législature a établi le fondement légal du pouvoir du tribunal de rendre des ordonnances pour outrage, a défini les circonstances dans lesquelles une personne sera reconnue coupable d'outrage et a prévu une peine ou un mode de procédure particulier. L'arrêt *R. c. Clement* enseigne que ni le degré de précision de la peine, ni le caractère exhaustif de la procédure ne permettent de déterminer si une loi satisfait aux conditions nécessaires pour exclure l'application de l'art. 127 du *Code criminel*. La décision sur ce point doit plutôt reposer sur la conclusion que le Parlement ou la législature avait l'intention de restreindre l'application de l'art. 127 en adoptant une autre solution législative expresse aux actes qui constituent un outrage au tribunal. Le fait que des règles de procédure prévoient une peine ou un mode de procédure est également insuffisant pour entraîner l'application de l'exception si le tribunal rend l'ordonnance dans l'exercice du pouvoir inhérent qu'il tient de la common law. Les Règles ontariennes ne définissent pas l'outrage et ne précisent pas les circonstances dans lesquelles une personne sera déclarée coupable d'outrage. Le juge doit donc s'appuyer sur le « substrat de common law » pour rendre une ordonnance pour outrage en application de la règle 60.11. En outre, les Règles ontariennes n'établissent pas non plus le fondement légal d'une procédure pour outrage, mais circonscrivent seulement le pouvoir du juge de prononcer des ordonnances quand il déclare quelqu'un coupable d'outrage. Il faut aussi avoir recours à la common law pour déterminer la peine à infliger au délinquant. Les règles 60.11 et 60.12 exposent de façon très détaillée la procédure à suivre sur présentation d'une motion visant à obtenir une ordonnance pour outrage, mais, compte tenu du raisonnement adopté par la Cour dans *Clement*, la procédure à elle seule est insuffisante pour entraîner l'application de l'exception prévue à l'art. 127.

Le juge Fish (dissident) : La règle 60.11(1), qui est autorisée par une loi, constitue le fondement législatif de l'exécution forcée des ordonnances judiciaires. Elle établit de manière détaillée le cadre procédural régissant l'obtention, le prononcé et l'exécution forcée des ordonnances qu'elle prévoit expressément. Le pouvoir de rendre et d'exécuter une telle ordonnance découle de la promulgation de cette règle, et non des pouvoirs inhérents que les cours supérieures tiennent de la common law. Il en va de même pour les sanctions : elles sont expressément énoncées dans les règles pertinentes, et ni le pouvoir ni les sanctions ne dépendent des règles de common law régissant le refus d'obtempérer à une ordonnance judiciaire ou ne sont circonscrites par ces règles. De toute évidence, ce régime législatif n'est aucunement analogue aux règles qui étaient examinées

of proceeding that carries with it express judicial powers. The exception in s. 127 of the *Criminal Code* does not require more.

Cases Cited

By Deschamps J.

Applied: *R. v. Clement*, [1981] 2 S.C.R. 468; **referred to:** *Ontario (Attorney General) v. Dieleman* (1994), 20 O.R. (3d) 229; *R. v. Traves* (2000), 192 Sask. R. 128; *R. v. Dawson* (1995), 143 N.S.R. (2d) 1; *R. v. Thompson*, [1995] B.C.J. No. 2819 (QL); *R. v. Creamer*, 2001 ABPC 184, 297 A.R. 151; *R. v. MacLean*, 2002 NSSC 283, 210 N.S.R. (2d) 150; *R. v. Mulhall*, [2001] O.J. No. 5237 (QL); *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597; *R. v. Gaudreault* (1995), 105 C.C.C. (3d) 270.

By Fish J. (dissenting)

R. v. Clement, [1981] 2 S.C.R. 468.

Statutes and Regulations Cited

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 49.
Constitution Act, 1867, s. 96.
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 127, 545, 686.
Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 139.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 60.11, 60.12.

Authors Cited

Great Britain. Criminal Code Bill Commission. *Report of the Royal Commission Appointed to Consider the Law Relating to Indictable Offences: With an Appendix Containing a Draft Code embodying the Suggestions of the Commissioners*. London: The Commission, 1879.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Goudge, Feldman and Watt J.J.A.), 2010 ONCA 77, 100 O.R. (3d) 248, 258 O.A.C. 182, 251 C.C.C. (3d) 460, 73 C.R. (6th) 23, [2010] O.J. No. 342 (QL), 2010 CarswellOnt 476, affirming a decision of Frank J., 2009 CanLII 31598, [2009] O.J. No. 2559 (QL), 2009 CarswellOnt 3525, setting aside the quashing of an information by Moore J. Appeal dismissed, Fish J. dissenting.

Daniel C. Santoro and Nicolas M. Rouleau, for the appellant.

dans *Clement*. Les règles 60.11 et 60.12 ne font pas que reconnaître ou préserver la common law. Au contraire, elles vont au-delà des règles de common law et établissent un mode de procédure exprès, assorti de pouvoirs judiciaires explicites. L'exception énoncée à l'art. 127 du *Code criminel* n'exige rien de plus.

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêt appliqué : *R. c. Clement*, [1981] 2 R.C.S. 468; **arrêts mentionnés :** *Ontario (Attorney General) c. Dieleman* (1994), 20 O.R. (3d) 229; *R. c. Traves* (2000), 192 Sask. R. 128; *R. c. Dawson* (1995), 143 N.S.R. (2d) 1; *R. c. Thompson*, [1995] B.C.J. No. 2819 (QL); *R. c. Creamer*, 2001 ABPC 184, 297 A.R. 151; *R. c. MacLean*, 2002 NSSC 283, 210 N.S.R. (2d) 150; *R. c. Mulhall*, [2001] O.J. No. 5237 (QL); *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597; *R. c. Gaudreault* (1995), 105 C.C.C. (3d) 270.

Citée par le juge Fish (dissident)

R. c. Clement, [1981] 2 R.C.S. 468.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 127, 545, 686.
Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 139.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 49.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 60.11, 60.12.

Doctrine et autres documents cités

Grande-Bretagne. Criminal Code Bill Commission. *Report of the Royal Commission Appointed to Consider the Law Relating to Indictable Offences : With an Appendix Containing a Draft Code embodying the Suggestions of the Commissioners*. London : The Commission, 1879.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Goudge, Feldman et Watt), 2010 ONCA 77, 100 O.R. (3d) 248, 258 O.A.C. 182, 251 C.C.C. (3d) 460, 73 C.R. (6th) 23, [2010] O.J. No. 342 (QL), 2010 CarswellOnt 476, qui a confirmé une décision de la juge Frank, 2009 CanLII 31598, [2009] O.J. No. 2559 (QL), 2009 CarswellOnt 3525, écartant l'annulation par le juge Moore d'une dénonciation. Pourvoi rejeté, le juge Fish est dissident.

Daniel C. Santoro et Nicolas M. Rouleau, pour l'appelante.

Susan Magotiaux and Matthew Asma, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ. was delivered by

[1] DESCHAMPS J. — This appeal concerns the interpretation of s. 127 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”), in light of this Court’s decision in *R. v. Clement*, [1981] 2 S.C.R. 468. The question is whether the provisions of Ontario’s *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194 (“Ontario Rules”), governing motions for contempt orders, preclude the application of s. 127 of the *Cr. C.*, which makes it a criminal offence to disobey a court order. On appeal, the Ontario Superior Court of Justice and the Ontario Court of Appeal, relying on *Clement*, held that they do not. I agree. In my view, the exception in s. 127 is meant to apply where there is an express alternative statutory response to failures to obey court orders. I would dismiss the appeal.

[2] The appellant was charged in 2008 under s. 127(1) with disobeying a court order. The court order in question was an interlocutory injunction granted in 1994 by Adams J. that was still in force when the charge was laid (*sub nom. Ontario (Attorney General) v. Dieleman* (1994), 20 O.R. (3d) 229 (Gen. Div.)). It enjoined the appellant and others from displaying protest signs in the vicinity of specific abortion clinics. The appellant allegedly displayed a protest sign on October 8, 2008 within the prohibited distance from one of the clinics. The present proceedings result from a pre-trial motion brought by the appellant to quash the information on the ground that Ontario Rules 60.11 and 60.12 preclude the application of s. 127(1).

Susan Magotiaux et Matthew Asma, pour l’intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — Le pourvoi porte sur l’interprétation qu’il convient de donner à l’art. 127 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *C. cr.* »), à la lumière de l’arrêt de notre Cour *R. c. Clement*, [1981] 2 R.C.S. 468. Il s’agit de savoir si les dispositions des *Règles de procédure civile* de l’Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194 (les « Règles ontariennes »), qui régissent les motions visant à obtenir une ordonnance pour outrage, excluent l’application de l’art. 127 du *C. cr.*, lequel fait de la désobéissance à une ordonnance judiciaire une infraction criminelle. En appel, la Cour supérieure de justice et la Cour d’appel de l’Ontario, s’appuyant sur *Clement*, ont conclu que ce n’est pas le cas. Je partage leur opinion. À mon avis, l’exception prévue à l’art. 127 est conçue pour s’appliquer lorsqu’il existe un autre mécanisme exprès d’origine législative permettant d’intervenir en cas de refus d’obéir à une ordonnance judiciaire. En conséquence, je rejeterais le présent pourvoi.

[2] En 2008, l’appelante a été accusée en vertu du par. 127(1) d’avoir désobéi à une ordonnance judiciaire. L’ordonnance judiciaire en cause était une injonction interlocutoire, qui avait été accordée en 1994 par le juge Adams et qui était toujours en vigueur au moment où l’accusation a été portée (*sub nom. Ontario (Attorney General) c. Dieleman* (1994), 20 O.R. (3d) 229 (Div. gén.)). L’injonction interdisait à l’appelante et à d’autres personnes d’exhiber des pancartes de protestation à proximité de certaines cliniques d’avortement. Le 8 octobre 2008, l’appelante aurait exhibé une telle pancarte à l’intérieur du périmètre prohibé entourant l’une des cliniques. La présente instance découle d’une motion préliminaire présentée par l’appelante pour faire annuler la dénonciation, au motif que les art. 60.11 et 60.12 des Règles ontariennes excluent l’application du par. 127(1).

[3] Section 127 of the *Cr. C.* reads as follows:

127. (1) Every one who, without lawful excuse, disobeys a lawful order made by a court of justice or by a person or body of persons authorized by any Act to make or give the order, other than an order for the payment of money, is, unless a punishment or other mode of proceeding is expressly provided by law, guilty of

- (a) an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or
- (b) an offence punishable on summary conviction.

[4] The offence established in s. 127(1) came into being as an indictable offence in s. 139 of the *Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, which was based on s. 115 of the English Draft Code (Appendix to the *Report of the Royal Commission Appointed to Consider the Law Relating to Indictable Offences* (1879), at p. 88). In the Draft Code, the “penalty or other mode of proceeding” had not only to be “expressly provided by law”, but also to be “intended to be exclusive of all other punishment for such disobedience”:

Every one shall be guilty of an indictable offence, and shall be liable upon conviction thereof to one year’s imprisonment, who without lawful excuse disobeys any lawful order made by any court of justice or by any person or body of persons authorised by any statute to make or give such order, unless some penalty or other mode of proceeding is expressly provided by law and is intended to be exclusive of all other punishment for such disobedience. [Emphasis added; p. 88.]

It is instructive that the exception in the Canadian provision is worded more broadly than its English predecessor. However, in amending this provision over time, Parliament has consistently required that the punishment or other mode of proceeding be “expressly provided by law”, thereby ensuring that the provision would have an important role.

[5] In *Clement*, this Court held that the term “lawful order” in s. 127 (then s. 116) refers to a court order that is either “criminal or civil in nature”

[3] L’article 127 du *C. cr.* prévoit ce qui suit :

127. (1) Quiconque, sans excuse légitime, désobéit à une ordonnance légale donnée par un tribunal judiciaire ou par une personne ou un corps de personnes autorisé par une loi à donner ou décerner l’ordonnance, autre qu’une ordonnance visant le paiement d’argent, est, à moins que la loi ne prévoit expressément une peine ou un autre mode de procédure, coupable :

- a) soit d’un acte criminel passible d’un emprisonnement maximal de deux ans;
- b) soit d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

[4] L’infraction visée au par. 127(1) a été intégrée sous la forme d’un acte criminel à l’art. 139 du *Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29, disposition qui s’inspirait de l’art. 115 du *English Draft Code* (Annexe du *Report of the Royal Commission Appointed to Consider the Law Relating to Indictable Offences* (1879), p. 88). Dans ce projet de loi anglais, la [TRADUCTION] « peine ou autre mode de procédure » devait non seulement être « expressément prévu par la loi », mais aussi « exclu[re] tout autre châtement pour une telle désobéissance » :

[TRADUCTION] Est coupable d’un acte criminel et passible, sur déclaration de culpabilité pour cet acte, d’un emprisonnement d’un an quiconque, sans excuse légitime, désobéit à une ordonnance légale donnée par un tribunal judiciaire ou par une personne ou un corps de personnes autorisé par une loi à donner ou décerner l’ordonnance, à moins que quelque peine ou autre mode de procédure ne soit expressément prévu par la loi et n’exclue tout autre châtement pour une telle désobéissance. [Je souligne; p. 88.]

Il est révélateur que l’exception établie dans la disposition canadienne soit formulée en termes plus généraux que le texte britannique dont elle s’inspire. Par contre, en modifiant cette disposition au fil du temps, le Parlement a toujours exigé que la loi prévoit « expressément » la peine ou un autre mode de procédure, veillant ainsi à ce que cette disposition joue un rôle important.

[5] Dans *Clement*, la Cour a statué que le terme « ordonnance légale » figurant à l’art. 127 (alors l’art. 116) vise l’ordonnance d’un tribunal « de

(p. 472). It also held that the “law” referred to in that section is statute law. The Court was of the view that the inherent power of a court to conduct its business and punish for contempt cannot be said to be “expressly provided” within the meaning of s. 127: “Something ‘inherent’, almost by its nature, is not ‘express’ (p. 476). The Court held that the provisions of the *Rules of the Court of Queen’s Bench of Manitoba* (“Manitoba Rules”) were insufficient to preclude the application of s. 127, because they did not provide the legal foundation for a proceeding for contempt of court. Instead, the common law continued to provide such a foundation. The Court added that, “[w]ithout that common law substratum, these rules alone cannot be a fulfilment of the exceptional requirement of s. [127(1)] that there be ‘some penalty or punishment or other mode of proceeding . . . expressly provided by law’” (p. 475).

[6] In *Clement*, the Court rejected the argument that, if the inherent power of superior courts to punish for contempt was not sufficient to trigger the exception, there would be no limitation on the availability of s. 127 for the enforcement of compliance with court orders. It noted that there are instances in which punishment or other modes of proceeding are expressly provided by law, such as in s. 545 (then s. 472) of the *Cr. C.* (p. 479).

[7] *Clement* has been interpreted in different ways by lower courts. In some cases, specific punishments and modes of proceeding, applicable to specific situations, have been held to fall within the exception in s. 127 (*R. v. Traves* (2000), 192 Sask. R. 128 (Prov. Ct.), at para. 14; *R. v. Dawson* (1995), 143 N.S.R. (2d) 1 (C.A.), at para. 27). Other courts have considered whether the particular procedure for obtaining a contempt order was comprehensive (*R. v. Thompson*, [1995] B.C.J. No. 2819 (QL) (Prov. Ct. (Crim. Div.)), at paras. 38-40; *R. v. Creamer*, 2001 ABPC 184, 297 A.R. 151, at paras. 22 and 24; *R. v. MacLean*, 2002 NSSC 283, 210 N.S.R. (2d) 150, at para. 30; *R. v. Mulhall*, [2001] O.J. No. 5237 (QL) (Ct. J.), at paras. 10-11).

nature criminelle ou civile » (p. 472). Elle a également conclu que le mot « loi » mentionné dans cette disposition s’entend d’un texte législatif. Selon la Cour, on ne saurait appliquer l’expression « prévoit expressément », au sens de l’art. 127, au pouvoir inhérent du tribunal d’exercer ses activités et de réprimer l’outrage : « Ce qui est “inhérent”, presque par sa nature, n’est pas “express” » (p. 476). La Cour a jugé que les dispositions des *Règles de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba* (les « Règles manitobaines ») étaient insuffisantes pour exclure l’application de l’art. 127, parce qu’elles n’établissaient pas le fondement juridique d’une procédure pour outrage au tribunal; ce fondement continuait plutôt de se trouver dans la common law. Elle a ajouté : « Sans ce substrat de *common law*, ces règles ne sauraient à elles seules satisfaire à l’exception du par. [127(1)] exigeant que “la loi [. . .] prévoit expressément quelque peine ou châtement ou autre mode de procédure . . .” » (p. 475).

[6] Dans *Clement*, la Cour a rejeté l’argument selon lequel il n’y aurait aucune limite à la possibilité de recourir à l’art. 127 pour assurer le respect des ordonnances judiciaires si le pouvoir inhérent des cours supérieures de réprimer l’outrage ne suffisait pas pour que l’exception trouve application. La Cour a souligné qu’il existe des cas où la loi prévoit expressément une peine ou d’autres modes de procédure, par l’exemple l’art. 545 (alors l’art. 472) du *C. cr.* (p. 479).

[7] L’arrêt *Clement* a été interprété de différentes façons par les tribunaux inférieurs. Certains ont considéré que des peines et modes de procédure précis, applicables dans des situations particulières, étaient visés par l’exception contenue à l’art. 127 (*R. c. Traves* (2000), 192 Sask. R. 128 (C. prov.), par. 14; *R. c. Dawson* (1995), 143 N.S.R. (2d) 1 (C.A.), par. 27). D’autres se sont intéressés à l’exhaustivité de la procédure particulière à suivre pour obtenir une ordonnance pour outrage (*R. c. Thompson*, [1995] B.C.J. No. 2819 (QL) (C. prov. (Div. crim.)), par. 38-40; *R. c. Creamer*, 2001 ABPC 184, 297 A.R. 151, par. 22 et 24; *R. c. MacLean*, 2002 NSSC 283, 210 N.S.R. (2d) 150, par. 30; *R. c. Mulhall*, [2001] O.J. No. 5237 (QL) (C.J.), par. 10 et 11).

[8] On the basis of *Clement*, however, neither the specificity of the punishment nor the comprehensiveness of the procedure is determinative of whether a law satisfies the conditions for ousting the application of s. 127 of the *Cr. C.* Rather, the determination must be based on a conclusion that Parliament or the legislature intended to limit the application of s. 127 by creating an express alternative statutory response to acts amounting to contempt of court. The exception in s. 127 will be triggered where Parliament or a legislature has provided a legal foundation for the court's power to issue contempt orders, defined the circumstances in which a person will be found in contempt, and provided a specific punishment or mode of proceeding. Section 545 (then s. 472) of the *Cr. C.*, to which this Court referred in *Clement*, is one example of such a provision.

[9] The fact that rules of court provide for punishment or a mode of proceeding is not sufficient to trigger the exception if the order is issued pursuant to the court's inherent common law power. With respect for the opinion of my colleague Fish J., this case cannot be distinguished from *Clement* on the ground that the Ontario Rules provide a more detailed procedural framework than the Manitoba Rules did and are, in his view, "expressly provided by law" within the meaning ascribed to s. 127 in that case. I agree with the Court of Appeal (2010 ONCA 77, 100 O.R. (3d) 248) in the case at bar that, while the Ontario Rules provide a much more detailed procedure than did the rules at issue in *Clement*, the former are as dependent on the common law for their legal foundation as the latter were (para. 41). The adoption of rules of procedure governing the exercise of a superior court's inherent jurisdiction will not preclude the application of s. 127 unless Parliament or a legislature has explicitly authorized the court to sanction failures to obey the court order.

[8] L'arrêt *Clement* nous enseigne cependant que ni le degré de précision de la peine, ni le caractère exhaustif de la procédure ne permettent de déterminer si une loi satisfait aux conditions nécessaires pour exclure l'application de l'art. 127 du *C. cr.* La décision sur ce point doit plutôt reposer sur la conclusion que le Parlement ou la législature avait l'intention de restreindre l'application de l'art. 127 en adoptant une autre solution législative expresse aux actes qui constituent un outrage au tribunal. L'exception prévue à l'art. 127 s'applique si le Parlement ou une législature a établi le fondement légal du pouvoir du tribunal de rendre des ordonnances pour outrage, a défini les circonstances dans lesquelles une personne sera reconnue coupable d'outrage et a prévu une peine ou un mode de procédure particulier. L'article 545 (alors l'art. 472) du *C. cr.*, auquel notre Cour a fait référence dans *Clement*, constitue un exemple d'une telle disposition.

[9] Le fait que des règles de procédure prévoient une peine ou un mode de procédure est insuffisant pour entraîner l'application de l'exception si le tribunal rend l'ordonnance dans l'exercice du pouvoir inhérent qu'il tient de la common law. Avec égard pour l'opinion exprimée par mon collègue le juge Fish, il n'est pas possible de distinguer la présente affaire de l'affaire *Clement* aux motifs que les Règles ontariennes créent un cadre procédural plus détaillé que celui fixé par les Règles manitobaines, et que ce cadre constitue un mode de procédure que la « loi [. . .] prévoi[t] expressément », suivant le sens attribué à cette expression dans cet arrêt. À l'instar de la Cour d'appel en l'espèce (2010 ONCA 77, 100 O.R. (3d) 248), je suis d'avis que, bien que les Règles ontariennes établissent une procédure beaucoup plus détaillée que celle fixée par les règles en cause dans *Clement*, les premières sont tout autant tributaires de la common law pour leur fondement juridique que ne l'étaient les secondes (par. 41). L'adoption de règles de procédure régissant l'exercice de la compétence inhérente d'une cour supérieure n'exclura pas l'application de l'art. 127 à moins que le Parlement ou une législature n'autorise explicitement le tribunal à punir la désobéissance à l'ordonnance judiciaire.

[10] The appellant asks this Court to reconsider the requirement from *Clement* of an express legal foundation for contempt proceedings in a superior court. She contends that s. 96 of the *Constitution Act, 1867* already provides for such a legal foundation and that “[t]o require a provision to provide the legal foundation for the authority of a superior court to take contempt proceedings is an impossibility”. This argument cannot be accepted. The inherent powers of a superior court to conduct its business and punish for contempt are founded on its power to act as a court of general jurisdiction. The constitutional provision that enables superior courts to so act does not expressly confer on them a power to address the public wrong of disobeying a court order.

[11] Parliament and the legislatures may provide an express alternative response to the failure to obey a court order even where the court’s power to take contempt proceedings originates in the common law. An analogous issue was considered in *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597, in which this Court noted that, while the power of an appellate court to enter a stay of proceedings derives from the inherent jurisdiction of a superior court, s. 686 of the *Cr. C.* gives the power “statutory form”. When a court of appeal stays proceedings for abuse of process, the source of its authority is thus statutory (para. 23). Likewise, as the Quebec Court of Appeal found in *R. v. Gaudreault* (1995), 105 C.C.C. (3d) 270, at p. 276, the Quebec legislature has, in art. 49 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, anchored the Superior Court’s power to issue contempt orders in statute. By further defining when a person will be found in contempt and providing for a specific punishment (arts. 50-51), it has enacted an express statutory response to the failure to obey a court order, thereby rendering s. 127 inoperative.

[10] L’appelante demande à notre Cour de réexaminer l’exigence, énoncée dans *Clement*, que la procédure engagée pour outrage devant une cour supérieure repose sur un fondement légal exprès. Elle soutient que l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* constitue déjà un tel fondement légal et qu’[TRADUCTION] « [i]l est impossible d’exiger qu’une disposition constitue le fondement légal du pouvoir d’une cour supérieure d’engager une procédure pour outrage ». Cet argument ne peut être retenu. Les pouvoirs inhérents d’une cour supérieure d’exercer ses activités et de réprimer l’outrage reposent sur son pouvoir d’agir comme un tribunal de droit commun. La disposition constitutionnelle permettant aux cours supérieures d’agir à ce titre ne leur confère pas expressément le pouvoir de remédier à la transgression de l’ordre public que constitue le fait de désobéir à une ordonnance judiciaire.

[11] Le Parlement et les législatures peuvent prévoir expressément une autre solution permettant d’intervenir en cas de défaut d’obéir à une ordonnance judiciaire, même lorsque le pouvoir du tribunal d’engager une procédure pour outrage émane de la common law. La Cour a examiné une question analogue dans *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597, où elle a souligné que, bien que le pouvoir d’une cour d’appel d’ordonner un arrêt des procédures découle du pouvoir inhérent d’une cour supérieure, l’art. 686 du *C. cr.* donne à ce pouvoir une « forme législative ». Lorsqu’une cour d’appel prononce l’arrêt des procédures à la suite d’un abus de procédure, son pouvoir prend donc sa source dans un texte législatif (par. 23). De même, comme a jugé la Cour d’appel du Québec dans *R. c. Gaudreault* (1995), 105 C.C.C. (3d) 270, p. 276, la législature du Québec a ancré le pouvoir de la Cour supérieure de rendre des ordonnances pour outrage dans un texte législatif, soit l’art. 49 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25. En précisant les circonstances dans lesquelles une personne sera reconnue coupable d’outrage et en prévoyant une peine précise pour cette infraction (art. 50 et 51), elle a adopté une solution législative expresse au défaut d’obéir à une ordonnance judiciaire, rendant ainsi l’art. 127 inopérant.

[12] The appellant invokes policy reasons to justify the proposition that s. 127 should apply only when there is “no other means of enforcement”. In her view, the court that issued the original order is in the best position to determine whether the order has been disobeyed. While I agree that this is a valid policy consideration, it cannot prevent the Crown from relying on s. 127 where the conditions that would trigger the exception are not met.

[13] The appellant also suggests that provincial governments may be encouraged to relinquish their responsibility to administer provincial schemes. In response to this argument, I note that no evidence was adduced to demonstrate an overuse of s. 127 to sanction contempt of court. Another point that bears mentioning is that, in the Court of Appeal, the appellant sought leave to argue that the prosecution should be stayed as an abuse of process. The Court of Appeal denied this leave and the appellant did not seek leave to argue the issue in this Court.

Application

[14] The Ontario Rules do not define contempt or specify the circumstances in which a person will be found in contempt. A judge must thus rely on the “common law substratum” in issuing an order for contempt under Rule 60.11. Nor do the Ontario Rules establish the legal foundation for a contempt proceeding. They simply circumscribe, in the same way as the Manitoba Rules in *Clement*, the judge’s power to make orders on finding a person in contempt.

[15] The common law must also be relied on in deciding on the offender’s punishment. Rule 60.11(5) lays down no maximum terms of imprisonment, fines or costs, and it leaves the judge with a great deal of discretion. Rules 60.11 and 60.12

[12] L’appelante invoque des considérations de politique générale pour justifier l’argument que l’art. 127 ne devrait s’appliquer qu’en [TRADUCTION] « l’absence d’autres moyens d’assurer le respect d’une ordonnance ». Selon elle, le tribunal qui a rendu l’ordonnance initiale est le mieux placé pour décider si on y a désobéi. Bien que je reconnaisse qu’il s’agisse d’une considération valable, elle ne saurait empêcher le ministère public de recourir à l’art. 127 dans les cas où les conditions qui entraîneraient l’application de l’exception ne sont pas réunies.

[13] L’appelante avance en outre que cette interprétation pourrait inciter les gouvernements provinciaux à se décharger de leur responsabilité d’administrer les régimes provinciaux. En réponse à cet argument, je remarque que l’on n’a produit aucune preuve tendant à établir un recours trop fréquent à l’art. 127 pour punir l’outrage au tribunal. Il convient également de mentionner que, devant la Cour d’appel, l’appelante a demandé l’autorisation de plaider que la poursuite devrait être suspendue parce qu’elle constitue un abus de procédure. La Cour d’appel a rejeté cette demande et l’appelante n’a pas tenté d’obtenir l’autorisation de plaider ce moyen devant la Cour.

Application

[14] Les Règles ontariennes ne définissent pas l’outrage et ne précisent pas les circonstances dans lesquelles une personne sera déclarée coupable d’outrage. Le juge doit donc s’appuyer sur le « substrat de common law » pour rendre une ordonnance pour outrage en application de la règle 60.11. Les Règles ontariennes n’établissent pas non plus le fondement légal d’une procédure pour outrage. Elles circonscrivent seulement, tout comme les Règles manitobaines en cause dans *Clement*, le pouvoir du juge de prononcer des ordonnances quand il déclare quelqu’un coupable d’outrage.

[15] Il faut aussi avoir recours à la common law pour déterminer la peine à infliger au délinquant. La règle 60.11(5) n’établit aucune limite quant aux peines d’emprisonnement, aux amendes ou aux dépens, et elle laisse une très grande latitude au juge.

set out in considerable detail the procedure to be followed on a motion for a contempt order, but in light of the Court's reasoning in *Clement*, procedure alone is insufficient to trigger the exception in s. 127.

[16] For these reasons, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

[17] Nearly 18 years ago, a judge of the Ontario Court (General Division) granted an interlocutory injunction ordering the appellant, Linda Dale Gibbons, not to display signs within 60 feet of certain abortion clinics. Ms. Gibbons is alleged to have disobeyed that order some 14 years later, in 2008. For that, she stands charged with disobeying a court order contrary to s. 127 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which does not apply where “a punishment or other mode of proceeding is expressly provided by law”.

[18] It is undisputed that the Ontario *Rules of Civil Procedure* (the “Rules”), are “law” within the meaning of s. 127 of the *Code*. Accordingly, the sole issue on this appeal is whether they expressly provide “a punishment or other mode of proceeding” for disobedience of the court order that concerns us here.

[19] I am satisfied that they expressly provide both.

[20] As we shall see, Rules 60.11 and 60.12 provide in the plainest of terms for an “order to enforce an order requiring a person to do an act . . . or to abstain from doing an act”. They set out the

Les règles 60.11 et 60.12 exposent de façon très détaillée la procédure à suivre sur présentation d’une motion visant à obtenir une ordonnance pour outrage, mais, compte tenu du raisonnement adopté par la Cour dans *Clement*, la procédure à elle seule est insuffisante pour entraîner l’application de l’exception prévue à l’art. 127.

[16] Pour ces motifs, je rejeterais le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH (dissent) —

I

[17] Il y a près de 18 ans, un juge de la Cour de l’Ontario (Division générale) a accordé une injonction interlocutoire interdisant à l’appelante, Linda Dale Gibbons, d’exhiber des pancartes à moins de 60 pieds de certaines cliniques d’avortement. On reproche à M^{me} Gibbons d’avoir désobéi à cette ordonnance quelque 14 années plus tard, en 2008. Pour cette raison, elle est accusée d’avoir désobéi à une ordonnance judiciaire, en violation de l’art. 127 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, disposition qui ne s’applique pas lorsque « la loi [. . .] prévoit expressément une peine ou un autre mode de procédure ».

[18] Nul ne conteste que les *Règles de procédure civile* de l’Ontario (les « Règles ontariennes ») sont visées par le mot « loi » tel qu’il s’entend à l’art. 127 du *Code criminel*. Par conséquent, la seule question à trancher dans le présent pourvoi consiste à décider si les *Règles* ontariennes prévoient expressément « une peine ou un autre mode de procédure » à l’égard de la désobéissance à l’ordonnance judiciaire qui nous intéresse en l’espèce.

[19] Je suis convaincu que les *Règles* ontariennes prévoient expressément à la fois une peine et un mode de procédure.

[20] Comme nous le verrons, les règles 60.11 et 60.12 permettent en termes on ne peut plus clairs de rendre une « ordonnance [. . .] qui vise à obtenir l’exécution forcée d’une ordonnance enjoignant

governing procedural requirements in detail. And they set out the sanctions for non-compliance — which include imprisonment, a fine, and the payment of costs.

[21] The common law origin or nomenclature of the disobedience order validly authorized by Rules 60.11 and 60.12 does not denude them of their true character as a “mode of proceeding . . . expressly provided by law”. As Estey J. explained in *R. v. Clement*, [1981] 2 S.C.R. 468, at p. 477:

... courts may adopt rules or procedures, but this is done . . . in all the provinces of our country, by exercising the sub-legislative power of enactment of rules granted by the provincial legislature, or by a court adopting rules in criminal procedure pursuant to the authority granted in s. 438 [now s. 482] of the *Criminal Code*, *supra*. In all such cases, the rules so adopted are legislative in nature and not a product generated within the common law. [Emphasis added.]

[22] There is no suggestion that Ms. Gibbons is not subject to an enforcement order or to the sanctions for non-compliance expressly provided by these rules.

[23] And there is no suggestion — nor can there be — that Ms. Gibbons is subject to prosecution under s. 127 of the *Criminal Code* for disobeying the court order made against her in 1994 if, as I believe, “a punishment or other mode of proceeding is expressly provided by [Rules 60.11 and 60.12]”.

[24] Accordingly, with respect for those who are of a different view, I would allow the appeal and quash the information laid against Ms. Gibbons pursuant to s. 127 of the *Criminal Code*.

II

[25] Crown counsel submits that the outcome of this appeal is settled by *R. v. Clement*, but, in my respectful view, *Clement* is distinguishable.

à une personne de faire quelque chose [. . .] ou de s’abstenir de faire quelque chose ». Elles exposent en détail les exigences procédurales applicables, en plus de préciser les sanctions infligeables en cas de manquement à une ordonnance — notamment une période d’incarcération, le paiement d’une amende ou la condamnation à des dépens.

[21] Le fait que l’ordonnance pour désobéissance validement autorisée par les règles 60.11 et 60.12 tire son origine ou son nom de la common law n’a pas pour effet de dépouiller ces règles de leur nature véritable, à savoir un « mode de procédure » « que la loi prévoi[t] expressément ». Comme l’a expliqué le juge Estey dans *R. c. Clement*, [1981] 2 R.C.S. 468, p. 477 :

... les cours peuvent adopter des règles ou des procédures, mais cela se fait [. . .] dans toutes les provinces de ce pays, par l’exercice du pouvoir quasi législatif d’adopter des règles accordé par la législature provinciale, ou du pouvoir que leur accorde l’art. 438 [maintenant l’art. 482] du *Code criminel*, précité, d’adopter des règles en matière de procédure criminelle. Dans tous ces cas, les règles ainsi adoptées sont de nature législative et non pas des créations de la common law. [Je souligne.]

[22] Personne ne prétend que M^{me} Gibbons ne peut faire l’objet d’une ordonnance d’exécution ou des sanctions expressément prévues par ces règles en cas de refus d’obtempérer.

[23] En outre, personne ne prétend — ni ne saurait prétendre — que M^{me} Gibbons est susceptible de poursuites fondées sur l’art. 127 du *Code criminel* pour avoir désobéi à l’ordonnance judiciaire rendue contre elle en 1994 si, comme je le crois, « [les règles 60.11 et 60.12] prévoi[ent] expressément une peine ou un autre mode de procédure ».

[24] Par conséquent, avec égards pour ceux qui sont d’avis contraire, j’accueillerais le pourvoi et j’annulerais la dénonciation déposée contre M^{me} Gibbons en application de l’art. 127 du *Code criminel*.

II

[25] Le ministère public soutient que l’issue du présent pourvoi est dictée par l’arrêt *R. c. Clement*. Selon moi, *Clement* se distingue de la présente affaire.

[26] *Clement* was concerned with the old *Rules of the Court of Queen's Bench* of Manitoba (“Manitoba Rules”), which merely reaffirmed the inherent power of the superior court to enforce its own process. Unlike the rules that concern us here, they did not expressly create another mode of proceeding to address disobeyed court orders. For that, one looked to the common law.

[27] The relevant rules in this case do not share the same limitations. I agree in this regard with Watt J.A., speaking for the Court of Appeal. As Justice Watt explained:

Rules 60.11 and 60.12 are much more detailed, specific and comprehensive provisions for litigants who seek a contempt order than those portions of the *Rules of the Court of Queen's Bench* of Manitoba under consideration in *Clement*. [para. 41]

[28] The mode of proceeding in Rules 60.11 and 60.12 is *express* — an originating motion, complete with notice requirements, affidavit support, prescribed forms, and powers of the court in disposing of such motions — and, I repeat, it is *expressly provided by law* — more particularly, by the *Rules of Civil Procedure*, promulgated under the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43.

[29] I do not read *Clement* or s. 127 of the *Criminal Code* as requiring anything more.

[30] Justice Deschamps, like Justice Watt in the Court of Appeal, finds that the *Rules* “do [not] establish the legal foundation for . . . contempt” and that a judge must rely on the “common law substratum” when issuing a contempt order (para. 14). According to my colleague, Rules 60.11 and 60.12 merely circumscribe the judge’s inherent power to

[26] L’arrêt *Clement* portait sur les anciennes *Règles de la Cour du Banc de la Reine* du Manitoba (les « *Règles manitobaines* »), lesquelles réaffirmaient simplement le pouvoir inhérent de la cour supérieure concernée de faire respecter ses propres procédures. Contrairement aux règles qui nous intéressent en l’espèce, les *Règles manitobaines* n’avaient pas créé expressément un autre mode de procédure permettant d’intervenir en cas de désobéissance à une ordonnance judiciaire. L’on se tournait plutôt vers la common law dans de tels cas.

[27] Les règles pertinentes dans le présent pourvoi ne sont pas assorties des mêmes limites que les *Règles manitobaines*. À cet égard, je souscris aux explications suivantes, qu’a données le juge Watt au nom de la Cour d’appel :

[TRANSLATION] Les règles 60.11 et 60.12 constituent des dispositions beaucoup plus détaillées, précises et exhaustives — auxquelles peuvent recourir les parties désirant obtenir une ordonnance pour outrage — que celles des *Règles de la Cour du Banc de la Reine* du Manitoba analysées dans *Clement*. [par. 41]

[28] Le mode de procédure prévu aux règles 60.11 et 60.12 y est décrit de manière *expresse* — présentation d’une motion introductive d’instance, obligations à respecter en matière d’avis, affidavit devant être déposé à l’appui de la motion, formules prescrites et pouvoirs du tribunal statuant sur de telles motions. Il s’agit donc, je le répète, d’un mode de procédure *expressément prévu par la loi*, plus particulièrement par les *Règles de procédure civile*, qui ont été promulguées en vertu de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43.

[29] Selon moi, l’arrêt *Clement* et l’art. 127 du *Code criminel* n’exigent rien de plus.

[30] À l’instar du juge Watt de la Cour d’appel, la juge Deschamps conclut que les *Règles* ontariennes « n’établissent pas [. . .] le fondement légal d’une procédure pour outrage » et que le juge doit s’appuyer sur le « substrat de common law » pour rendre une ordonnance pour outrage (par. 14). Selon ma collègue, les règles 60.11 et 60.12 ne font que

make orders pursuant to a finding of contempt, as the Manitoba *Rules* did in *Clement*.

[31] With respect, Rules 60.11 and 60.12 go further.

[32] Rule 60.11(1) expressly provides for an order “to enforce an order requiring a person to do an act, other than the payment of money, or to abstain from doing an act”. This rule, authorized by statute, provides a legislative foundation for the enforcement of court orders.

[33] It sets out in detail a complete procedural framework for the obtaining, the making and the enforcement of the orders it expressly contemplates. The power to make and enforce the order flows from the promulgation of the rule and not from the inherent common law powers of superior courts. The same is true of the sanctions: They are expressly set out in the relevant rules and neither is dependent on, nor circumscribed by, the common law relating to disobedience of court orders.

[34] That Rules 60.11 and 60.12 expressly provide by law a detailed, specific and comprehensive “mode of proceeding” with respect to the disobedience of a court order alleged against Ms. Gibbons is clear from the text of the provisions:

60.11 (1) A contempt order to enforce an order requiring a person to do an act, other than the payment of money, or to abstain from doing an act, may be obtained only on motion to a judge in the proceeding in which the order to be enforced was made.

(2) The notice of motion shall be served personally on the person against whom a contempt order is sought, and not by an alternative to personal service, unless the court orders otherwise.

circonscrire, comme le faisaient les *Règles* manito-baines en litige dans *Clement*, le pouvoir inhérent du juge de rendre des ordonnances quand il déclare une personne coupable d’outrage.

[31] Avec égards, les règles 60.11 et 60.12 vont plus loin.

[32] La règle 60.11(1) permet expressément au juge de rendre une ordonnance « qui vise à obtenir l’exécution forcée d’une ordonnance enjoignant à une personne de faire quelque chose, sauf de payer une somme d’argent, ou de s’abstenir de faire quelque chose ». Cette règle, autorisée par une loi, constitue le fondement législatif de l’exécution forcée des ordonnances judiciaires.

[33] La règle 60.11(1) établit de manière détaillée le cadre procédural régissant l’obtention, le prononcé et l’exécution forcée des ordonnances qu’elle prévoit expressément. Le pouvoir de rendre et d’exécuter une telle ordonnance découle de la promulgation de cette règle, et non des pouvoirs inhérents que les cours supérieures tiennent de la common law. Il en va de même pour les sanctions : elles sont expressément énoncées dans les règles pertinentes, et ni le pouvoir ni les sanctions ne dépendent des règles de common law régissant le refus d’obtempérer à une ordonnance judiciaire ou ne sont circonscrites par ces règles.

[34] Il ressort clairement du texte des règles 60.11 et 60.12 que celles-ci prévoient expressément, dans un texte de loi, un « mode de procédure » détaillé, précis et complet à l’égard du refus d’obéir à une ordonnance judiciaire qu’on reproche à M^{me} Gibbons :

60.11 (1) L’ordonnance pour outrage, qui vise à obtenir l’exécution forcée d’une ordonnance enjoignant à une personne de faire quelque chose, sauf de payer une somme d’argent, ou de s’abstenir de faire quelque chose, ne peut être rendue que sur motion présentée à un juge dans l’instance au cours de laquelle l’ordonnance a été rendue.

(2) Sauf ordonnance contraire du tribunal, l’avis de motion est signifié à la personne contre laquelle l’ordonnance pour outrage est demandée par voie de signification à personne uniquement.

(3) An affidavit in support of a motion for a contempt order may contain statements of the deponent's information and belief only with respect to facts that are not contentious, and the source of the information and the fact of the belief shall be specified in the affidavit.

(4) A judge may issue a warrant (Form 60K) for the arrest of the person against whom a contempt order is sought where the judge is of the opinion that the person's attendance at the hearing is necessary in the interest of justice and it appears that the person is not likely to attend voluntarily.

(5) In disposing of a motion under subrule (1), the judge may make such order as is just, and where a finding of contempt is made, the judge may order that the person in contempt,

- (a) be imprisoned for such period and on such terms as are just;
- (b) be imprisoned if the person fails to comply with a term of the order;
- (c) pay a fine;
- (d) do or refrain from doing an act;
- (e) pay such costs as are just; and
- (f) comply with any other order that the judge considers necessary,

and may grant leave to issue a writ of sequestration under rule 60.09 against the person's property.

(6) Where a corporation is in contempt, the judge may also make an order under subrule (5) against any officer or director of the corporation and may grant leave to issue a writ of sequestration under rule 60.09 against his or her property.

(7) An order under subrule (5) for imprisonment may be enforced by the issue of a warrant of committal (Form 60L).

(8) On motion, a judge may discharge, set aside, vary or give directions in respect of an order under subrule (5) or (6) and may grant such other relief and make such other order as is just.

(3) L'affidavit à l'appui d'une motion visant à obtenir une ordonnance pour outrage peut faire état des éléments que le déposant tient pour véridiques sur la foi de renseignements, s'il s'agit de faits qui ne sont pas contestés. La source de ces renseignements et le fait que le déposant les tient pour véridiques doivent être précisés dans l'affidavit.

(4) Le juge qui est d'avis que la présence à l'audience d'une personne contre laquelle une ordonnance pour outrage a été demandée est nécessaire dans l'intérêt de la justice et qui est d'avis que cette personne n'est pas disposée à s'y présenter de son plein gré peut décerner un mandat d'arrêt (formule 60K) contre elle.

(5) Dans sa décision sur la motion présentée en application du paragraphe (1), le juge peut rendre une ordonnance juste et, s'il conclut que la personne en cause est coupable d'outrage, il peut ordonner que la personne :

- a) soit incarcérée pour une période et à des conditions justes;
- b) soit incarcérée si elle ne se conforme pas à l'une des conditions de l'ordonnance;
- c) paie une amende;
- d) fasse ou s'abstienne de faire quelque chose;
- e) paie des dépens justes;
- f) se conforme à l'autre ordonnance que le juge estime nécessaire.

Il peut accorder l'autorisation de délivrer un bref de mise sous séquestre judiciaire des biens de cette personne en application de la règle 60.09.

(6) Si une personne morale est reconnue coupable d'outrage, le juge peut aussi rendre une ordonnance en application du paragraphe (5) contre un dirigeant ou un administrateur de la personne morale. Il peut accorder l'autorisation de délivrer un bref de mise sous séquestre judiciaire des biens de cette personne en application de la règle 60.09.

(7) L'exécution forcée de l'ordonnance d'incarcération rendue en application du paragraphe (5) peut s'obtenir par la délivrance d'un mandat de dépôt (formule 60L).

(8) Un juge peut, sur motion, modifier ou annuler une ordonnance rendue en application du paragraphe (5) ou (6), donner des directives qui s'y rapportent ou en donner mainlevée. Il peut accorder une autre mesure de redressement et rendre l'ordonnance qu'il estime juste.

(9) Where a person fails to comply with an order requiring the doing of an act, other than the payment of money, a judge on motion may, instead of or in addition to making a contempt order, order the act to be done, at the expense of the disobedient person, by the party enforcing the order or any other person appointed by the judge.

(10) The party enforcing the order and any person appointed by the judge are entitled to the costs of the motion under subrule (9) and the expenses incurred in doing the act ordered to be done, fixed by the judge or assessed by an assessment officer in accordance with Rule 58.

60.12 Where a party fails to comply with an interlocutory order, the court may, in addition to any other sanction provided by these rules,

- (a) stay the party's proceeding;
- (b) dismiss the party's proceeding or strike out the party's defence; or
- (c) make such other order as is just.

[35] Manifestly, this legislative scheme is not at all analogous to the rules considered in *Clement*. Rules 60.11 and 60.12 do not merely recognize or preserve the common law. On the contrary, they create an express mode of proceeding that carries with it express judicial powers. The exception in s. 127 of the *Criminal Code* does not require more.

[36] Unlike the old Manitoba *Rules*, the Ontario *Rules do* provide a mode of procedure, legislative in nature. And unlike the procedure under the old Manitoba *Rules*, the procedure under the *Rules of Civil Procedure* will not “vary from court to court, and . . . from circumstance to circumstance” (*Clement*, at p. 476). Rules 60.11 and 60.12 go beyond the common law: providing the parties and the court with an express procedural framework.

[37] It follows that Rules 60.11 and 60.12 expressly *provide by law another mode of proceeding*. As the phrase “punishment or other mode of proceeding . . . expressly provided by law” is disjunctive,

(9) Si une personne ne se conforme pas à une ordonnance lui enjoignant de faire quelque chose, sauf de payer une somme d'argent, le juge peut, sur motion, au lieu ou en plus de rendre une ordonnance pour outrage, ordonner que la chose à faire le soit aux frais de la personne en défaut, par la partie qui exécute l'ordonnance ou par une autre personne désignée par le juge.

(10) La partie qui exécute l'ordonnance ainsi que la personne désignée par le juge ont droit aux dépens de la motion présentée en application du paragraphe (9) et au remboursement des frais qu'elles ont engagés pour faire ce qu'il leur a été ordonné de faire, tels qu'ils ont été fixés par le juge ou liquidés par un liquidateur conformément à la Règle 58.

60.12 Si une partie ne se conforme pas à une ordonnance interlocutoire, le tribunal peut, en plus des autres sanctions prévues aux présentes règles :

- a) surseoir à l'instance introduite par la partie;
- b) rejeter l'instance introduite par la partie ou rader sa défense;
- c) rendre une ordonnance juste.

[35] De toute évidence, ce régime législatif n'est aucunement analogue aux règles qui étaient examinées dans *Clement*. Les règles 60.11 et 60.12 ne font pas que reconnaître ou préserver la common law. Au contraire, elles établissent un mode de procédure exprès, assorti de pouvoirs judiciaires explicites. L'exception énoncée à l'art. 127 du *Code criminel* n'exige rien de plus.

[36] Contrairement aux anciennes *Règles* manitobaines, les *Règles* ontariennes prévoient *effectivement* un mode de procédure de nature législative. De plus, contrairement à la procédure prévue par les anciennes *Règles* manitobaines, celle prescrite par les *Règles de procédure civile* ne « variera [pas] suivant la cour et [. . .] suivant les circonstances » (*Clement*, p. 476). Les règles 60.11 et 60.12 vont au-delà des règles de common law : elles fournissent aux parties et au tribunal un cadre procédural exprès.

[37] Il s'ensuit que les règles 60.11 et 60.12 *prévoient* expressément *dans un texte de loi un autre mode de procédure*. Vu le caractère disjonctif des mots « la loi [. . .] prévoit[t] expressément une peine

this conclusion is sufficient to preclude prosecution under s. 127 in this case.

[38] Finally, it is undisputed that the Attorney General of Ontario could have proceeded under Rules 60.11 and 60.12 to enforce the interlocutory order made against Ms. Gibbons in 1994. There is no doubt how these rules operate or what the court is empowered to do when they are engaged.

III

[39] For all of these reasons, as stated at the outset, I would allow the appeal and quash the information laid against Ms. Gibbons, leaving the Attorney General of Ontario free, if he thinks it appropriate, to apply to the Superior Court of Justice for a contempt order pursuant to Rule 60.11.

Appeal dismissed, FISH J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Daniel C. Santoro, Toronto.

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

ou un autre mode de procédure », cette conclusion suffit pour empêcher des poursuites fondées sur l'art. 127 dans la présente affaire.

[38] Enfin, nul ne conteste que le procureur général de l'Ontario aurait pu présenter une motion en vertu des règles 60.11 et 60.12 pour obtenir l'exécution forcée de l'injonction interlocutoire rendue contre M^{me} Gibbons en 1994. Le mode de fonctionnement de ces règles ne soulève aucune question, pas plus que les mesures que le tribunal est habilité à prendre lorsqu'elles sont invoquées.

III

[39] Pour tous ces motifs, comme je l'ai mentionné au début, j'accueillerais le pourvoi et j'annulerais la dénonciation déposée contre M^{me} Gibbons; laissant au procureur général de l'Ontario la liberté, s'il juge à propos de le faire, de demander à la Cour supérieure de justice de rendre une ordonnance pour outrage en application de la règle 60.11.

Pourvoi rejeté, le juge FISH est dissident.

Procureur de l'appelante : Daniel C. Santoro, Toronto.

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

Halifax Regional Municipality *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of
Canada, as represented by the Minister
of Public Works and Government
Services** *Respondent*

and

**City of Toronto, Federation of Canadian
Municipalities, Association of
Canadian Port Authorities and City of
Québec** *Interveners*

**INDEXED AS: HALIFAX (REGIONAL MUNICIPALITY)
v. CANADA (PUBLIC WORKS AND GOVERNMENT
SERVICES)**

2012 SCC 29

File No.: 33876.

2011: December 12; 2012: June 15.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps,
Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and
Karakatsanis JJ.

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

Crown law — Real property and immovables — Taxation — Payments in lieu of taxes — Minister's valuation of Halifax Citadel National Historic Site millions of dollars lower than value determined by local assessment authority — What is the scope of Minister's discretion to determine "property value" for purposes of making payments in lieu of taxes — What standard of judicial review applies to determination — Was Minister's determination of property value reasonable? — Payments in Lieu of Taxes Act, R.S.C. 1985, c. M-13, ss. 2(1), 4(1) — Assessment Act, R.S.N.S. 1989, c. 23, s. 42(1).

Under the *Payments in Lieu of Taxes Act* (the "Act"), the Minister of Public Works and Government Services

Halifax Regional Municipality *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef du
Canada, représentée par le ministre
des Travaux publics et des Services
gouvernementaux** *Intimée*

et

**Ville de Toronto, Fédération canadienne
des municipalités, Association des
administrations portuaires canadiennes et
Ville de Québec** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : HALIFAX (REGIONAL MUNICIPALITY)
c. CANADA (TRAVAUX PUBLICS ET SERVICES
GOUVERNEMENTAUX)**

2012 CSC 29

N° du greffe : 33876.

2011 : 12 décembre; 2012 : 15 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges
LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell,
Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit de la Couronne — Immeubles et biens réels — Taxation — Paiements versés en remplacement d'impôts — Attribution, par le ministre, au lieu historique national du Canada de la Citadelle-d'Halifax, d'une valeur inférieure de plusieurs millions de dollars à la valeur établie par l'autorité évaluatrice locale — Quelle est l'étendue du pouvoir discrétionnaire du ministre d'établir la « valeur effective » pour le besoin du versement des paiements en remplacement d'impôts? — Quelle norme de contrôle judiciaire s'applique à cette décision? — La décision du ministre quant à la valeur effective était-elle raisonnable? — Loi sur les paiements versés en remplacement d'impôts, L.R.C. 1985, ch. M-13, art. 2(1), 4(1) — Assessment Act, R.S.N.S. 1989, ch. 23, art. 42(1).

La *Loi sur les paiements versés en remplacement d'impôts* (la « Loi ») permet au ministre des Travaux

may make payments in lieu of taxes (“PILTs”) with respect to federally owned property, which is constitutionally exempt from provincial and municipal property taxation. The Minister made PILTs to Halifax with respect to the Halifax Citadel National Historic Site on the basis of a valuation of the site with which Halifax disagreed. Halifax and the Minister were able to agree on the value of the eligible improvements on the site, but not on the value of the structures called casemates and demi-casemates or of the land on the Citadel site. The matter was referred to a dispute advisory panel, which advised the Minister that the land beneath the casemates and demi-casemates should be valued at \$1,550,000 while the 42 acres of land beneath a grassy slope called the glacis should be valued at a nominal \$10. It also provided a valuation for the casemates and demi-casemates. The Minister accepted the Panel’s advice and made further PILTs in accordance with it. Halifax applied for judicial review in the Federal Court, saying the valuation of the land and of the casemates and demi-casemates was unreasonable and the court agreed. This decision was reversed with respect to the land by a majority of the Federal Court of Appeal. The present appeal relates only to the valuation of the land.

Held: The appeal should be allowed and the matter remitted to the Minister for redetermination.

The Minister’s role under the Act is not to review the assessment authority’s assessment; the Minister’s function with respect to the value of federal property is to reach an opinion about the value that would be attributed by an assessment authority if the property were taxable. This is done in the context of exercising the discretion to make a PILT that must not exceed the product of the effective rate of tax and the property value as per the Act. While the view of an assessment authority is an important reference point for the Minister, in reaching his or her opinion the Minister is entitled to make an independent determination of the value that would be attributed to the federal property by a local assessment authority.

The Minister’s opinion must be informed by the tax system that would apply to the federal property in issue if it were taxable. Provided that the Minister applies the correct legal test, his or her exercise of discretion is judicially reviewed for reasonableness.

publics et des Services gouvernementaux de verser des paiements en remplacement d’impôts (« PRI ») à l’égard des propriétés appartenant à la Couronne fédérale qui sont exemptes d’imposition provinciale et municipale par la Constitution. Le ministre a versé à Halifax des PRI en ce qui concerne le lieu historique national du Canada de la Citadelle-d’Halifax sur le fondement d’une évaluation du lieu à laquelle s’est opposée Halifax. Halifax et le ministre sont parvenus à s’entendre sur la valeur des améliorations admissibles sur le site, mais non sur celle des structures que l’on appelle casemates et demi-casemates ou sur celle du terrain occupé par la Citadelle. L’affaire a été renvoyée à un comité consultatif sur le règlement des différends, qui a fait savoir au ministre que le terrain occupé par les casemates et demi-casemates doit être évalué à 1 550 000 \$, tandis qu’il faut attribuer une valeur nominale de 10 \$ au terrain de 42 acres occupé par un talus gazonné appelé le glacis. Le comité consultatif a aussi attribué une valeur aux casemates et aux demi-casemates. Le ministre a retenu l’avis du comité consultatif et a versé d’autres PRI conformément à cet avis. Halifax a présenté en Cour fédérale une demande de contrôle judiciaire, affirmant que l’évaluation du terrain ainsi que des casemates et demi-casemates était déraisonnable, et la cour lui a donné raison. Les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale ont infirmé cette décision en ce qui concerne le terrain. Le pourvoi ne porte que sur l’évaluation du terrain.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l’affaire est renvoyée au ministre pour qu’il rende une nouvelle décision.

Le rôle du ministre selon la Loi n’est pas de revoir l’évaluation faite par l’autorité évaluatrice. Son rôle à l’égard de la valeur d’une propriété fédérale consiste plutôt à se former une opinion de la valeur qu’une autorité évaluatrice déterminerait à l’égard de la propriété en question si celle-ci était une propriété imposable. C’est ce qu’il fait dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire de verser un PRI dont le montant ne doit pas, selon la Loi, dépasser le produit du taux d’imposition effectif applicable à la propriété en cause par la valeur effective de celle-ci. Bien que le point de vue qu’adopterait une autorité évaluatrice constitue un facteur de référence important pour le ministre, ce dernier peut, pour se former une opinion, procéder à une détermination indépendante de la valeur qu’une autorité évaluatrice locale attribuerait à la propriété fédérale en cause.

Pour se faire une opinion, le ministre doit tenir compte du régime fiscal qui s’appliquerait si la propriété fédérale en cause était imposable. Dans la mesure où le ministre applique le bon critère juridique, la norme de contrôle judiciaire applicable à l’exercice de son pouvoir discrétionnaire est la décision raisonnable.

The Minister's decision in this case is unreasonable. It is unreasonable, first, because the manner in which the Minister formulated his opinion was inconsistent with his obligation to form an opinion about the value that would be established by an assessment authority. The Minister attributed nominal value to the land under the glaciis solely on the basis of the impossibility of developing it. Not only did the Minister not adopt the approach which the relevant assessment authority actually would apply to value the property, but he also had evidence before him, apparently not contradicted, that other Canadian assessment authorities would not attribute nominal value to land on the basis of use restrictions resulting from a national historic site designation. And there was no evidence that any assessment authority would do so. The Minister cannot base his valuation on a fictitious tax system that he himself has created, but that is exactly what happened in this case.

The Minister's opinion is also unreasonable on a second ground: in coming to his decision the Minister frustrated the purposes and policies of the Act. The Minister adopted a categorical approach to valuation under which federal property is valueless if its status as a national historic site prevents its development or commercial use. In doing so he defeated Parliament's purpose in including national historic sites within the PILT scheme. The Minister's approach had the effect of frustrating the very legislative scheme under which the power is conferred.

The Minister's position is also at odds with the broader policy of the Act, which is to treat municipalities fairly. It can hardly be thought either fair or equitable to conclude that 42 acres in the middle of a major metropolitan centre has no value for assessment purposes.

Cases Cited

Applied: *Montréal (City) v. Montreal Port Authority*, 2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427; **referred to:** *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Notre-Dame-de-l'Île-Perrot (Paroisse de) v. Société générale des industries culturelles*, [2000] R.J.Q. 345; *Québec (Communauté urbaine) v. Fondation Bagatelle*

En l'espèce, la décision du ministre est déraisonnable. Premièrement, elle est déraisonnable parce que le ministre a manqué à son obligation de se former une opinion de la valeur que déterminerait une autorité évaluatrice. Le ministre a attribué au terrain occupé par le glaciis une valeur nominale uniquement en raison de l'impossibilité de développer ce terrain. Non seulement le ministre n'a pas adopté la méthode qu'utiliserait en fait l'autorité évaluatrice compétente pour évaluer la propriété en question, mais il disposait aussi d'éléments de preuve, apparemment non contredits, selon lesquels d'autres autorités évaluatrices canadiennes n'auraient pas attribué au terrain une valeur nominale compte tenu des restrictions applicables à son utilisation du fait de sa désignation comme lieu historique national. De plus, rien dans la preuve n'indiquait qu'une quelconque autorité évaluatrice aurait évalué la propriété de cette façon. Le ministre ne peut baser son évaluation sur un système fiscal fictif qu'il a créé lui-même. C'est toutefois exactement ce qui s'est passé en l'espèce.

L'opinion du ministre est également déraisonnable pour un deuxième motif : le ministre a contrevenu aux objectifs de la Loi et aux politiques qui la sous-tendent en arrivant à sa décision. Le ministre a adopté en matière d'évaluation un point de vue catégorique selon lequel une propriété fédérale est sans valeur si son statut de lieu historique national fait obstacle à son aménagement ou à son utilisation à des fins commerciales. Ainsi, le ministre est allé à l'encontre de l'intention du législateur d'inclure les lieux historiques nationaux dans le régime des PRI. La méthode retenue par le ministre a eu pour effet de contrecarrer l'économie même de la loi qui confère le pouvoir.

La position du ministre va également à l'encontre de la politique générale de la Loi suivant laquelle les municipalités doivent être traitées équitablement. La conclusion qu'un terrain de 42 acres situé en plein cœur d'un grand centre métropolitain n'a aucune valeur aux fins de taxation peut difficilement être considérée juste ou équitable.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*, 2010 CSC 14, [2010] 1 R.C.S. 427; **arrêts mentionnés :** *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Notre-Dame-de-l'Île-Perrot (Paroisse de) c. Société générale des industries culturelles*, [2000] R.J.Q. 345; *Québec*

Inc., 2001 CanLII 15060, leave to appeal refused, [2002] 2 S.C.R. xii; *Gander International Airport Authority Inc. v. Gander (Town)*, 2011 NLCA 65, 313 Nfld. & P.E.I.R. 125; *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Oakwood Development Ltd. v. Rural Municipality of St. François Xavier*, [1985] 2 S.C.R. 164; *Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)*, 2001 SCC 37, [2001] 2 S.C.R. 132; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539.

Statutes and Regulations Cited

Assessment Act, R.S.N.S. 1989, c. 23, s. 42(1).
Canada National Parks Act, S.C. 2000, c. 32.
Constitution Act, 1867, s. 125.
National Historic Sites of Canada Order, C.R.C., c. 1112, Sch., s. 1.
Payments in Lieu of Taxes Act, R.S.C. 1985, c. M-13, ss. 2(1) “effective rate”, “federal property”, “property value”, (3), 2.1, 3(1)(a), 4(1), 11.1, 15, Sch. II, s. 4.1 [ad. SOR/2001-494, s. 23].

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Blais C.J. and Evans and Sharlow J.J.A.), 2010 FCA 196, [2012] 1 F.C.R. 304, 405 N.R. 133, 321 D.L.R. (4th) 638, 7 Admin. L.R. (5th) 213, 71 M.P.L.R. (4th) 176, 94 R.P.R. (4th) 15, [2010] F.C.J. No. 950 (QL), 2010 CarswellNat 2417, reversing in part a decision of Phelan J., 2009 FC 670, 346 F.T.R. 264, 61 M.P.L.R. (4th) 187, 85 R.P.R. (4th) 52, [2009] F.C.J. No. 842 (QL), 2009 CarswellNat 2045. The appeal should be allowed and the matter remitted to the Minister for redetermination.

Daniel M. Campbell, Q.C., and *Joseph F. Burke*, for the appellant.

Ginette Gobeil and *René LeBlanc*, for the respondent.

Diana W. Dimmer and *Angus S. MacKay*, for the intervener the City of Toronto.

Marie-France Major, for the intervener the Federation of Canadian Municipalities.

(Communauté urbaine) c. Fondation Bagatelle Inc., 2001 CanLII 15060, autorisation de pourvoi refusée, [2002] 3 R.C.S. xii; *Gander International Airport Authority Inc. c. Gander (Town)*, 2011 NLCA 65, 313 Nfld. & P.E.I.R. 125; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Oakwood Development Ltd. c. Municipalité rurale de St. François Xavier*, [1985] 2 R.C.S. 164; *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, 2001 CSC 37, [2001] 2 R.C.S. 132; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539.

Lois et règlements cités

Assessment Act, R.S.N.S. 1989, ch. 23, art. 42(1).
Décret sur les lieux historiques nationaux du Canada, C.R.C., ch. 1112, ann., art. 1.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 125.
Loi sur les paiements versés en remplacement d'impôts, L.R.C. 1985, ch. M-13, art. 2(1) « propriété fédérale », « taux effectif », « valeur effective », (3), 2.1, 3(1)a), 4(1), 11.1, 15, ann. II, art. 4.1 [aj. DORS/2001-494, art. 23].
Loi sur les parcs nationaux du Canada, L.C. 2000, ch. 32.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Blais et les juges Evans et Sharlow), 2010 CAF 196, [2012] 1 R.C.F. 304, 405 N.R. 133, 321 D.L.R. (4th) 638, 7 Admin. L.R. (5th) 213, 71 M.P.L.R. (4th) 176, 94 R.P.R. (4th) 15, [2010] A.C.F. n° 950 (QL), 2010 CarswellNat 2417, qui a infirmé en partie une décision du juge Phelan, 2009 CF 670, 346 F.T.R. 264, 61 M.P.L.R. (4th) 187, 85 R.P.R. (4th) 52, [2009] A.C.F. n° 842 (QL), 2009 CarswellNat 4056. Pourvoi accueilli et affaire renvoyée au ministre pour nouvelle décision.

Daniel M. Campbell, c.r., et *Joseph F. Burke*, pour l'appelante.

Ginette Gobeil et *René LeBlanc*, pour l'intimée.

Diana W. Dimmer et *Angus S. MacKay*, pour l'intervenante la Ville de Toronto.

Marie-France Major, pour l'intervenante la Fédération canadienne des municipalités.

Harley J. Harris and Michael F. Robson, for the intervener the Association of Canadian Port Authorities.

Richard Grondin and Éric Boisvert, for the intervener the City of Québec.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] The Minister of Public Works and Government Services has determined that roughly 40 acres of the Halifax Citadel National Historic Site of Canada has only nominal value for the purposes of municipal taxation. The main issue on this appeal is whether the Minister's determination was reasonable. In my respectful view it was not.

[2] Property owned by the Federal Crown is constitutionally exempt from provincial and municipal taxation. However, in the interest of fairness, Parliament has established a regime of discretionary payments in lieu of taxes ("PILTs") to provinces and municipalities: *Payments in Lieu of Taxes Act*, R.S.C. 1985, c. M-13 (the "Act"). The Minister has discretion to make these payments and as to their amount. However, any payment must not exceed what, in the Minister's opinion, would be payable if the applicable local rate of tax were applied to the property value as determined by the local assessment authority: ss. 2(1) and 4(1) of the Act.

[3] The Minister has exercised his discretion to make PILTs to Halifax in respect of eligible parts of the Citadel; to do so on the basis of the full value of those aspects of the property that are subject to the Act; and to use the rate of taxation identified as the applicable one by the local assessment

Harley J. Harris et Michael F. Robson, pour l'intervenante l'Association des administrations portuaires canadiennes.

Richard Grondin et Éric Boisvert, pour l'intervenante la Ville de Québec.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] Le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux a établi qu'environ 40 acres du lieu historique national du Canada de la Citadelle-d'Halifax (la « citadelle ») n'ont qu'une valeur nominale pour les besoins de l'imposition municipale. La question principale en l'espèce consiste à savoir si la décision du ministre était raisonnable. À mon humble avis, elle ne l'était pas.

[2] La Constitution exempte d'imposition provinciale et municipale les propriétés appartenant à la Couronne fédérale. Cependant, par souci d'équité, le Parlement a instauré un régime de paiements discrectionnaires versés aux provinces et aux municipalités en remplacement d'impôts (les « PRI ») : *Loi sur les paiements versés en remplacement d'impôts*, L.R.C. 1985, ch. M-13 (la « Loi »). Le ministre a le pouvoir discrétionnaire de verser ces paiements et d'en fixer le montant. Un paiement ne doit toutefois pas dépasser la somme qui serait payable, de l'avis du ministre, si l'on appliquait le taux d'imposition local applicable à la valeur effective établie par l'autorité évaluatrice locale : par. 2(1) et 4(1) de la Loi.

[3] Le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire de verser des PRI à Halifax pour les parties admissibles de la citadelle, de verser ces paiements sur la base de la valeur totale des éléments de la propriété visés par la Loi, et de se fonder sur le taux d'imposition jugé applicable par l'autorité

authority. What remains contentious between the Minister and Halifax is the value of the property.

[4] It follows, therefore, that only one, quite narrow aspect of the Minister's discretion is in issue here. This appeal does not concern the Minister's exercise of discretion to decide whether to make PILTs. It does not concern his discretion to decide whether those PILTs should be for an amount less than the maximum permitted by the Act or his discretion to determine the rate that would be applied by an assessment authority. The appeal concerns *only* the Minister's determination of "property value".

[5] The Minister in this case decided that a national historic site is effectively valueless if it does not support economically beneficial uses. He therefore concluded that roughly 40 acres of the Citadel site are worth \$10. This conclusion, in my view, is unreasonable for two reasons. First, the property value is to be the value which, in the Minister's opinion, the local assessment authority would apply to the property: s. 2(1), "property value". However, in valuing the property, the Minister adopted an approach which the record discloses no example of a Canadian assessment authority using, and which significantly differs from the approaches that the record suggests assessment authorities in provinces across the country do use. The Minister's opinion that the value he arrived at "would be attributable by an assessment authority" has no basis in and is contrary to the evidence. Second, the Minister's decision is inconsistent with the Act's purpose. The Act permits payments for national historic sites. To decide that these sites have no value for taxation purposes except to the extent that they could support commercial uses negates the very purpose of their inclusion in the PILT scheme. For these two reasons the Minister's decision was unreasonable.

évaluatrice locale. La seule question en litige entre le ministre et la municipalité de Halifax concerne la valeur de la propriété.

[4] Il s'ensuit donc qu'un seul aspect assez précis du pouvoir discrétionnaire du ministre est en cause dans la présente affaire. Ce pourvoi ne porte pas sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre de décider s'il verse ou non des PRI. Il ne porte pas non plus sur son pouvoir discrétionnaire de décider si le montant de ces PRI doit être inférieur au montant maximal prévu par la Loi, ni sur son pouvoir discrétionnaire de décider du taux qu'appliquerait une autorité évaluatrice. Le pourvoi porte *seulement* sur la décision du ministre relative à la « valeur effective ».

[5] En l'espèce, le ministre a décidé qu'un lieu historique national n'a effectivement aucune valeur s'il ne se prête pas à des usages bénéfiques sur le plan économique. Il a donc conclu qu'environ 40 acres du lieu de la citadelle valent 10 \$. Cette conclusion m'apparaît déraisonnable pour deux raisons. Premièrement, la valeur effective doit être la valeur que, selon le ministre, l'autorité évaluatrice locale attribuerait à la propriété : définition de « valeur effective », par. 2(1). Cependant, lorsqu'il a évalué la propriété, le ministre a adopté une méthode dont on ne trouve pas, dans le dossier, d'exemple d'utilisation par une autorité évaluatrice au Canada et qui diffère considérablement des méthodes qui, selon ce que semble indiquer le dossier, sont utilisées en fait par les autorités évaluatrices dans les provinces partout au pays. L'opinion du ministre selon laquelle la valeur qu'il a fixée serait la valeur qu'« une autorité évaluatrice déterminerait » ne s'appuie pas sur la preuve et est contraire à celle-ci. Deuxièmement, la décision du ministre est incompatible avec l'objet de la Loi. Cette dernière permet le versement de paiements pour des lieux historiques nationaux. Décider que ces lieux n'ont aucune valeur pour l'imposition, sauf dans la mesure où ils pourraient se prêter à des usages commerciaux va à l'encontre de la raison même pour laquelle ils ont été inclus dans le régime des PRI. Pour ces deux raisons, la décision du ministre était déraisonnable.

II. Brief Overview of the Proceedings and Issues

[6] Halifax disagreed with the Minister's valuation of parts of the Citadel for PILT purposes. As provided for by the Act, the matter was referred to the PILT Dispute Advisory Panel, which advised the Minister that the land beneath fortification structures called casemates and demi-casemates should be valued at \$1,550,000 while the 42 acres of land beneath a grassy slope called the glacis should be valued at a nominal \$10. This resulted in a total valuation of the land on the site that was millions of dollars lower than the value arrived at by the local assessment authority.

[7] The Minister accepted the Panel's advice. Halifax applied for judicial review in the Federal Court, saying this was unreasonable. The court agreed: 2009 FC 670, 346 F.T.R. 264. This decision was reversed in part by a majority of the Federal Court of Appeal: 2010 FCA 196, [2012] 1 F.C.R. 304. Halifax now appeals to this Court.

[8] The appeal raises two issues:

1. What is the scope of the Minister's discretion to determine "property value" for the purpose of making PILTs, and what standard of judicial review applies to his determination?
2. Was the Minister's determination of the value of the land on the Halifax Citadel site reasonable?

[9] It will be helpful first to put these issues in the context of the statutory framework, the relevant facts and the decisions leading to this appeal. I will then turn to the standard of judicial review and how it applies in this case.

III. The Statutory Framework

[10] Under s. 125 of the *Constitution Act, 1867*, the Federal Crown is exempt from provincial and

II. Bref aperçu des procédures et des questions en litige

[6] Halifax n'a pas accepté la valeur attribuée par le ministre à des parties de la citadelle pour les besoins des PRI. Comme le prévoit la Loi, l'affaire a été renvoyée à un comité consultatif sur le règlement des différends associés aux PRI, qui a fait savoir au ministre que le terrain occupé par les structures de la fortification que l'on appelle casemates et demi-casemates doit être évalué à 1 550 000 \$, tandis qu'il faut attribuer une valeur nominale de 10 \$ au terrain de 42 acres occupé par un talus gazonné appelé le glacis. En conséquence, l'ensemble du terrain où se trouve le lieu a été évalué à des millions de dollars en deçà de la valeur établie par l'autorité évaluatrice locale.

[7] Le ministre a retenu l'avis du comité consultatif (le « comité »). Halifax a présenté en Cour fédérale une demande de contrôle judiciaire, affirmant que cette décision était déraisonnable. La Cour fédérale lui a donné raison : 2009 CF 670 (CanLII), mais sa décision a été infirmée en partie par les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale : 2010 CAF 196, [2012] 1 R.C.F. 304. Halifax se pourvoit maintenant devant notre Cour.

[8] Le pourvoi soulève deux questions :

1. Quelle est l'étendue du pouvoir discrétionnaire du ministre d'établir la « valeur effective » pour le besoin du versement des PRI, et quelle norme de contrôle judiciaire s'applique à sa décision?
2. La valeur attribuée par le ministre au terrain de la citadelle était-elle raisonnable?

[9] Il convient d'abord de situer les questions mentionnées ci-dessus dans le contexte du cadre législatif, des faits pertinents et des décisions à l'origine du présent pourvoi. Je passerai ensuite à la norme de contrôle judiciaire et à son application en l'espèce.

III. Le cadre législatif

[10] Aux termes de l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Couronne fédérale est

municipal taxes. This constitutional exemption has the potential to cause unfair adverse effects to municipal revenue — unfairness that Parliament has attempted to mitigate with the Act. As stated in s. 2.1, the purpose of the Act “is to provide for the fair and equitable administration of payments in lieu of taxes”. Paragraph 3(1)(a) of the Act provides that the Minister “may” make payments “in lieu of a real property tax for a taxation year”. The amount of this payment shall not exceed the amount determined by multiplying the “property value” by the applicable “effective rate” of taxation: s. 4(1). Subsection 2(1) defines these two terms as follows:

2. (1) In this Act,

. . .

“effective rate” means the rate of real property tax or of frontage or area tax that, in the opinion of the Minister, would be applicable to any federal property if that property were taxable property;

. . .

“property value” means the value that, in the opinion of the Minister, would be attributable by an assessment authority to federal property, without regard to any mineral rights or any ornamental, decorative or non-functional features thereof, as the basis for computing the amount of any real property tax that would be applicable to that property if it were taxable property;

As noted, the applicable effective rate is not in dispute in this case. What is in dispute is the value that in the opinion of the Minister would be attributable by an assessment authority to the property if it were taxable.

[11] Improvements on federal land as well as federal land itself are subject to PILTs except where they are rendered ineligible by s. 2(3) and its associated schedule.

[12] In this case, the relevant “assessment authority” at the time was the Nova Scotia Director of

exemptée d'imposition provinciale et municipale. Cette exemption constitutionnelle est susceptible d'avoir sur les revenus des municipalités des effets négatifs et injustes — une injustice que le législateur a tenté d'atténuer dans la Loi. Aux termes de son art. 2.1, la Loi a pour objet « l'administration juste et équitable des paiements versés en remplacement d'impôts ». L'alinéa 3(1)a) de la Loi prévoit que le ministre « peut » verser un paiement « en remplacement de l'impôt foncier pour une année d'imposition donnée ». Le montant de ce paiement ne peut pas dépasser le produit de la multiplication de la « valeur effective » par le « taux effectif » d'imposition applicable : par. 4(1). Le paragraphe 2(1) définit ainsi ces deux termes :

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

« taux effectif » Le taux de l'impôt foncier ou de l'impôt sur la façade ou sur la superficie qui, selon le ministre, serait applicable à une propriété fédérale si celle-ci était une propriété imposable.

. . .

« valeur effective » Valeur que, selon le ministre, une autorité évaluatrice déterminerait, compte non tenu des droits miniers et des éléments décoratifs ou non fonctionnels, comme base du calcul de l'impôt foncier qui serait applicable à une propriété fédérale si celle-ci était une propriété imposable.

Rappelons que le taux effectif applicable n'est pas en litige dans la présente affaire. Le litige porte plutôt sur la valeur que, selon le ministre, une autorité évaluatrice attribuerait à la propriété si celle-ci était imposable.

[11] Les améliorations apportées à des terres fédérales et les terres fédérales elles-mêmes peuvent faire l'objet de PRI, sauf si elles sont non admissibles aux termes du par. 2(3) et de l'annexe qui s'y rattache.

[12] En l'espèce, l'« autorité évaluatrice » compétente à l'époque était le directeur de l'évaluation

Assessment, appointed under the *Assessment Act*, R.S.N.S. 1989, c. 23. The statute directs that property be valued according to market value:

42 (1) All property shall be assessed at its market value, such value being the amount which in the opinion of the assessor would be paid if it were sold on a date prescribed by the Director in the open market by a willing seller to a willing buyer, but in forming his opinion the assessor shall have regard to the assessment of other properties in the municipality so as to ensure that, subject to Section 45A, taxation falls in a uniform manner upon all residential and resource property and in a uniform manner upon all commercial property in the municipality.

[13] In instances in which the Minister and the local taxing authority disagree on valuation, the Minister can refer the matter to an advisory panel, which will provide him or her with advice: s. 11.1 of the Act. As we shall see, that is what occurred here.

IV. Facts

[14] The Halifax Citadel, a federally owned property, is an approximately 48-acre site in the middle of downtown Halifax. The site served military purposes from the time of Halifax's foundation in 1749 until the end of the Second World War. Now it is zoned as a "Park and Institutional Zone" by Halifax and is also designated as a national historic site under *National Historic Sites of Canada Order*, C.R.C., c. 1112, Sch., s. 1, passed under the *Canada National Parks Act*, S.C. 2000, c. 32. The parties agree that its highest and best use is as a national historic site. Operating as such a site, the Citadel is subject to stringent use and development restrictions.

[15] Not everything on the site is eligible for PILTs and what is eligible has changed over time. It is necessary therefore to describe the site in terms of its various components. There are currently "eligible improvements" that qualify for PILTs;

de la Nouvelle-Écosse nommé en vertu de l'*Assessment Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 23. Selon la loi, la propriété doit être évaluée à sa valeur marchande :

[TRADUCTION]

42 (1) Toute propriété est évaluée à sa valeur marchande, cette valeur correspondant au montant qui serait payé, de l'avis de l'évaluateur, si elle avait été vendue à une date prescrite par le Directeur sur le marché libre par un vendeur consentant à un acheteur consentant. Toutefois, pour formuler son avis, l'évaluateur tient compte de l'évaluation d'autres propriétés de la municipalité afin de s'assurer que, sous réserve de l'article 45A, les impôts s'appliquent d'une manière uniforme, d'une part, à toutes les propriétés résidentielles et de ressources et, d'autre part, à toutes les propriétés commerciales de la municipalité.

[13] Lorsque le ministre et l'autorité taxatrice locale ne s'entendent pas sur l'évaluation, le ministre peut renvoyer l'affaire à un comité consultatif, qui lui donnera des avis : art. 11.1 de la Loi. Comme nous le verrons, c'est ce qui s'est produit en l'espèce.

IV. Les faits

[14] La citadelle, une propriété appartenant au gouvernement fédéral, occupe un terrain d'environ 48 acres au milieu du centre-ville de Halifax. Le lieu a conservé une vocation militaire depuis la fondation de Halifax, en 1749, jusqu'à la fin de la Seconde Guerre mondiale. Halifax l'a maintenant désignée [TRADUCTION] « zone de parc et d'équipement collectif » et elle est désignée lieu historique national en vertu du *Décret sur les lieux historiques nationaux du Canada*, C.R.C., ch. 1112, ann., art. 1, pris en application de la *Loi sur les parcs nationaux du Canada*, L.C. 2000, ch. 32. Les parties s'entendent pour dire que l'utilisation optimale de la citadelle est celle de lieu historique national. Exploitée comme telle, la citadelle est soumise à des restrictions sévères quant à son utilisation et à son aménagement.

[15] Certains éléments du lieu ne sont pas admissibles au versement de PRI et ceux qui le sont ont changé avec le temps, d'où la nécessité de décrire les différents éléments du lieu. Il existe actuellement des « améliorations admissibles » qui donnent

components that formerly were but are no longer “eligible improvements”; “ineligible improvements” that are excluded from the ambit of the Act; and the land under each of these components. The components on the site that are eligible — that is, the eligible improvements and all of the land — fall under the s. 2(1) definition of “federal property”, which includes “real property and immovables owned by Her Majesty in right of Canada that are under the administration of a minister of the Crown”. The improvements that are ineligible are listed in s. 4.1 of Sch. II of the Act and are thus excluded from the definition of “federal property” as per s. 2(3)(b) of the Act. The components of the site are as follows:

1. The eligible improvements: These include the kiosks, the buildings containing office space, some buildings containing storage space, a movie theatre and the town clock, which are themselves eligible for valuation for the purposes of PILTs. The parties have agreed to the value of these improvements at \$2,233,550 for the 2005 taxation year; this value has been adjusted for other taxation years. The valuation of the eligible improvements is not an issue before this Court.
2. The formerly eligible improvements referred to as the casemates and demi-casemates: These are structures built into the fortress ramparts which were used originally for storage. It is common ground that they were “eligible improvements” subject to valuation for the purposes of PILTs from 1997 to 2000, at which time they ceased being eligible improvements because of the addition (SOR/2001-494, s. 23) of s. 4.1 to Sch. II of the Act. The valuation of these structures, therefore, only has any effect on the PILTs for 1997 to 2000. Both the Federal Court and the Federal Court of Appeal concluded that the Minister’s assessment of their value was unreasonable and that finding is not challenged in this Court.

lieu au versement de PRI, des éléments qui ont été mais ne sont plus des « améliorations admissibles », des « améliorations non admissibles » exclues du champ d’application de la Loi, ainsi que le terrain occupé par chacun de ces éléments. Les éléments admissibles du lieu — en l’occurrence les améliorations admissibles et tout le terrain — entrent dans la définition de « propriété fédérale », énoncée au par. 2(1), qui comprend l’« immeuble ou [le] bien réel appartenant à Sa Majesté du chef du Canada dont la gestion est confiée à un ministre fédéral ». Les améliorations non admissibles figurent à l’art. 4.1 de l’ann. II de la Loi et sont donc exclues de la définition de « propriété fédérale » aux termes de l’al. 2(3)(b) de la Loi. Le lieu comprend les éléments suivants :

1. Les améliorations admissibles : il s’agit notamment des kiosques, des bâtiments contenant des locaux à bureau, certains bâtiments comprenant des locaux d’entreposage, un cinéma et la tour de l’horloge, lesquels peuvent être eux-mêmes l’objet d’une évaluation aux fins des PRI. Les parties sont convenues d’attribuer à ces améliorations une valeur de 2 233 550 \$ pour l’année d’imposition 2005; cette valeur a été ajustée pour d’autres années d’imposition. L’évaluation des améliorations admissibles n’est pas en cause devant notre Cour.
2. Les améliorations autrefois admissibles que l’on appelle casemates et demi-casemates : il s’agit de structures construites à l’intérieur des remparts de la forteresse qui étaient utilisées au départ pour l’entreposage. Il n’est pas contesté qu’il s’agissait d’« améliorations admissibles » susceptibles d’évaluation aux fins des PRI de 1997 à 2000, année durant laquelle elles ont perdu leur statut d’amélioration admissible par l’effet de l’ajout (DORS/2001-494, art. 23) de l’art. 4.1 à l’ann. II de la Loi. L’évaluation des structures susmentionnées n’a donc une incidence sur les PRI que pour les années 1997 à 2000. La Cour fédérale et la Cour d’appel fédérale ont toutes deux conclu que l’évaluation de la valeur de ces structures par le ministre était déraisonnable, et cette conclusion n’est pas contestée devant nous.

3. The glacis: This is the land sloping down from the fortification. It served to expose enemy troops to fire as they approached the fortress, or at least would have done had the Citadel ever come under attack. The glacis itself, like most of the fortifications, is an ineligible improvement by virtue of its inclusion in s. 4.1 of Sch. II to the Act.
 4. The land beneath the eligible improvements: This land takes up approximately 19,000 square feet.
 5. The land beneath the formerly eligible improvements (the casemates and demi-casemates): This land takes up approximately 60,000 square feet.
 6. The land beneath the glacis: This is, like the land beneath the eligible improvements and the land beneath the casemates and demi-casemates, subject to valuation for the purposes of PILTs. This land takes up approximately 42 acres. Although this appeal concerns the valuation of all the land on the site, it is the land under the glacis that is at the heart of the matter.
3. Le glacis : ce terme désigne le talus qui descend de la fortification. Il servait à exposer au tir des défenseurs les troupes ennemies qui s'approchaient de la forteresse, ou aurait tout au moins servi à cette fin si la citadelle avait été attaquée. À l'instar de la plupart des fortifications, le glacis lui-même est une amélioration non admissible parce qu'il figure à l'art. 4.1 de l'ann. II de la Loi.
 4. Le terrain occupé par les améliorations admissibles : ce terrain a une superficie d'environ 19 000 pieds carrés.
 5. Le terrain occupé par les améliorations autrefois admissibles (les casemates et demi-casemates) : ce terrain a une superficie d'environ 60 000 pieds carrés.
 6. Le terrain occupé par le glacis : tout comme le terrain occupé par les améliorations admissibles et celui occupé par les casemates et demi-casemates, ce terrain est susceptible d'évaluation pour les besoins des PRI. La superficie représente environ 42 acres. Bien que le présent pourvoi concerne l'évaluation du lieu dans son ensemble, le terrain occupé par le glacis est au cœur du litige.

[16] The local assessment authority valued the entire site at between \$36,000,000 and \$40,280,100 between 1997 to 2007. The Minister made PILTs in respect of these years, however, on the basis of values ranging between \$5,250,000 and \$5,330,000. Halifax objected to this. Halifax and the Minister were able to agree on the value of the eligible improvements, but not on the value of the casemates, the demi-casemates or the land on the Citadel site. The Minister referred the matter to the Panel. The Panel was requested to value the casemates and demi-casemates for the purposes of the 1997 taxation year, and the land for the 2005 taxation year. If the Minister accepted the Panel's figures for these two years, he would use them to arrive at values for the other relevant years. The Panel heard witnesses and considered expert reports. The reports are in the record before

[16] Entre 1997 et 2007, l'autorité évaluatrice locale a attribué à l'ensemble du lieu une valeur variant entre 36 000 000 \$ et 40 280 100 \$. Le ministre a versé des PRI pour ces années, mais sur le fondement de valeurs variant entre 5 250 000 \$ et 5 330 000 \$. Halifax s'est opposée à cette évaluation faite par le ministre. Elle et le ministre sont parvenus à s'entendre sur la valeur des améliorations admissibles, mais non sur celle des casemates et des demi-casemates, ni sur celle du terrain de la citadelle. Le ministre a renvoyé l'affaire au comité, en lui demandant d'évaluer les casemates et demi-casemates pour l'année d'imposition 1997, ainsi que le terrain pour l'année d'imposition 2005. Dans l'éventualité où le ministre aurait accepté les chiffres présentés par le comité pour ces deux années, il les aurait utilisés en vue d'établir des valeurs pour les autres années en cause. Le comité a entendu des

this Court, but no transcript of the testimony at the hearing was made.

[17] It is common ground that the Panel's decision should be treated as the Minister's decision for the purposes of judicial review.

[18] The Panel had before it two very different approaches to valuation, one advanced by Halifax and the other by Canada. At the risk of over-generalization, the main difference between the approaches was this. Halifax used as the basis of its appraisal the market value of surrounding property with various adjustments, but gave little weight to the use restrictions inherent in the historic site designation. Canada, for its part, took as its starting point that the use restrictions rendered the property effectively valueless except to the extent that it could actually support commercial uses. It appears that the Panel basically adopted the latter view. However, because the reasons given by the Panel are quite unsatisfactory in important respects and, on the critical point, non-existent, it is necessary to give a summary of the two positions which were advanced before it.

[19] Halifax's principal expert witness was Kathy Barss, who worked with the Assessment Services Division of Service Nova Scotia and Municipal Relations, effectively the "assessment authority" in this case. She came to her valuation of the land on the basis of a direct comparison approach, by reference to the sale price of 22 Halifax sites which she considered comparable, that is, which were close to the Citadel site and were either vacant or intended to be developed. This approach accorded, in her opinion, with the requirements of s. 42(1) of the *Assessment Act*. She took the view that neither the site's municipal zoning nor its designation as a national historic site should have any effect on valuation. She examined various historic sites from across the country to see whether local assessment authorities had discounted their values to account for use restrictions arising from their status as

témoins et examiné des rapports d'experts. Les rapports font partie du dossier de notre Cour, mais les témoignages présentés à l'audience du comité n'ont pas été transcrits.

[17] Il est admis que la décision du comité doit être considérée comme celle du ministre pour le besoin du contrôle judiciaire.

[18] Deux méthodes d'évaluation fort différentes ont été soumises au comité, l'une préconisée par Halifax et l'autre par le gouvernement canadien. Au risque de généraliser à l'excès, la différence principale entre les méthodes tient à ce qui suit. Halifax a fondé son évaluation sur la valeur marchande des propriétés voisines en y apportant divers ajustements, mais elle a accordé peu d'importance aux restrictions à l'utilisation qui sont inhérentes à la désignation de lieu historique. Le gouvernement canadien, pour sa part, est parti du postulat que ces restrictions enlevaient en fait toute valeur à la propriété, sauf dans la mesure où celle-ci pouvait effectivement se prêter à des usages commerciaux. Le comité semble avoir essentiellement fait sien le point de vue du gouvernement canadien. Toutefois, comme les motifs fournis par le comité sont fort peu satisfaisants sur des points importants et inexistantes sur le point crucial, il faut résumer les deux positions avancées devant lui.

[19] Le principal témoin expert cité par Halifax, Kathy Barss, était à l'emploi de la Division des services d'évaluation de Services Nouvelle-Écosse et Relations avec les municipalités, qui est en fait l'« autorité évaluatrice » en l'espèce. Elle a évalué le terrain au moyen de la technique de la parité, en fonction des prix de vente de 22 terrains de Halifax qu'elle avait jugé comparables, c'est-à-dire qu'ils se trouvaient près de la citadelle et étaient soit vacants, soit destinés à être développés. Cette technique satisfaisait, selon elle, aux exigences du par. 42(1) de l'*Assessment Act*. Elle s'est dite d'avis que ni la désignation du lieu aux fins du zonage, ni sa désignation comme lieu historique national ne devraient avoir quelque incidence que ce soit sur l'évaluation. Elle a examiné divers lieux historiques partout au pays pour savoir si les autorités évaluatrices locales avaient revu leur valeur à la

historic sites. She concluded that this had happened only in New Brunswick. She also noted various sales in Nova Scotia of properties that were intended to be preserved for public purposes, but for which the sale price was comparable to other properties bought without such restricted uses in mind.

[20] In order to value the land she divided the site into two zones. She valued the first zone, 8.18 acres closest to the downtown business district of the city, at \$19.25 per square foot. She valued the second zone, the remaining 39.86 acres, at \$7.00 per square foot. Using these values she came to a total of \$19,000,000 for the entirety of the land on the site.

[21] A second witness testified on Halifax's behalf on the valuation of the casemates and demi-casemates. He took the view that they should be valued in accordance with their replacement value less depreciation, and that there should be no devaluation to account for functional obsolescence. Such devaluation would be inappropriate since the casemates and demi-casemates were serving the function of a living history museum. He came to a valuation of \$7,315,900.

[22] Canada's expert considered the Citadel site's highest and best use to be relevant to the site's valuation, and relied on a document he had written on the "Best Practices" for the valuation of historic sites. Both Halifax's principal expert and Halifax's Director of Legal Services and Risk Management testified that neither Halifax nor Nova Scotia accepted or used the approach embodied in this document. Canada's expert testified, though, that his appraisal was also consistent with more traditional methods of valuation, and he purported in his report to use a market comparison approach.

[23] His selection of appropriate comparator sales depended heavily on the Citadel site's use

baisse pour tenir compte des restrictions à l'utilisation découlant de leur statut de lieu historique. Elle n'a constaté cela qu'au Nouveau-Brunswick. Elle a aussi relevé que l'on avait vendu en Nouvelle-Écosse des propriétés qui devaient être conservées à des fins publiques, mais dont le prix de vente était comparable à celui d'autres propriétés acquises sans que l'on ait tenu compte de telles utilisations restreintes.

[20] Kathy Barss a divisé le lieu en deux zones pour l'évaluer. Elle a évalué à 19,25 \$ le pied carré la première zone, soit le terrain de 8,18 acres situé le plus près du quartier d'affaires du centre-ville. Elle a évalué à 7 \$ le pied carré la deuxième zone, le terrain de 39,86 acres qui reste. Elle s'est fondée sur ces valeurs pour arriver à un total de 19 000 000 \$ pour la totalité du terrain.

[21] Un deuxième témoin a déposé pour le compte de Halifax au sujet de l'évaluation des casemates et des demi-casemates. À son avis, elles doivent être évaluées en fonction de leur valeur de remplacement moins la dépréciation, et il ne convient pas de réduire leur valeur pour tenir compte de leur désuétude fonctionnelle. Pareille dévaluation serait inappropriée parce que les casemates et demi-casemates faisaient office de musée vivant. Il a établi leur valeur à 7 315 900 \$.

[22] L'expert du gouvernement canadien a jugé que l'utilisation optimale de la citadelle était pertinente pour l'évaluation du lieu, et il s'est appuyé sur un document traitant de l'évaluation des lieux historiques intitulé « Best Practices », dont il est l'auteur. L'expert principal cité par Halifax et le directeur des Services juridiques et de la Gestion des risques de Halifax ont tous deux affirmé que ni Halifax, ni la Nouvelle-Écosse n'avaient accepté ou utilisé la méthode exposée dans ce document. L'expert cité par le gouvernement canadien a toutefois dit que son évaluation était aussi compatible avec les méthodes d'évaluation plus classiques, et il a prétendu, dans son rapport, employer une méthode de comparaison des marchés.

[23] Les ventes qu'il a choisies comme éléments de comparaison s'appuient en grande partie sur les

restrictions and development potential. The only land to which he attributed significant value was the approximately 19,000 square feet of land under the eligible improvements. He valued this land by comparison with other plots of land with similar uses, and came to a value of \$286,000. He valued the land under the ineligible improvements, including under the glacis and under the casemates and demi-casemates, at a nominal \$10 to account for the severe restrictions on that land's use. In coming to this nominal value he relied in part on the comparator examples of four transfers of historic sites in Nova Scotia between the federal and provincial governments. He did not provide an estimate of the value of the casemates or demi-casemates.

[24] In its report the Panel rejected almost all of Halifax's expert's suggested comparator sales because she had not taken into account differing highest and best uses, differing permitted density of development or the use restrictions on the Citadel site. In essence, the Panel's view was that the use restrictions inherent in the historic site designation had to be taken into account in determining market value. Despite expressing some reservations about Canada's expert's reliance on his "Best Practices" document, which had not yet garnered approval in the assessment community, the Panel saw merit in his focus on development potential, since this has a strong effect on market value. However, the Panel rejected the comparator sales that he had selected for the land under the glacis.

[25] Proceeding on the basis that the restrictions imposed on the Citadel site were highly relevant to its valuation the Panel accepted only one of Halifax's expert's comparator sales, which related to similarly zoned land. The Panel used it to value

restrictions imposées à l'utilisation du lieu de la citadelle et sur son potentiel d'aménagement. Le seul terrain auquel il a attribué une valeur significative est le terrain de quelque 19 000 pieds carrés occupé par les améliorations admissibles. Il a évalué ce terrain en le comparant à d'autres parcelles employées aux mêmes fins, et il a établi sa valeur à 286 000 \$. Il a évalué le terrain occupé par les améliorations non admissibles, dont celui sur lequel se trouve le glacis ainsi que celui où se trouvent les casemates et demi-casemates, à 10 \$, une valeur nominale, pour tenir compte des restrictions strictes auxquelles est assujettie l'utilisation du terrain. Il a établi cette valeur nominale en se fondant en partie, comme éléments de comparaison, sur quatre cessions de lieux historiques de Nouvelle-Écosse intervenues entre le gouvernement fédéral et le gouvernement de la province. Il n'a fourni aucune estimation de la valeur des casemates ou demi-casemates.

[24] Dans son rapport, le comité a rejeté presque toutes les ventes d'immeubles proposées comme éléments de comparaison par l'experte de Halifax parce qu'elle n'avait pas pris en considération les différences au chapitre de l'utilisation optimale, les différences sur le plan de la densité de l'aménagement ou les restrictions imposées à l'utilisation du lieu de la citadelle. Le comité estimait essentiellement qu'il fallait, pour l'établissement de la valeur marchande, tenir compte des restrictions à l'utilisation inhérentes à la désignation de lieu historique. Même s'il a exprimé quelques réserves à l'égard du fait que l'expert du gouvernement canadien ait invoqué son document intitulé « Best Practices », qui n'avait pas encore recueilli l'approbation du milieu des évaluateurs, le comité a jugé fondé l'accent mis par l'expert sur le potentiel d'aménagement, un facteur qui influe grandement sur la valeur marchande. Le comité a cependant rejeté les ventes d'immeubles qu'il avait retenues comme éléments de comparaison avec le terrain occupé par le glacis.

[25] Posant comme prémisse que les restrictions imposées au lieu de la citadelle étaient fort pertinentes pour son évaluation, le comité a retenu seulement une seule des ventes d'immeubles utilisées comme éléments de comparaison par l'experte de

the land under the casemates and demi-casemates at \$21.10 per square foot. To this the Panel added, with no explanation, \$4.56 per square foot in demolition costs, for a total land valuation of \$1,550,000.

[26] The Panel gave the casemates and demi-casemates a value of \$8,515,500 when new, and subtracted amounts for physical depreciation and functional obsolescence to account for their current underuse. This gave them a final value of \$2,556,200. As noted, the courts below have found the Panel's valuation of these structures to have been unreasonable, a finding not under appeal to this Court.

[27] The land, casemates and demi-casemates therefore came to a total value of \$4,106,200.

[28] In a supplementary report the Panel added \$10 to its figure for the land, with no explanation. The parties agree that this added amount must have been intended to represent the value of the land under the glacis, as revealed by its accordance with the figure Canada's expert gave for it and by the Panel's failure to value it in its first report.

[29] On the basis of a four-page memorandum from the Deputy Minister, the Minister adopted the report's conclusions. To the Panel's final value the Minister added an amount to account for the value of the eligible improvements and the value of the 19,050 square feet of land under them. The latter value was calculated using the per-square-foot value the Panel had set for the land under the casemates and demi-casemates: July 29, 2008 letters from the Minister to the Mayor of Halifax and the Chief Administrative Officer of Halifax, A.R., vol. I, at pp. 22-23; Report to the Minister, A.R., vol. I, at p. 30. The Minister made additional PILTs

Halifax — en l'occurrence la vente d'un terrain ayant reçu une désignation semblable aux fins du zonage. Le comité s'est servi de cette vente pour évaluer à 21,10 \$ le pied carré le terrain occupé par les casemates et demi-casemates. Le comité a ajouté à cette valeur, sans fournir d'explication, 4,56 \$ le pied carré en frais de démolition et a fixé à 1 550 000 \$ la valeur de l'ensemble du terrain.

[26] Le comité a attribué aux casemates et aux demi-casemates une valeur à neuf de 8 515 500 \$, de laquelle il a soustrait des sommes pour tenir compte de la dépréciation physique et de la désuétude fonctionnelle en raison de leur sous-utilisation actuelle. Ce qui leur donne une valeur finale de 2 556 200 \$. Tel qu'indiqué précédemment, les cours inférieures ont jugé déraisonnable l'évaluation de ces structures par le comité, et cette conclusion n'est pas en cause devant notre Cour.

[27] La valeur totale du terrain, des casemates et des demi-casemates a donc été établie à 4 106 200 \$.

[28] Dans un rapport supplémentaire, le comité a majoré de 10 \$, sans aucune explication, la valeur attribuée au terrain. Les parties conviennent que cette majoration devait représenter la valeur attribuée au terrain occupé par le glacis, comme en font foi sa correspondance avec la valeur que lui a attribuée l'expert du gouvernement canadien et l'omission du comité de l'évaluer dans son premier rapport.

[29] Le ministre a accepté les conclusions du rapport sur la foi d'un mémoire de quatre pages du sous-ministre. Le ministre a majoré la valeur finale établie par le comité d'une somme pour tenir compte de la valeur des améliorations admissibles et de la valeur des 19 050 pieds carrés de terrain qu'occupent ces améliorations. La valeur de ce terrain a été calculée en fonction de la valeur au pied carré que le comité avait attribuée au terrain occupé par les casemates et demi-casemates : lettres du 29 juillet 2008 adressées par le ministre au maire de Halifax et à l'administrateur en chef de Halifax, d.a., vol. I, p. 22-23; rapport au ministre,

for 1997 to 2007 on the basis of the newly accepted valuation of the site.

V. Judicial Review

A. *The Decision of the Federal Court, 2009 FC 670, 346 F.T.R. 264*

[30] Phelan J. heard Halifax's application to the Federal Court for judicial review of the Panel Report and of the Minister's adoption of it. He quashed the Minister's decision and remitted it to him for redetermination. The reviewing judge took the view that where an assessment authority has performed an assessment the Minister should deviate from it only where the assessment authority's conclusion is unreasonable or unsupportable: para. 46. In this case the Panel had erroneously performed its own valuation, rather than inquiring into the reasonableness of the assessment authority's: para. 50. Phelan J. also considered the Panel's valuation of the land and casemates and demi-casemates to be unreasonable. The valuation did not find adequate justification in the Panel's report and was inconsistent with the site's highest and best use as a national historic site: paras. 57-64.

B. *The Decision of the Federal Court of Appeal, 2010 FCA 196, [2012] 1 F.C.R. 304*

[31] The Minister appealed. In the Federal Court of Appeal, Evans J.A. (Blais C.J. concurring) found that the Minister's decision with regard to the value of the land was reasonable, but upheld Phelan J.'s conclusion that the decision regarding the casemates and demi-casemates was not. Sharlow J.A. dissented in part and would have upheld Phelan J.'s conclusion entirely.

[32] Evans J.A. rejected the submission that the Minister must accept an assessment authority's appraisal unless that appraisal is unreasonable. Rather, the Minister is entitled to make his own independent determination of value: para. 48.

d.a., vol. I, p. 30. Le ministre a versé des PRI additionnels pour les années 1997 à 2007 sur le fondement de la nouvelle valeur établie pour le lieu.

V. Contrôle judiciaire

A. *La décision de la Cour fédérale, 2009 CF 670 (CanLII)*

[30] Halifax a demandé à la Cour fédérale le contrôle judiciaire du rapport du comité et de la décision du ministre d'adopter ce rapport. Après avoir entendu la demande, le juge Phelan a annulé la décision du ministre et lui a renvoyé l'affaire pour nouvelle décision. Selon le juge, le ministre ne peut s'écarter de l'évaluation faite par une autorité évaluatrice que si la conclusion de cette autorité est déraisonnable ou infondée : par. 46. En l'espèce, au lieu de déterminer si l'évaluation faite par l'autorité évaluatrice était raisonnable, le comité a effectué à tort sa propre évaluation : par. 50. Le juge Phelan a considéré également déraisonnable l'évaluation du terrain, des casemates et des demi-casemates faite par le comité. À son avis, l'évaluation ne trouve pas une justification satisfaisante dans le rapport du comité et elle est incompatible avec l'utilisation optimale du site comme lieu historique national : par. 57-64.

B. *La décision de la Cour d'appel fédérale, 2010 CAF 196, [2012] 1 R.C.F. 304*

[31] Le ministre a interjeté appel de cette décision. En Cour d'appel fédérale, le juge Evans (avec l'appui du juge en chef Blais) a conclu que la décision du ministre relativement à la valeur du terrain était raisonnable, mais a confirmé la conclusion du juge Phelan selon laquelle le ministre avait rendu une décision déraisonnable en ce qui concerne les casemates et les demi-casemates. Dissidente en partie, la juge Sharlow aurait confirmé la conclusion du juge Phelan.

[32] Le juge Evans a rejeté l'argument selon lequel le ministre est tenu d'accepter l'évaluation faite par une autorité évaluatrice à moins que cette évaluation ne soit déraisonnable. Selon lui, le ministre est plutôt libre de faire sa propre évaluation indépendante :

This notwithstanding, the Minister's determination must represent his opinion on the value that the relevant authority would attribute to the property in question. In this instance the Panel had correctly understood its mandate: paras. 58-59.

[33] Evans J.A. considered the Panel's reasons, read in conjunction with Canada's expert report, to have adequately explained the attribution of a higher value to the land under the casemates and demi-casemates and the attribution of nominal value to the land under the glacis: paras. 65-73. Canada's expert had reasoned that the land under the casemates and demi-casemates had value because of the commercially valuable uses to which it could be put for office and storage space. However, as the glacis could not be altered and therefore had no development value, the land under it had no value either: paras. 66-68.

[34] Evans J.A. saw no adequate basis in the Panel's reasons for reducing the casemates' and demi-casemates' value to account for disuse. He noted that the Panel's reasons were silent about why it rejected Halifax's evidence that underuse was irrelevant in view of the casemates' representational function in the Citadel and further that Canada's expert appeared not to explain why he disagreed with that approach, if he in fact did: para. 75. Evans J.A. therefore remitted the valuation of the casemates and demi-casemates to the Minister: paras. 74-77. As noted, the finding that this aspect of the Panel's decision was unreasonable is not challenged in this Court.

[35] Sharlow J.A. agreed with Evans J.A. on the applicable standard of review and on the unreasonableness of the Panel's valuation of the casemates and demi-casemates. However, she dissented with regard to the valuation of the land, largely for the reasons of Phelan J.: paras. 79-81.

par. 48. La décision du ministre doit toutefois représenter l'opinion qu'il se fait de la valeur que déterminerait l'autorité évaluatrice compétente à l'égard de la propriété en question. Le comité a, à son avis, correctement compris son mandat en l'espèce : par. 58-59.

[33] Selon le juge Evans, les motifs du comité, considérés conjointement avec le rapport d'expertise du gouvernement canadien, expliquaient de façon satisfaisante l'attribution d'une valeur supérieure au terrain occupé par les casemates et les demi-casemates, et d'une valeur nominale au terrain occupé par le glacis : par. 65-73. D'après l'expert du gouvernement canadien, le terrain occupé par les casemates et les demi-casemates avait une valeur parce qu'on pouvait l'utiliser à des fins commerciales en y aménageant des bureaux et des entrepôts. Cependant, étant donné que le glacis ne pouvait être modifié et n'avait donc aucune valeur aux fins d'aménagement, le terrain occupé par le glacis n'avait lui non plus aucune valeur : par. 66-68.

[34] Le juge Evans a estimé que rien dans les motifs du comité ne justifiait une dépréciation des casemates et des demi-casemates pour cause de désuétude. Selon lui, le comité n'a pas indiqué dans ses motifs pourquoi il rejetait la preuve de Halifax selon laquelle la sous-utilisation était sans pertinence compte tenu de la fonction de représentation que tenaient les casemates dans la citadelle. Le juge Evans a ajouté que l'expert du gouvernement canadien n'a pas semblé expliquer pourquoi il était en désaccord avec ce point de vue, s'il l'était effectivement : par. 75. Le juge Evans a donc renvoyé au ministre la question de l'évaluation des casemates et des demi-casemates : par. 74-77. Comme nous l'avons vu, la conclusion selon laquelle cet aspect de la décision du comité était déraisonnable n'est pas contestée devant la Cour.

[35] La juge Sharlow a souscrit à la conclusion du juge Evans quant à la norme de contrôle applicable et au caractère déraisonnable de l'évaluation des casemates et des demi-casemates faite par le comité. Elle a toutefois exprimé sa dissidence sur la question de l'évaluation du terrain, essentiellement pour les motifs exposés par le juge Phelan : par. 79-81.

[36] Halifax now appeals on the issue of the valuation of the land on the Citadel site.

VI. Analysis

A. *Standard of Review of the Minister's Decision*

[37] In this instance the Minister has exercised his discretion to make PILTs to Halifax, and to base these PILTs on the full property value of those components of the site that are subject to the Act. It follows that at issue in this appeal are the scope of the Minister's discretion to determine that value, the standard of review applicable to the exercise of this discretion, and the ultimate merits of the Minister's valuation of the land in this case.

(1) The Nature of the Minister's Discretion Under the Act

[38] The reference point for the exercise of the Minister's discretion in making a PILT is the local system of property taxation that would apply to the property if it were taxable. This is evident from the definitions of "effective rate" and "property value" in s. 2(1) of the Act. The maximum allowable PILT is calculated by multiplying the "effective rate" of tax by the "property value": s. 4(1). The "effective rate" is the rate of real property tax that in the opinion of the Minister *would be applicable* if the federal property were taxable property: s. 2(1), "effective rate". The rate that would be applicable refers to the applicable provincial or municipal rate: *Montréal (City) v. Montreal Port Authority*, 2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427, at para. 40. The "property value" is the value that in the opinion of the Minister "would be attributable by an assessment authority to federal property . . . as the basis for computing the amount of any real property tax that would be applicable to that property if it were taxable property": s. 2(1). Again, the value that would be applicable is that which would, in the Minister's opinion, be applied by the local assessment authority.

[36] Halifax se pourvoit maintenant devant notre Cour sur la question de l'évaluation du terrain du site de la citadelle.

VI. Analyse

A. *Norme de contrôle applicable à la décision du ministre*

[37] Dans la présente affaire, le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire pour verser des PRI à Halifax et fonder ceux-ci sur la valeur intégrale des éléments du lieu assujettis à la Loi. Le présent pourvoi porte donc sur la portée du pouvoir discrétionnaire du ministre d'établir cette valeur, sur la norme de contrôle applicable à l'exercice de ce pouvoir et ultimement sur le bien-fondé de l'évaluation du terrain faite par le ministre en l'espèce.

(1) La nature du pouvoir discrétionnaire conféré par la Loi au ministre

[38] Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de verser un PRI, le ministre utilise comme facteur de référence le régime local d'impôts fonciers qui serait applicable si la propriété en cause était une propriété imposable. C'est ce qui ressort clairement des définitions de « taux effectif » et de « valeur effective » prévues au par. 2(1) de la Loi. Le PRI ne peut dépasser le produit du « taux effectif » d'imposition par la « valeur effective » de la propriété : par. 4(1). Le « taux effectif » s'entend du taux de l'impôt foncier qui, selon le ministre, *serait applicable* si la propriété fédérale était imposable : définition de « taux effectif », par. 2(1). Il s'agit ici du taux provincial ou municipal applicable : *Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*, 2010 CSC 14, [2010] 1 R.C.S. 427, par. 40. La « valeur effective » est la valeur que, selon le ministre, « une autorité évaluatrice déterminerait [. . .] comme base du calcul de l'impôt foncier qui serait applicable à une propriété fédérale si celle-ci était une propriété imposable » : par. 2(1). Là encore, la valeur applicable est celle qui, selon le ministre, serait utilisée par l'autorité évaluatrice locale.

[39] Halifax submits that where the assessment authority has determined the value of the property the Minister is bound by that value unless he or she concludes that the authority's assessment is unreasonable. This, Halifax says, flows from the definition of "property value" which, as noted, refers to the value that would be attributed to the property by the assessment authority. Phelan J. adopted this position (see FC reasons, at para. 46), while the Federal Court of Appeal rejected it (see FCA reasons, at paras. 48 and 79). I respectfully agree with the Federal Court of Appeal on this point.

[40] The Minister's role under the Act is not to review the assessment authority's assessment; the Minister's function with respect to the value of the property is to reach an *opinion* about the value that *would be* attributed by an assessment authority. This is done in the context of exercising the discretion to make a PILT that must not exceed the product of the effective rate and the property value. While the view of an assessment authority is an important reference point for the Minister, I nonetheless agree with Evans J.A. that in reaching his or her opinion, the Minister is entitled to make an independent determination of the value that would be attributed to the federal property by an assessment authority.

[41] This conclusion finds support in the functional and practical considerations which LeBel J. identified in *Montreal Port Authority*, at paras. 34-35. The calculation of PILTs is not limited to a mechanical application of municipal assessments and tax rates. It must be adaptable to the various locations in which federal properties are situated, and to those properties' circumstances. This is especially so in view of the diverse and sometimes unique nature of federal properties. We need look no further than the Citadel site, 48 acres of 19th-century fortification sitting in the middle of a modern city, for an obvious example. Assessment principles are not self-applying. Legitimate disagreements about how they apply in a particular case are to be expected. There will often be no one, "right" answer. Moreover, the Minister is not in the

[39] Halifax soutient que lorsque l'autorité évaluatrice a déterminé la valeur de la propriété, le ministre est tenu d'accepter cette évaluation sauf s'il conclut que celle-ci est déraisonnable. C'est ce qui découle, selon Halifax, de la définition de « valeur effective », c'est-à-dire, comme nous l'avons vu, la valeur qu'une autorité évaluatrice déterminerait à l'égard de la propriété. Le juge Phelan a retenu ce point de vue (voir motifs de la CF, par. 46), alors que la Cour d'appel fédérale l'a rejeté (voir motifs de la CAF, par. 48 et 79). Je partage l'opinion de la Cour d'appel fédérale sur ce point.

[40] Le rôle du ministre selon la Loi n'est pas de revoir l'évaluation faite par l'autorité évaluatrice. Son rôle à cet égard consiste plutôt à se former une *opinion* de la valeur qu'une autorité évaluatrice *déterminerait* à l'égard de la propriété en question, ce qu'il fait dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de verser un PRI dont le montant ne doit pas dépasser le produit du taux effectif applicable à la propriété en cause par la valeur effective de celle-ci. Bien que le point de vue qu'adopterait une autorité évaluatrice constitue un facteur de référence important pour le ministre, je suis néanmoins d'accord avec le juge Evans pour dire que le ministre peut, pour se former une opinion, procéder à une détermination indépendante de la valeur qu'une autorité évaluatrice attribuerait à la propriété fédérale en cause.

[41] Cette conclusion est étayée par les considérations d'ordre fonctionnel et pratique dont fait état le juge LeBel dans l'arrêt *Administration portuaire de Montréal*, par. 34-35. Le calcul des PRI ne se réduit pas à la simple application mécanique des évaluations et des taux d'imposition municipaux. Il doit pouvoir s'adapter aux différents endroits où les propriétés fédérales sont situées et aux circonstances particulières applicables. Cela est d'autant plus vrai du fait de la diversité et de la nature parfois unique des propriétés fédérales. Le site de la citadelle — un terrain de 48 acres en plein cœur d'une ville moderne occupé par une fortification du 19^e siècle — se veut un exemple évident. Les principes d'évaluation ne s'appliquent pas automatiquement. Il faut s'attendre à des désaccords légitimes quant à leur application dans un cas donné. Il y a souvent

same situation as an ordinary taxpayer. Where disagreements about an assessment of federal property arise, the Minister cannot take advantage of the assessment appeals processes that would be available to taxpayers subject to particular municipal or provincial regimes. Finally, it makes sense that within this highly discretionary regime of PILTs — a regime that explicitly preserves the Federal Crown’s constitutional immunity from provincial and municipal taxation (s. 15) — the Minister would be armed with ways to protect federal interests against over-zealous assessment authorities should the need arise.

[42] This is not to say that the Minister’s discretion in valuing federal property is unfettered. In exercising his discretion the Minister must comply with the requirements of the Act: *Montreal Port Authority*, at para. 33. As the s. 2(1) definition of “property value” makes clear, the reference point of the Minister’s opinion on valuation is the value that “would be attributable by an assessment authority to federal property”. Just as fairness to the Federal Crown demands that the Minister retain the discretion to come to his own opinion on property value, fairness to municipalities demands that the Minister’s opinion be informed by the tax system that would apply to the federal property in issue if it were taxable.

(2) The Applicable Standard of Review

[43] The Minister’s decision under the Act is discretionary within the legal framework provided by the legislation, as explained in *Montreal Port Authority*: see paras. 32-38. Provided that the Minister applies the correct legal test, his or her exercise of discretion is judicially reviewed for reasonableness: see *Montreal Port Authority*, at paras. 33-36; and *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761, at para. 41. The exercise of discretion must be consistent with the

plus d’une seule « bonne » réponse. Par ailleurs, le ministre n’est pas dans la même situation que le contribuable. En cas de désaccord sur l’évaluation d’une propriété fédérale, le ministre ne peut se prévaloir des processus d’appel mis à la disposition des contribuables assujettis à certains régimes municipaux ou provinciaux. Enfin, dans ce régime hautement discrétionnaire que constituent les PRI — un régime qui préserve expressément l’immunité fiscale constitutionnelle de la Couronne fédérale en l’exonérant des impôts provinciaux et municipaux (art. 15) —, il est logique que le ministre soit en mesure de protéger au besoin les intérêts fédéraux contre le zèle excessif des autorités évaluatrices.

[42] Cela ne veut pas dire que le pouvoir discrétionnaire du ministre en matière d’évaluation des propriétés fédérales soit sans limites. Le ministre doit satisfaire aux exigences de la Loi lorsqu’il exerce son pouvoir discrétionnaire : *Administration portuaire de Montréal*, par. 33. Comme l’indique clairement la définition de l’expression « valeur effective » au par. 2(1), le facteur de référence pour le ministre appelé à se former une opinion de la valeur d’une propriété fédérale est la valeur qu’« une autorité évaluatrice déterminerait » à l’égard de cette propriété. De la même façon que l’équité envers la Couronne fédérale exige que le ministre conserve le pouvoir discrétionnaire de se former sa propre opinion de la valeur à attribuer à la propriété, l’équité envers les municipalités exige que le ministre tienne compte, pour se faire une opinion, du régime fiscal qui s’appliquerait si la propriété fédérale en cause était une propriété imposable.

(2) La norme de contrôle applicable

[43] Comme l’explique la Cour dans l’arrêt *Administration portuaire de Montréal*, la décision du ministre est une décision discrétionnaire prise à l’intérieur du cadre établi par la Loi : voir les par. 32-38. Dans la mesure où le ministre applique le bon critère juridique, la norme de contrôle judiciaire applicable à l’exercice de son pouvoir discrétionnaire est la décision raisonnable : voir *Administration portuaire de Montréal*, par. 33-36, et *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008

principles governing the application of the Act and with the Act's purposes: *Montreal Port Authority*, at para. 47. As LeBel J. said in *Lake* in the context of ministerial discretion in relation to extradition, "The Minister's conclusion will not be rational or defensible if he has failed to carry out the proper analysis. If, however, the Minister has identified the proper test, the conclusion he has reached in applying that test should be upheld by a reviewing court unless it is unreasonable": para. 41.

[44] Reasonableness review is concerned both with the transparency and intelligibility of the reasons given for a decision and with the outcome of the decision-making process: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 47; *Montreal Port Authority*, at para. 38. As Abella J. has recently explained in *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, "the reasons must be read together with the outcome and serve the purpose of showing whether the result falls within a range of possible outcomes": para. 14.

B. Was the Minister's Decision Reasonable?

[45] Although this appeal concerns the valuation of all the land on the Citadel site, the focus here is the Minister's opinion that an assessment authority would attribute a value of \$10 to the land under the glacis. The question is whether that opinion is reasonable. The panel gave no reasons justifying its valuation of the land under the glacis. In fact, it did not assign it a value in its initial report. It was only in its amended report that the Panel, without explanation, inserted the nominal amount of \$10. However, Evans J.A. inferred that the Panel accepted Canada's expert's reasons for assigning the land under the glacis this value. Canada's expert wrote in his report that because of the applicable use and development restrictions this land has no economic value to the owner, and so "no value in exchange": A.R., vol. II, at p. 113. He considered the land to be comparable to four pieces of parkland that had been the subject of

CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, par. 41. L'exercice du pouvoir discrétionnaire doit respecter les principes d'application et l'objet de la Loi : *Administration portuaire de Montréal*, par. 47. Dans l'arrêt *Lake* qui concernait l'extradition, le juge LeBel a affirmé ce qui suit relativement au pouvoir discrétionnaire exercé par le ministre : « [s]ans l'analyse voulue, la conclusion ministérielle n'est ni rationnelle ni justifiable. Or, lorsque le ministre a choisi le bon critère, sa conclusion devrait être confirmée par la cour à moins qu'elle ne soit déraisonnable » : par. 41.

[44] Le contrôle du caractère raisonnable d'une décision porte à la fois sur la transparence et l'intelligibilité des motifs à l'appui de la décision et sur l'issue du processus décisionnel : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 47; *Administration portuaire de Montréal*, par. 38. Comme l'a récemment expliqué la juge Abella dans *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.S.C. 708, « les motifs doivent être examinés en corrélation avec le résultat et ils doivent permettre de savoir si ce dernier fait partie des issues possibles » : par. 14.

B. La décision du ministre était-elle raisonnable?

[45] Bien que le présent pourvoi concerne l'évaluation du terrain qu'occupe la citadelle, l'accent est mis, en l'espèce, sur l'opinion exprimée par le ministre selon laquelle une autorité évaluatrice attribuerait une valeur de 10 \$ au terrain occupé par le glacis. La question est de savoir si cette opinion est raisonnable. Le comité n'a pas motivé son évaluation du terrain occupé par le glacis. En fait, il ne lui a attribué aucune valeur dans son rapport initial. C'est uniquement dans son rapport modifié que le comité, sans fournir d'explications, a inscrit la valeur nominale de 10 \$. Cependant, le juge Evans a déduit que le comité avait accepté la justification donnée par l'expert du gouvernement canadien lorsqu'il a attribué cette valeur au terrain occupé par le glacis. Cet expert-ci avait écrit dans son rapport qu'en raison des restrictions à l'utilisation et à l'aménagement le grevant, le terrain en question n'avait aucune valeur économique pour

transfers at nominal value between Canada and Nova Scotia.

[46] Whether the Panel did or did not accept Canada's expert's reasoning is unclear. It is of course to be regretted that such an important point should be ignored in the Panel's report. However, even accepting the view that the Panel should be taken as having adopted the approach of Canada's appraiser, my view is that the decision is unreasonable.

[47] It is unreasonable, first, because the manner in which the Minister formulated his opinion was inconsistent with his obligation to form an opinion about the value that would be established by an assessment authority. Not only did the Minister not adopt the approach which the relevant assessment authority actually *would* apply to value the property, but he also had evidence before him, apparently not contradicted, that *other Canadian assessment authorities would not value the property* in the way he did. And there was *no evidence that any assessment authority would do so*. On that record, the Minister's opinion is in my view unreasonable. The Minister's opinion is also unreasonable on a second ground: by adopting the view that a national historic site is valueless because it cannot be used for commercial activities, the Minister defeated Parliament's purpose in including national historic sites within the PILT scheme. I will address these two points in turn.

(1) Opinion as to How an Assessment Authority Would Value the Property

[48] The Minister's task with respect to the valuation of property is to form an opinion on the value that "would be attributable by an assessment authority" to the property in question. While, as discussed earlier, the Minister is not bound by

son propriétaire et donc [TRADUCTION] « aucune valeur d'échange » : d.a., vol. II, p. 113. On pouvait, selon l'expert, comparer ce terrain à quatre terrains de parc qui avaient été transférés pour une valeur nominale entre le Canada et la Nouvelle-Écosse.

[46] On ne sait pas si le comité a accepté ou non la justification donnée par l'expert du gouvernement canadien. Il est bien entendu regrettable que le rapport du comité ne permette pas de répondre à une question aussi importante. Cependant, même en admettant qu'il faille considérer que le comité a accepté la méthode de l'évaluateur du gouvernement canadien, je conclus que la décision du ministre est déraisonnable.

[47] Premièrement, la décision est déraisonnable parce que le ministre a manqué à son obligation de se former une opinion de la valeur que déterminerait une autorité évaluatrice. Non seulement le ministre n'a pas adopté la méthode qu'*utiliserait* en fait l'autorité évaluatrice compétente pour évaluer la propriété en question, mais il disposait aussi d'éléments de preuve, apparemment non contredits, selon lesquels *d'autres autorités évaluatrices canadiennes n'évalueraient pas la propriété* comme il l'a fait. De plus, *rien dans la preuve n'indiquait qu'une quelconque autorité évaluatrice aurait évalué la propriété de cette façon*. À la lumière de cette preuve, l'opinion exprimée par le ministre est à mon avis déraisonnable. L'opinion du ministre est également déraisonnable pour un deuxième motif : en adoptant le point de vue selon lequel un lieu historique national est sans valeur parce qu'il ne peut être utilisé à des fins commerciales, le ministre est allé à l'encontre de l'intention du législateur d'inclure les lieux historiques nationaux dans le régime des PRI. J'examine ces deux points à tour de rôle.

(1) L'opinion quant à la façon, pour une autorité évaluatrice, de déterminer la valeur de la propriété

[48] Le rôle du ministre dans l'évaluation d'une propriété consiste à se former une opinion de la valeur qu'*« une autorité évaluatrice déterminerait »* à l'égard de cette propriété. Bien que, comme nous l'avons vu, le ministre ne soit pas tenu d'accepter

the valuation arrived at by the relevant assessment authority, it must nonetheless be a reference point. The difficulty here is that by applying the approach proposed by Canada's appraiser, the Minister attributed nominal value to the land under the glacis solely on the basis of the impossibility of developing it. It is clear, however, that the relevant assessment authority did not take that approach when coming to its view on the market value to which s. 42(1) of the *Assessment Act* refers. Indeed, there was no evidence before the Minister to which we have been referred that *any* assessment authority in Canada uses this approach when valuing sites of this nature. The evidence before the Minister to which we have been referred was in fact to the opposite effect. Halifax's appraiser studied the assessed value of 24 historic sites in 8 provinces. She concluded that only in one province was there any reduction in the land value to account for restrictions on use as a result of designation as a national historic site: A.R., vol. II, at p. 43. Moreover, in the case of the one province where such reduction was observed, the reduction rates were between 20 percent and 50 percent of the market value of surrounding lands. There is little detail in the record as to why these assessment approaches were adopted or why the Minister decided to exercise his discretion as he had in these particular cases and I am not suggesting that the Minister was bound by these examples. The important point is that in no case referred to in the evidence, including in the report of Canada's expert, did an assessment authority attribute nominal value to the land on the basis of use restrictions resulting from the national historic site designation. The most before the Panel that pointed in the other direction was Canada's expert's statement that his appraisal had been carried out in conformity with the requirements of the Canadian Uniform Standards of Professional Appraisal Practice. However, this does nothing to suggest with any specificity that his approach of assigning nominal value to historic sites that do not support economic uses has gained approval in the assessment community. In short, there is no evidence before this Court, just as there was none so far as we can tell before the Panel and the Minister, to suggest that,

l'évaluation faite par l'autorité évaluatrice compétente, cette évaluation doit tout de même servir comme facteur de référence. Le problème en l'espèce tient à ce que, en appliquant la méthode proposée par l'évaluateur du gouvernement canadien, le ministre a attribué au terrain occupé par le glacis une valeur nominale uniquement en raison de l'impossibilité de développer ce terrain. Il est clair toutefois que l'autorité évaluatrice compétente n'a pas utilisé cette méthode d'évaluation lorsqu'elle s'est faite une idée de la valeur marchande à laquelle fait référence le par. 42(1) de l'*Assessment Act*. En fait, selon les renseignements dont nous disposons, rien dans la preuve soumise au ministre ne montre qu'*une quelconque* autorité évaluatrice au Canada utilise une telle méthode pour évaluer des sites de cette nature. Les éléments de preuve soumis au ministre qui nous ont été cités indiquent plutôt le contraire. Dans son étude, l'évaluatrice de Halifax s'est intéressée à la valeur imposable de 24 lieux historiques dans 8 provinces. Elle a conclu que dans seulement une province la valeur du terrain avait été réduite pour tenir compte des restrictions applicables à son utilisation du fait de sa désignation comme lieu historique national : d.a., vol. II, p. 43. De plus, dans la province où une telle réduction avait été observée, les taux de réduction variaient entre 20 et 50 p. 100 de la valeur marchande des terrains avoisinants. Le dossier donne peu de détails expliquant pourquoi ces méthodes d'évaluation ont été retenues ou pourquoi le ministre a décidé d'exercer ainsi son pouvoir discrétionnaire dans ces cas précis, et je ne laisse pas entendre que le ministre était lié par ces exemples. Ce qui importe, c'est que dans aucun des cas relevés dans la preuve — notamment dans le rapport d'expertise du gouvernement canadien — une autorité évaluatrice n'a attribué à un terrain une valeur nominale fondée sur les restrictions à l'utilisation résultant de la désignation du terrain comme lieu historique national. Le principal élément indiquant le contraire soumis au comité consistait en la déclaration de l'expert du gouvernement canadien selon laquelle son évaluation respectait les exigences des Normes uniformes de pratique professionnelle en matière d'évaluation au Canada. Toutefois, cela ne montre pas de façon précise que la méthode consistant à attribuer une valeur nominale à des

with regard to sites of this nature, *any* assessment authority anywhere in Canada applies the approach to valuation used by Canada's appraiser and relied on by the Minister.

[49] *Montreal Port Authority* (at para. 40) made clear that the Minister cannot base his valuation on a "fictitious tax system" that he himself has created, but that is exactly what happened in this case. In light of the state of the record, the approach advocated by Canada's appraiser cannot be viewed as a reasonable basis on which the Minister could perform his duty to form an opinion about the value that "would be attributable by an assessment authority". Adopting this approach was unreasonable.

(2) Statutory Purpose

[50] The Minister's approach to valuation was inconsistent with Parliament's inclusion of historic sites within the ambit of the Act, and with the purpose behind the existence of the PILT scheme.

[51] As discussed in more detail earlier, the stated purpose of the Act is "to provide for the fair and equitable administration of payments in lieu of taxes": s. 2.1. This is accomplished by reconciling the objective of tax fairness for municipalities with the preservation of constitutional immunity from taxation: *Montreal Port Authority*, at para. 20. The Act requires that property value and tax rates be calculated as if the federal property were taxable property belonging to a private owner: *Montreal Port Authority*, at para. 40. Moreover, the Act and its schedules contain detailed lists of various types of property that are included in or excluded from this scheme. The Citadel falls within the definition

lieux historiques n'ayant aucune fonction économique constitue une méthode d'évaluation approuvée dans le milieu de l'évaluation. En bref, aucun élément de preuve soumis à la Cour et, à notre connaissance, aucun des éléments de preuve dont disposaient le comité et le ministre, ne permettent de penser que la méthode d'évaluation utilisée par l'évaluateur du gouvernement canadien, et sur laquelle s'est fondé le ministre, soit utilisée par *une quelconque* autorité évaluatrice au Canada à l'égard de sites de cette nature.

[49] L'arrêt *Administration portuaire de Montréal* (par. 40) indique clairement que le ministre ne peut baser son évaluation sur un « système fiscal fictif » qu'il a créé lui-même. C'est toutefois exactement ce qui s'est passé en l'espèce. Selon la preuve au dossier, on ne peut considérer que la méthode d'évaluation préconisée par l'évaluateur du gouvernement canadien offre un fondement raisonnable permettant au ministre de s'acquitter de son obligation de se former une opinion de la valeur qu'« une autorité évaluatrice déterminerait » à l'égard de la propriété en question. Il était déraisonnable d'utiliser une telle méthode d'évaluation.

(2) L'objet de la Loi

[50] La méthode d'évaluation utilisée par le ministre est incompatible avec l'inclusion des lieux historiques dans le champ d'application de la Loi; elle est incompatible également avec l'objet du régime des PRI.

[51] Comme nous l'avons vu plus en détail précédemment, la Loi a pour objet explicite « l'administration juste et équitable des paiements versés en remplacement d'impôts » : art. 2.1. Elle atteint cet objectif en conciliant l'objectif d'équité fiscale envers les municipalités et la préservation de l'immunité fiscale constitutionnelle : *Administration portuaire de Montréal*, par. 20. La Loi exige que le calcul de la valeur effective et du taux d'imposition se fasse comme si la propriété fédérale était une propriété imposable entre les mains d'un propriétaire privé : *Administration portuaire de Montréal*, par. 40. De plus, la Loi et ses annexes comportent des listes détaillées des différents types de

of “federal property” in s. 2(1) and, as a national historic site of Canada, it is specifically removed from the exclusions relating to parks in urban areas under s. 2(3)(c).

[52] The Minister’s conclusion is fundamentally at odds with this scheme. At the core of his reasoning, it may be inferred, is the proposition that land which, by virtue of its historic site designation, has no development value has only nominal value for PILT purposes. Although the parties agreed that the highest and best use of the property is as a national historic site, the Minister’s determination in effect is that its actual use for that purpose has no value. Canada’s appraiser, who according to the majority of the Federal Court of Appeal supplies the unstated rationale for the Minister’s opinion, put it this way in his report:

As a National Historic site together with the restrictions imposed by the Municipal Zoning Bylaws and the Municipal Development Plan economically beneficial uses of the land have largely been eliminated, thus rendering the land to be economically idle, effectively economically valueless. [Emphasis added; A.R., vol. II, at p. 131.]

[53] This reasoning, in my respectful view, is inconsistent with the Act’s inclusion of national historic sites within the types of federal property eligible for PILTs under the Act, and with the overall purpose of the Act to deal equitably and fairly with Canadian municipalities in relation to payments in lieu of property taxation.

[54] Turning to the first point, Parliament intended that the land on national historic sites of Canada be included in the PILT scheme. That being the case, it is inconsistent with this inclusion to reason in a categorical way, as the Minister did here, that such sites, *by virtue of that status*, have no value for assessment purposes and are

propriétés inclus ou exclus de ce régime. La citadelle est visée par la définition de « propriété fédérale » prévue au par. 2(1) et, en tant que lieu historique national, elle est expressément retirée des exclusions relatives aux parcs situés dans des zones urbaines en application de l’al. 2(3)c.

[52] La conclusion du ministre est fondamentalement incompatible avec ce régime. Il est permis d’inférer que son raisonnement repose essentiellement sur l’idée selon laquelle les terrains n’ayant aucune valeur aux fins d’aménagement en raison de leur désignation comme lieux historiques n’ont qu’une valeur nominale pour l’application du régime des PRI. Bien que les parties se soient entendues pour dire que l’utilisation optimale de la propriété était celle de lieu historique national, le ministre a en fait décidé que son utilisation effective à cette fin n’avait aucune valeur. L’évaluateur du gouvernement canadien qui, selon la Cour d’appel fédérale à la majorité, expose le fondement non déclaré de l’opinion du ministre, s’est exprimé en ces termes dans son rapport :

[TRADUCTION] La désignation du terrain comme lieu historique national, conjuguée aux restrictions imposées par les règlements de zonage municipaux et le plan municipal d’aménagement, éliminent essentiellement toute possibilité d’utilisation profitable du terrain sur le plan économique, de sorte que celui-ci n’offre aucune activité économique et n’a dans les faits aucune valeur au plan économique. [Je souligne; d.a., vol. II, p. 131.]

[53] À mon humble avis, ce raisonnement est incompatible avec le fait que la Loi inclut les lieux historiques nationaux dans les propriétés fédérales donnant droit aux PRI, et il est incompatible avec l’objectif général de la Loi consistant à traiter de façon juste et équitable les municipalités canadiennes dans le versement de paiements en remplacement d’impôts sur la propriété foncière.

[54] S’agissant du premier point, le législateur voulait que les terrains occupés par des lieux historiques nationaux soient inclus dans le régime des PRI. Cela étant, affirmer de façon catégorique, comme l’a fait le ministre en l’espèce, que de tels terrains, n’ont, *compte tenu de ce statut*, aucune valeur aux fins de taxation et ne donnent donc pas

therefore ineligible for PILTs under the scheme. I do not suggest that property subject to the Act can never be given nominal value. It is possible, for example, that in some instances an assessment authority would attribute nominal value to the property if it were under its jurisdiction: see, for example, *Notre-Dame-de-l'Île-Perrot (Paroisse de) v. Société générale des industries culturelles*, [2000] R.J.Q. 345 (C.A.); *Québec (Communauté urbaine) v. Fondation Bagatelle Inc.*, 2001 CanLII 15060 (Que. C.A.), leave to appeal to SCC refused, [2002] 3 S.C.R. xii; *Gander International Airport Authority Inc. v. Gander (Town)*, 2011 NLCA 65, 313 Nfld. & P.E.I.R. 125. But implicit in the Minister's decision in this case is that any land on a national historic site which, for that reason, cannot be developed or support economically productive use has no value. A categorical position such as this fundamentally contradicts Parliament's purpose in making national historic sites subject to the Act.

[55] Discretion conferred by statute must be exercised consistently with the purposes and policies underlying its grant: *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815, at para. 46; see also *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 65; *Oakwood Development Ltd. v. Rural Municipality of St. François Xavier*, [1985] 2 S.C.R. 164, at p. 174; *Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)*, 2001 SCC 37, [2001] 2 S.C.R. 132, at paras. 39-45.

[56] In my respectful view, the Minister's exercise of discretion was contrary to both the purposes and the policy of the Act. Parliament's purpose in including national historic sites within the ambit of the Act was to allow the Minister to make PILTs in respect of such sites, which should be valued under an approach that is conducive to this purpose. It cannot accord with the statutory purpose to accept that the Minister can undercut this inclusion

lieu au versement de PRI selon le régime applicable, est incompatible avec la volonté du législateur de les inclure dans ce régime. Je ne dis pas qu'une propriété assujettie à la Loi ne peut jamais se voir attribuer une valeur nominale. Par exemple, il se peut que, dans certains cas, l'autorité évaluatrice attribue une valeur nominale à une propriété qui est de son ressort : voir, p. ex., *Notre-Dame-de-l'Île-Perrot (Paroisse de) c. Société générale des industries culturelles*, [2000] R.J.Q. 345 (C.A.); *Québec (Communauté urbaine) c. Fondation Bagatelle Inc.*, 2001 CanLII 15060 (C.A. Qué.), autorisation d'appel à la CSC refusée, [2002] 3 R.C.S. xii; *Gander International Airport Authority Inc. c. Gander (Town)*, 2011 NLCA 65, 313 Nfld. & P.E.I.R. 125. Il ressort toutefois implicitement de la décision du ministre en l'espèce que tout terrain situé sur un lieu historique national qui, pour cette raison, ne peut être aménagé ou utilisé de façon profitable sur le plan économique, n'a aucune valeur. Une telle position catégorique contredit fondamentalement l'intention du législateur d'appliquer la Loi aux lieux historiques nationaux.

[55] Un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi doit être exercé en conformité avec les objectifs et les politiques sous-jacents à son octroi : *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815, par. 46; voir aussi *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 65; *Oakwood Development Ltd. c. Municipalité rurale de St. François Xavier*, [1985] 2 R.C.S. 164, p. 174; *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, 2001 CSC 37, [2001] 2 R.C.S. 132, par. 39-45.

[56] À mon humble avis, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le ministre a contrevenu aux objectifs de la Loi et aux politiques qui la sous-tendent. En incluant les lieux historiques nationaux dans le champ d'application de la Loi, le législateur voulait permettre au ministre de verser des PRI à l'égard de tels lieux, et ceux-ci devraient être évalués suivant une approche favorable à l'atteinte de cet objectif. Accepter que le ministre puisse

by adopting a method of valuation that renders it meaningless. The Minister's approach "had the effect of frustrating the very legislative scheme under which the power is conferred": *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539, at para. 174 (internal quotation marks omitted). It was therefore unreasonable.

[57] The Minister's position is also, in my view, at odds with the broader policy of the Act, which is to treat municipalities fairly. It can hardly be thought either fair or equitable to conclude that 42 acres in the middle of a major metropolitan centre has no value for assessment purposes. While admittedly applying market value assessment principles to an historic site is a challenging enterprise, the conclusion that an historic site has no value because it cannot be developed or used in an economically productive way is "out of sync" with the equitable purpose of the PILT scheme. Of course, the presence of an historic site doubtless has spin-off benefits for the community in which it is located. But the Act is directed to fair and equitable PILTs with reference to what taxes would be payable if the site were taxable. The Minister's approach in my view unreasonably departs from that purpose.

[58] It is a challenging task to determine the market value for appraisal purposes of a property whose highest and best use is as a national historic site. While I have concluded that the Minister's approach to this task was unreasonable on the record before him, nothing that I have said in my reasons is intended to approve or adopt any particular approach to this appraisal conundrum or to suggest that the Minister, in order to act reasonably in this case, was obliged to adopt the appraisal method put forward on behalf of the municipality or was required to ignore the use restrictions inherent in the property's highest and best use as a national historic site. What will constitute a reasonable approach on the part of the Minister depends

compromettre l'inclusion des lieux historiques nationaux dans le champ d'application de la Loi en adoptant une méthode d'évaluation qui rende cette inclusion inutile ne saurait être considéré compatible avec l'objectif de la Loi. La méthode retenue par le ministre « a eu pour effet de contrecarrer l'économie même de la loi qui [. . .] confère le [pouvoir] » : *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539, par. 174 (guillemets omis). Elle était donc déraisonnable.

[57] La position du ministre va également, à mon avis, à l'encontre de la politique générale de la Loi suivant laquelle les municipalités doivent être traitées équitablement. La conclusion qu'un terrain de 42 acres situé en plein cœur d'un grand centre métropolitain n'a aucune valeur aux fins de taxation peut difficilement être considérée juste ou équitable. Si l'application des principes d'évaluation du marché à un lieu historique constitue certes un défi, la conclusion qu'un lieu historique n'a aucune valeur parce qu'il ne peut être aménagé ou faire l'objet d'une utilisation profitable sur le plan économique ne cadre toutefois pas avec l'objectif d'équité du régime des PRI. La présence d'un lieu historique dans une collectivité a bien entendu des retombées avantageuses pour celle-ci. Cependant, la Loi vise l'administration juste et équitable des PRI en utilisant comme facteur de référence l'impôt qui serait applicable si la propriété était imposable. À mon avis, la méthode utilisée par le ministre s'écarte déraisonnablement de cet objectif.

[58] Déterminer pour les besoins d'une évaluation la valeur marchande d'une propriété dont l'utilisation optimale est celle d'un lieu historique national représente un défi de taille. Même si j'ai conclu que la façon dont le ministre a abordé cette tâche était déraisonnable, compte tenu du dossier dont il était saisi, je ne dis aucunement dans ces motifs que j'approuve ou que j'adopte une méthode en particulier à l'égard de ce délicat problème d'évaluation. Je ne laisse pas non plus entendre que le ministre, pour agir raisonnablement en l'espèce, était tenu d'adopter la méthode d'évaluation préconisée par la municipalité ou qu'il ne devait pas prendre en compte des restrictions à l'utilisation inhérentes à l'utilisation optimale de la propriété en tant que

on the evidence placed before him in the particular case, viewed through the lens of his statutory duties under the Act and in light of the reasons which he gives for the particular exercise of his statutory discretion.

VII. Disposition

[59] I would allow the appeal and remit this matter to the Minister for redetermination. Should the Minister refer this matter to a Panel, it must be differently constituted. Costs are awarded to the appellant throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Cox & Palmer, Halifax.

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

Solicitor for the intervener the City of Toronto: City of Toronto, Toronto.

Solicitors for the intervener the Federation of Canadian Municipalities: McMillan, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Association of Canadian Port Authorities: Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

Solicitors for the intervener the City of Québec: Giasson et associés, Québec.

lieu historique national. La preuve qui sera présentée au ministre dans l'affaire précise, considérée en fonction des obligations que la Loi lui impose et à la lumière des motifs qu'il donne dans l'exercice particulier de son pouvoir discrétionnaire, déterminera si la démarche qu'il adopte est raisonnable.

VII. Dispositif

[59] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire au ministre pour qu'il rende une nouvelle décision. Si le ministre renvoie cette affaire à un comité, ce dernier doit être constitué différemment. L'appelante a droit aux dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Cox & Palmer, Halifax.

Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la Ville de Toronto : Ville de Toronto, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération canadienne des municipalités : McMillan, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association des administrations portuaires canadiennes : Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Ville de Québec : Giasson et associés, Québec.

City of Westmount *Appellant*

v.

**Richard Rossy, Sharon Rossy,
Justin Rossy, Luke Rossy, Nicholas Rossy
and Société de l'assurance automobile du
Québec** *Respondents*

INDEXED AS: WESTMOUNT (CITY) v. ROSSY

2012 SCC 30

File No.: 34060.

2012: February 13; 2012: June 22.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish,
Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

*Insurance — Automobile insurance — No-fault public
automobile insurance scheme — Tree falling on vehicle
causing driver's death — Type of causal link necessary
between damage and automobile — Whether driver's
injuries were "caused by an automobile, by the use thereof
or by the load carried in or on an automobile" — Auto-
mobile Insurance Act, R.S.Q., c. A-25, s. 1 "accident",
"damage caused by an automobile".*

*Civil procedure — Exception to dismiss action —
Tree falling on vehicle causing driver's death — Driver's
family members filing action in damages against city
where accident occurred — Whether civil claim barred
by virtue of public automobile insurance scheme's ap-
plication — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25,
arts. 75.1, 165(4) — Automobile Insurance Act, R.S.Q.,
c. A-25, s. 83.57.*

R was killed when a tree fell on the vehicle he was driving in the City of Westmount. R's parents and three brothers filed an action in damages against the City on the basis of civil liability under the *Civil Code of Québec*. They alleged that, as the owner of the tree, the City had failed to properly maintain it. The City moved to dismiss the action under arts. 165(4) and 75.1 of the *Code of Civil Procedure*. It argued that the injury resulted from an accident caused by an automobile and, therefore, that any compensation for personal injury

Ville de Westmount *Appelante*

c.

**Richard Rossy, Sharon Rossy,
Justin Rossy, Luke Rossy, Nicholas Rossy
et Société de l'assurance automobile du
Québec** *Intimés*

RÉPERTORIÉ : WESTMOUNT (VILLE) c. ROSSY

2012 CSC 30

N° du greffe : 34060.

2012 : 13 février; 2012 : 22 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel,
Deschamps, Fish, Abella, Cromwell et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Assurance — Assurance automobile — Régime pu-
blic d'assurance automobile sans égard à la responsa-
bilité — Arbre tombé sur un véhicule cause la mort du
conducteur — Type de lien de causalité nécessaire entre
le préjudice et l'automobile — Le préjudice subi par le
conducteur a-t-il été « causé par une automobile, par
son usage ou par son chargement »? — Loi sur l'assu-
rance automobile, L.R.Q., ch. A-25, art. 1 « accident »,
« préjudice causé par une automobile ».*

*Procédure civile — Moyens de non-recevabilité —
Arbre tombé sur un véhicule cause la mort du conduc-
teur — Membres de la famille du conducteur intentent
une poursuite en dommages-intérêts contre la ville où
s'est produit l'accident — La poursuite civile est-elle
irrecevable du fait de l'application du régime public
d'assurance automobile? — Code de procédure civile,
L.R.Q., ch. C-25, art. 75.1, 165(4) — Loi sur l'assurance
automobile, L.R.Q., ch. A-25, art. 83.57.*

R a été tué lorsqu'un arbre est tombé sur le véhicule qu'il conduisait dans la ville de Westmount. Les parents de R ainsi que ses trois frères ont intenté un recours en dommages-intérêts contre la ville en se fondant sur la responsabilité civile qui lui incomberait, selon eux, aux termes du *Code civil du Québec*. Ils alléguaient que, en sa qualité de propriétaire de l'arbre, la ville n'avait pas bien entretenu l'arbre en question. La Ville a demandé le rejet de l'action en application du par. 165(4) et de l'art. 75.1 du *Code de procédure civile*. Elle a soutenu

was governed by the *Automobile Insurance Act* (“Act”). The Superior Court granted the City’s motion and dismissed the action. The Court of Appeal concluded that an injury is not “damage caused by an automobile” simply because the victim was in a vehicle at the time of the accident. It found that the motion’s allegations led to the conclusion that there was nothing to connect R’s injuries with the fact that he was in a vehicle. It allowed the appeal and held that the case could proceed in the Superior Court.

Held: The appeal should be allowed.

The Act is considered remedial legislation. Therefore, it must be interpreted in accordance with s. 41 of the *Interpretation Act*. It must be given a large and liberal interpretation to ensure that its purpose is attained. The Court of Appeal’s decision in *Productions Pram inc. v. Lemay*, [1992] R.J.Q. 1738, teaches that, in determining whether the Act applies, a court must not look for a traditional causal link between fault and damage as is routinely done in delictual or quasi-delictual civil liability cases. The principles from *Pram* are a useful guide to the interpretation of the Act and should be reaffirmed. Each case must be considered on its facts. However, at a minimum, an accident arising out of the use of a vehicle as a means of transportation will fall within the definition of “accident” in the Act and will therefore be “caused by an automobile” within the meaning of the Act. Any civil action in connection with the damage caused by that accident will be barred and victims will have to file a claim with the Société de l’assurance automobile du Québec. The vehicle’s role in the accident need not be an active one. The mere use or operation of the vehicle, as a vehicle, will be sufficient for the Act to apply. This interpretation follows from a straightforward application of the principles developed in *Pram*. It is in line with the jurisprudence and the literature, and it gives effect to the objective of the legislative scheme.

On the facts of this case, the Act applies to R’s accident. Although the vehicle may have been stationary or moving through an intersection, the evidence on the record is that R was using the vehicle as a means of transportation when the accident occurred. This is enough to find that the damage arose as a result of an “accident” within the meaning of the Act and that the

que le préjudice résultait d’un accident causé par une automobile et que toute indemnisation pour le préjudice à la personne était donc régie par la *Loi sur l’assurance automobile* (« Loi »). La Cour supérieure a accueilli la requête de la Ville et rejeté l’action. La Cour d’appel a conclu qu’une blessure n’est pas un « préjudice causé par une automobile » seulement parce qu’une victime se trouve dans le véhicule au moment de l’accident. Elle a conclu que les allégations de la requête introductive d’instance menaient à la conclusion selon laquelle rien ne liait les préjudices corporels subis par R au fait qu’il se trouvait dans un véhicule. Elle a accueilli le pourvoi et autorisé la continuation de la cause en Cour supérieure.

Arrêt : L’appel est accueilli.

La Loi est considérée comme une loi remédialrice. Il faut donc l’interpréter conformément à l’art. 41 de la *Loi d’interprétation*. Elle doit recevoir une interprétation large et libérale afin de garantir l’accomplissement de son objet. La décision de la Cour d’appel dans l’arrêt *Productions Pram inc. c. Lemay*, [1992] R.J.Q. 1738, nous enseigne que, pour décider si la Loi s’applique, les tribunaux n’ont pas à chercher un lien causal traditionnel entre la faute et le dommage, comme cela se fait couramment dans les causes civiles délictuelles ou quasi délictuelles. Les principes qui émanent de *Pram* guident utilement les tribunaux lorsqu’il s’agit d’interpréter la Loi et ils doivent être réaffirmés. Chaque cas doit être examiné en fonction de ses faits propres. Cependant, à tout le moins, un accident qui découle de l’utilisation d’un véhicule comme moyen de transport répondra à la définition du terme « accident » utilisé dans la Loi et aura donc été « causé par une automobile » au sens où il faut l’entendre pour l’application de la Loi. Tout recours civil relatif au dommage causé par l’accident en question sera irrecevable et les victimes devront formuler une réclamation auprès de la Société de l’assurance automobile du Québec. Il n’est pas nécessaire que le véhicule ait été une cause active de l’accident. La simple utilisation ou conduite du véhicule en tant que véhicule suffiront pour que la Loi s’applique. Cette interprétation découle d’une simple application des principes élaborés dans *Pram*. Elle est, en outre, compatible avec la jurisprudence et la doctrine, et elle donne effet à l’objectif que vise le régime législatif.

Lorsqu’on applique ce test aux faits de la présente affaire, on doit conclure que la Loi s’applique à l’accident dont R a été victime. S’il est vrai que l’automobile était possiblement stationnaire ou en train de traverser un carrefour, selon la preuve au dossier, R l’utilisait comme moyen de transport lorsque l’accident est survenu. Cela suffit pour conclure que le préjudice est le

no-fault benefits of the scheme are triggered. Therefore, the civil claim is barred and R's parents and brothers must turn instead to the Société de l'assurance automobile du Québec for compensation. The Court of Appeal erred in interpreting the Act too narrowly. Such an interpretation risks unduly restricting the intended application of Quebec's no-fault scheme and must therefore be rejected.

Cases Cited

Applied: *Productions Pram inc. v. Lemay*, [1992] R.J.Q. 1738; **distinguished:** *Amos v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1995] 3 S.C.R. 405; *Citadel General Assurance Co. v. Vytlingam*, 2007 SCC 46, [2007] 3 S.C.R. 373; **considered:** *Périard v. Ville de Sept-Îles*, [1985] I.L.R. 7557; *McMillan v. Thompson (Rural Municipality)* (1997), 144 D.L.R. (4th) 53; **referred to:** *Lumbermens Mutual Casualty Co. v. Herbison*, 2007 SCC 47, [2007] 3 S.C.R. 393; *Québec (Procureur général) v. Villeneuve*, [1996] R.J.Q. 2199; *Bédard v. Royer*, [2003] R.J.Q. 2455; *Compagnie d'assurance Victoria du Canada v. Neveu*, [1989] R.R.A. 226; *Succession André Dubois v. Ministère des Transports du Québec*, Que. C.A., No. 500-09-001027-937, March 25, 1997, aff'g Sup. Ct. (Montréal), No. 500-05-000204-907, April 30, 1993.

Statutes and Regulations Cited

Automobile Accident Insurance Act, R.S.S. 1978, c. A-35, s. 40.2(1).
Automobile Insurance Act, R.S.Q., c. A-25, s. 1 "accident", "automobile", "damage caused by an automobile", Title II, ss. 5-7, 69, 83.57, Title III.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 75.1 [rep. 2009, c. 12, s. 3], 165(4).
Interpretation Act, R.S.Q., c. I-16, s. 41.
Manitoba Public Insurance Corporation Act, C.C.S.M. c. P215, ss. 70(1) "accident", "bodily injury caused by an automobile", 72.
Revised Regulation (1984) under the Insurance (Motor Vehicle) Act, B.C. Reg. 447/83, s. 79(1) [am. 335/84, Sch., item 19 and 379/85, Sch., item 31].

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 7^e éd., vol. I, *Principes généraux*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2007.
 Gardner, Daniel. "L'interprétation de la portée de la *Loi sur l'assurance automobile*: un éternel recommencement" (2011), 52 *C. de D.* 167.

résultat d'un « accident » au sens de la Loi et que, dès lors, le droit à une indemnité sans égard à la responsabilité prévue par le régime s'applique. Ainsi, la demande civile est irrecevable et les parents et les frères de R doivent s'adresser à la Société de l'assurance automobile du Québec pour être indemnisés. La Cour d'appel a commis une erreur en interprétant la Loi trop étroitement. Une telle interprétation risque de restreindre indûment l'application souhaitée du régime québécois sans égard à la responsabilité et doit donc être rejetée.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Productions Pram inc. c. Lemay*, [1992] R.J.Q. 1738; **distinction d'avec les arrêts :** *Amos c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1995] 3 R.C.S. 405; *Citadelle, Cie d'assurances générales c. Vytlingam*, 2007 CSC 46, [2007] 3 R.C.S. 373; **arrêts examinés :** *Périard c. Sept-Îles (Ville de)*, [1985] J.Q. n° 538 (QL); *McMillan c. Thompson (Rural Municipality)* (1997), 144 D.I.R. (4th) 53; **arrêts mentionnés :** *Lumbermens Mutual Casualty Co. c. Herbison*, 2007 CSC 47, [2007] 3 R.C.S. 393; *Québec (Procureur général) c. Villeneuve*, [1996] R.J.Q. 2199; *Bédard c. Royer*, [2003] R.J.Q. 2455; *Compagnie d'assurance Victoria du Canada c. Neveu*, [1989] R.R.A. 226; *Succession André Dubois c. Ministère des Transports du Québec*, C.A. Qué., n° 500-09-001027-937, 25 mars 1997, conf. C.S. (Montréal), n° 500-05-000204-907, 30 avril 1993.

Lois et règlements cités

Automobile Accident Insurance Act, R.S.S. 1978, ch. A-35, art. 40.2(1).
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 75.1 [abr. 2009, ch. 12, art. 3], 165(4).
Loi d'interprétation, L.R.Q., ch. I-16, art. 41.
Loi sur l'assurance automobile, L.R.Q., ch. A-25, art. 1 « accident », « automobile », « préjudice causé par une automobile », titre II, art. 5-7, 69, 83.57, titre III.
Loi sur la Société d'assurance publique du Manitoba, C.P.L.M. ch. P215, art. 70(1) « accident », « dommage corporel causé par une automobile », 72.
Revised Regulation (1984) under the Insurance (Motor Vehicle) Act, B.C. Reg. 447/83, art. 79(1) [mod. 335/84, ann., art. 19 et 379/85, ann., art. 31].

Doctrine et autres documents cités

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 7^e éd., vol. I, *Principes généraux*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2007.
 Gardner, Daniel. « L'interprétation de la portée de la *Loi sur l'assurance automobile* : un éternel recommencement » (2011), 52 *C. de D.* 167.

Gardner, Daniel. “La Loi sur l’assurance automobile: loi d’interprétation libérale?” (1992), 33 *C. de D.* 485.
 Roussseau-Houle, Thérèse. “Le régime québécois d’assurance automobile, vingt ans après” (1998), 39 *C. de D.* 213.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Thibault and Dufresne J.J.A. and Cournoyer J. (*ad hoc*)), 2010 QCCA 2131, [2010] R.J.Q. 2338, SOQUIJ AZ-50692792, [2010] J.Q. n° 12046 (QL), 2010 CarswellQue 12485, setting aside a decision of Reimnitz J., 2008 QCCS 4471, SOQUIJ AZ-50513905, [2008] J.Q. n° 9318 (QL), 2008 CarswellQue 9489. Appeal allowed.

André Legrand and Dominic Dupoy, for the appellant.

Julius H. Grey, Politimi Karounis and Lynne-Marie Casgrain, for the respondents Richard Rossy et al.

No one appeared for the respondent Société de l’assurance automobile du Québec.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

[1] This appeal arises out of a tragic accident. In August 2006, a tree in the City of Westmount (“City”) fell on a vehicle that Gabriel Anthony Rossy was in, killing him. Mr. Rossy’s parents and three brothers (the “respondents”) filed an action in damages against the appellant, the City, on the basis of civil liability under the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64. The question before this Court is whether the respondents’ action against the City is barred. If the claim falls under Québec’s automobile insurance scheme, any compensation arising from the incident would be governed by that scheme and this would preclude a civil action. In order for the claim to fall under Québec’s automobile insurance scheme, thereby preventing the respondents from suing the City, Mr. Rossy’s death must have resulted from an “accident” within the

Gardner, Daniel. « La Loi sur l’assurance automobile : loi d’interprétation libérale? » (1992), 33 *C. de D.* 485.
 Rousseau-Houle, Thérèse. « Le régime québécois d’assurance automobile, vingt ans après » (1998), 39 *C. de D.* 213.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Thibault, Dufresne et Cournoyer (*ad hoc*)), 2010 QCCA 2131, [2010] R.J.Q. 2338, SOQUIJ AZ-50692792, [2010] J.Q. n° 12046 (QL), 2010 CarswellQue 12485, qui a infirmé une décision du juge Reimnitz, 2008 QCCS 4471, SOQUIJ AZ-50513905, [2008] J.Q. n° 9318 (QL), 2008 CarswellQue 9489. Pourvoi accueilli.

André Legrand et Dominic Dupoy, pour l’appelante.

Julius H. Grey, Politimi Karounis et Lynne-Marie Casgrain, pour les intimés Richard Rossy et autres.

Personne n’a comparu pour l’intimée la Société de l’assurance automobile du Québec.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[1] Le pourvoi résulte d’un tragique accident. En août 2006, un arbre situé dans la ville de Westmount (« Ville » ou « appelante ») est tombé sur le véhicule dans lequel se trouvait Gabriel Anthony Rossy et l’a tué. Les parents et les trois frères de ce dernier (les « intimés ») ont intenté un recours en dommages-intérêts contre l’appelante en se fondant sur la responsabilité civile qui lui incomberait, selon eux, aux termes du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64. Notre Cour doit se prononcer sur la recevabilité de cette action. Si la situation relève du régime d’assurance automobile du Québec, toute indemnisation découlant de l’incident est régie par ce régime, ce qui ferait obstacle à un recours civil. Pour que l’action relève du régime en question et empêche donc les intimés de poursuivre la Ville, le décès de M. Rossy doit avoir découlé d’un

meaning of the *Automobile Insurance Act*, R.S.Q., c. A-25 (“Act”), that is, an event in which injury or damage was “caused by an automobile, by the use thereof or by the load carried in or on an automobile” (s. 1 “damage caused by an automobile”). This is the crux of the appeal.

[2] For the reasons that follow, I conclude that the respondents’ claim is barred. The injury was an “accident” within the meaning of the Act. I would allow the appeal and dismiss the action against the City.

II. Facts

[3] The facts of this case are straightforward. One summer evening in 2006, Mr. Rossy was killed when a tree fell on the vehicle he was driving, according to the evidence in the record. The respondents started an action in the Quebec Superior Court against the City as the owner of the tree, alleging that the City had failed to properly maintain it. The respondents specifically pleaded that “[t]he cause of the incident was totally independent of the operation of the automobile and the liability is not precluded by Quebec’s no fault system of automobile insurance” (A.R., at p. 30).

[4] The City moved to dismiss the action under arts. 165(4) and 75.1 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25. It argued that the injury resulted from an accident caused by an automobile and, therefore, that any compensation for personal injury was governed by the Act. Because the automobile insurance scheme applied, it argued, the respondents were precluded from suing the City under the general law of civil liability.

III. Judicial History

A. *Quebec Superior Court, Reimnitz J., 2008 QCCS 4471 (CanLII)*

[5] The motion judge began by setting out the principles from the relevant authorities. He noted

« accident » au sens de la *Loi sur l’assurance automobile*, L.R.Q., ch. A-25 (« Loi »), c’est-à-dire un événement au cours duquel des blessures ou un préjudice ont été « causé[s] par une automobile, par son usage ou par son chargement » (art. 1 « préjudice causé par une automobile »). Tel est le cœur du présent pourvoi.

[2] Pour les motifs qui suivent, je conclus que le recours intenté par les intimés est irrecevable. L’incident a été un « accident » au sens de la Loi. Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rejeter le recours intenté contre la Ville.

II. Les faits

[3] Les faits de l’espèce sont simples. Selon la preuve dont nous disposons, un soir de l’été 2006, M. Rossy a été tué lorsqu’un arbre est tombé sur le véhicule qu’il conduisait. Les intimés se sont adressés à la Cour supérieure du Québec et ont intenté un recours contre la Ville, en sa qualité de propriétaire de l’arbre. Ils alléguaient que cette dernière n’avait pas bien entretenu l’arbre en question. Les intimés ont explicitement soutenu que [TRADUCTION] « [l]a cause de l’incident n’a absolument rien à voir avec l’usage de l’automobile [et que] la responsabilité n’est pas exclue par le régime québécois d’assurance automobile sans égard à la responsabilité » (d.a., p. 30).

[4] La Ville a demandé le rejet de l’action en application du par. 165(4) et de l’art. 75.1 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25. Elle a soutenu que le préjudice résultait d’un accident causé par une automobile et que toute indemnisation pour le préjudice à la personne était donc régie par la Loi. Puisque, selon elle, le régime d’assurance automobile s’applique, elle soutient que les intimés ne pouvaient pas la poursuivre en vertu du droit général de la responsabilité civile.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec, le juge Reimnitz, 2008 QCCS 4471 (CanLII)*

[5] Le juge des requêtes a d’abord exposé les principes applicables qui se dégagent de la

that the Act is remedial legislation of a social nature, which must be given full effect. In this respect, the Act must be construed broadly and liberally in order to promote its primary purpose, which is to compensate victims of traffic accidents generally. However, this interpretation must be plausible and logical, having regard to the wording of the Act.

[6] The motion judge stated that, in order to fall under the Act, an accident must occur in the normal course of the vehicle's use. If it does, there is no need to look for a traditional causal link. At paragraph 17, he endorsed the following comments by Baudouin J.A. in *Productions Pram inc. v. Lemay*, [1992] R.J.Q. 1738 (C.A.), at p. 1741:

[TRANSLATION] . . . the causal link required by the Act is *sui generis*, and . . . in characterizing that link, it is unhelpful to rigidly adhere to any of the traditional doctrinal constructs of *causa causans*, *causa proxima*, adequate causation, proximate causation and equivalence of conditions. Those theories are very helpful in the general law, particularly where the judge must assess the causal relationship between fault and damage. They are not helpful here.

[7] Further, the vehicle need not play an active role in the ensuing damage. Section 1 of the Act refers not only to damage “caused by an automobile” but also to damage “caused . . . by the use thereof or by the load carried in or on an automobile”. Thus, the motion judge reasoned, it is not necessary for the damage to be caused directly by the vehicle itself, as long as the damage arises within the general context of the vehicle's use. He stated that requiring a victim to prove that the vehicle was the effective cause of the injury would constitute an undue burden that would frustrate the remedial purpose of the Act.

[8] Finally, the motion judge endorsed the view that the decisions of this Court raised by the City — *Amos v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1995] 3 S.C.R. 405; *Citadel General Assurance Co. v. Vytlingam*, 2007 SCC 46, [2007] 3 S.C.R. 373; *Lumbermens Mutual Casualty Co.*

jurisprudence et d'autres sources. Il a souligné que la Loi est une loi remédiate à caractère social à laquelle il faut donner tout son effet. Ainsi, il faut lui donner une interprétation large et libérale pour favoriser la réalisation de son objet principal, soit indemniser les victimes d'accidents de la route en général. Cette interprétation doit cependant rester plausible et logique eu égard au libellé de la Loi.

[6] Le juge des requêtes a mentionné que, pour qu'un accident tombe sous le coup de la Loi, il doit se produire dans le cours normal de l'usage du véhicule. Dans de tels cas, il n'y a pas lieu de rechercher le lien de causalité traditionnel. Au paragraphe 17, il a souscrit aux commentaires suivants formulés par le juge Baudouin dans *Productions Pram inc. c. Lemay*, [1992] R.J.Q. 1738 (C.A.), p. 1741 :

. . . le lien de causalité requis par la loi est un lien *sui generis* et [. . .] il est vain, pour le qualifier, de s'enfermer dans les constructions doctrinales traditionnelles de la *causa causans*, *causa proxima*, causalité adéquate, causalité immédiate ou équivalence des conditions. Ces théories sont d'un grand secours en droit commun, notamment lorsqu'il s'agit, pour le juge, d'évaluer le rapport causal entre la faute et le dommage. Elles ne le sont pas ici.

[7] De plus, il n'est pas nécessaire que le véhicule joue un rôle actif pour causer le préjudice. En effet, l'article premier de la Loi réfère non pas uniquement au préjudice « causé par une automobile » mais aussi à celui « causé [. . .] par son usage ou par son chargement ». Par conséquent, le juge des requêtes a jugé qu'il n'était pas nécessaire que le préjudice soit causé directement par le véhicule lui-même, à condition qu'il découle du cadre général de l'usage du véhicule. Selon lui, exiger qu'une victime prouve que le véhicule a été la cause véritable du préjudice lui ferait porter un fardeau indu qui contrecarrerait l'objet de la Loi, soit l'indemnisation.

[8] Finalement, le juge des requêtes a souligné que les décisions de la Cour suprême invoquées par la Ville — *Amos c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1995] 3 R.C.S. 405; *Citadelle, Cie d'assurances générales c. Vytlingam*, 2007 CSC 46, [2007] 3 R.C.S. 373; *Lumbermens Mutual*

v. *Herbison*, 2007 SCC 47, [2007] 3 S.C.R. 393 — were not based on the same applicable legislation.

[9] For these reasons, the motion judge granted the City’s motion and dismissed the action on the basis of the principles set out in *Pram*.

B. *Quebec Court of Appeal, Thibault and Dufresne J.J.A. and Cournoyer J. (ad hoc)*, 2010 QCCA 2131, [2010] R.J.Q. 2338

[10] The Court of Appeal framed the issue as follows: Given that the facts alleged in the motion to institute proceedings are assumed to be true, is the applicable law the Act or the general law of civil liability under the *Civil Code of Québec*?

[11] The Court of Appeal began by noting that whether a causal link exists, that is whether the injury was “damage caused by an automobile” as defined in the Act, is a question of [TRANSLATION] “logic and fact” (para. 14). This, it said, is one of six principles set out by Baudouin J.A. in *Pram*.

[12] The Court of Appeal acknowledged that the purpose of the Act is to compensate an accident victim for damage caused by an automobile, but it was of the view that the Act was not designed to dispense with the principles of civil liability in every case in which the victim was in a vehicle. It cited several cases in which courts have held that the Act was inapplicable, finding that those cases demonstrate that [TRANSLATION] “the courts have made good use of logic and common sense in light of the facts of each case” (para. 30).

[13] The Court of Appeal concluded that the respondents’ injury was not caused by an automobile, its use or its load. It allowed the appeal and held that the case could proceed in the Superior Court. It stated that, as some courts have held, an injury is not “damage caused by an automobile” simply because the victim was in a vehicle at the time of the accident. It agreed that for the purposes of the motion, the respondents’ allegations had to be

Casualty Co. c. Herbison, 2007 CSC 47, [2007] 3 R.C.S. 393 — n’étaient pas fondées sur la même loi.

[9] Pour ces motifs, le juge des requêtes a accueilli la requête de la Ville et rejeté l’action en se fondant sur les principes énoncés dans *Pram*.

B. *Cour d’appel du Québec, les juges Thibault, Dufresne et Cournoyer (ad hoc)*, 2010 QCCA 2131, [2010] R.J.Q. 2338

[10] La Cour d’appel a circonscrit comme suit la question en litige : puisqu’il est tenu pour acquis que les faits allégués dans la déclaration originale sont vrais, quel est le régime légal applicable, la Loi ou le droit civil général en matière de responsabilité énoncé dans le *Code civil du Québec*?

[11] La Cour d’appel a d’abord souligné que la question de l’existence d’un lien de causalité, soit de savoir si le « préjudice a été causé par une automobile » au sens de la Loi, est une question « de logique et de fait » (par. 14). Il s’agit, l’a rappelé la Cour d’appel, d’un des six principes élaborés par le juge Baudouin de la Cour d’appel dans l’arrêt *Pram*.

[12] La Cour d’appel a reconnu que la Loi vise à indemniser le préjudice causé par une automobile. Elle était toutefois aussi d’avis que ce texte législatif n’a pas été conçu pour soustraire toutes les situations où la victime se trouvait dans un véhicule aux règles de responsabilité civile. Elle a cité plusieurs décisions dans lesquelles la Loi a été jugée inapplicable. Or, selon la Cour d’appel, ces décisions démontrent que « les tribunaux ont fait un bon usage de la logique et du sens commun compte tenu des faits de chaque cause » (par. 30).

[13] La Cour d’appel a conclu que le préjudice subi par les intimés n’a pas été causé par une automobile, par son usage ou par son chargement. Elle a accueilli le pourvoi et autorisé la continuation de la cause en Cour supérieure. La Cour d’appel a affirmé que, conformément à un courant de jurisprudence, un préjudice n’est pas un « préjudice causé par une automobile » seulement parce qu’une victime se trouve dans le véhicule au moment de

assumed to be true. Unlike the motion judge, however, the Court of Appeal found that the allegations led to the conclusion that there was nothing to connect Mr. Rossy's injuries with the fact that he was in a vehicle:

[TRANSLATION] At the stage of a motion to dismiss, the allegations in the pleading become crucial, since they must be assumed to be true. Here, the Rossy family allege in paragraphs 4 and 5 of their motion to institute proceedings, first, that Gabriel Anthony's death was caused solely by the fall of a tree and, second, that the City is liable for the injury suffered as a result of its failure to maintain the tree, which it owned. It is true that the young man was in an automobile when the tree fell on it, but there is nothing that can connect the injury he suffered with the fact that he was in an automobile. The automobile is merely what he happened to be in when the tree fell. He could just as well have been walking, cycling, rollerblading, etc., and suffered the same injury. But the result would have been different if, for example, the falling tree had caused the automobile in which Gabriel Anthony was travelling to crash into the tree or to swerve off course and become involved in an accident. [para. 40]

IV. Analysis

A. *Issue*

[14] The main issue in this appeal is the scope of the Act and whether the respondents' claim is barred by virtue of its application in this case. To resolve it, the Court must determine what is "damage caused by an automobile, by the use thereof or by the load carried in or on an automobile" for the purpose of s. 1 of the Act.

[15] As a preliminary procedural matter, given that this issue was raised on a motion to dismiss the action in damages under arts. 75.1 and 165(4) of the *Code of Civil Procedure*, the Court of Appeal correctly noted that, in order to determine whether the Act applies to this case, the facts alleged in the respondents' initial action must be deemed to be

l'accident. Elle a convenu que pour trancher la requête, il fallait tenir pour acquis que les allégations des intimés étaient avérées. Cela étant dit, contrairement au juge des requêtes, la Cour d'appel a conclu que les allégations menaient à la conclusion selon laquelle rien ne liait les préjudices corporels subis par M. Rossy au fait qu'il se trouvait dans un véhicule :

Au stade d'une requête en rejet d'action, les allégations de la procédure prennent une importance cruciale puisqu'elles doivent être tenues pour avérées. Ici, la famille Rossy allègue, aux paragraphes 4 et 5 de sa requête introductive d'instance, que le décès de Gabriel Anthony a comme unique cause la chute d'un arbre, d'une part et que la Ville est responsable du préjudice subi en raison d'un défaut d'entretien de cet arbre dont elle est propriétaire, d'autre part. Certes, le jeune homme était à bord d'une automobile lorsque l'arbre s'est abattu sur celle-ci, mais rien ne permet de relier le préjudice qu'il a subi au fait qu'il était dans une automobile. Celle-ci ne constituait que l'habitable où il se trouvait lors de la chute de l'arbre. Il aurait aussi bien pu être à pied, à bicyclette, en patins à roues alignées, etc. et il aurait subi le même préjudice. En revanche, la solution aurait été différente si, par exemple, en raison de la chute de l'arbre, l'automobile dans laquelle circulait Gabriel Anthony avait percuté cet arbre ou avait dévié de son chemin pour être impliqué dans un accident. [par. 40]

IV. Analyse

A. *La question en litige*

[14] La principale question en litige dans le présent pourvoi porte sur la portée de la Loi et sur celle de savoir si la demande des intimés doit échouer du fait que la Loi s'applique bel et bien en l'espèce. Pour y répondre, il faudra déterminer si le « préjudice [a été] causé par une automobile, par son usage ou par son chargement » au sens de l'article premier de la Loi.

[15] Le présent dossier a été porté devant les tribunaux pour que ces derniers tranchent une requête en rejet d'une action en dommages-intérêts, requête présentée en application de l'art. 75.1 et du par. 165(4) du *Code de procédure civile*. Puisqu'il s'agit d'une question procédurale préliminaire, la Cour d'appel a eu raison de souligner que pour

true under art. 165(4). In accordance with art. 75.1, the court may consider transcripts of the evidence given by the parties on discovery to assist in determining what facts are being alleged. Although art. 75.1 was repealed in 2009 (S.Q. 2009, c. 12, s. 3), it was still in force at the time the motion was heard in the Superior Court.

[16] In this case, the discovery transcripts indicate that one of the respondents gave evidence to the effect that Mr. Rossy was “in the street driving” when the accident occurred (A.R., at p. 113). It is unclear, however, whether the vehicle was stationary or moving through an intersection at the moment of impact. What does appear to be undisputed is that Mr. Rossy was travelling from point A to point B when the accident occurred. These are the facts that must be considered to determine whether the Act applies to bar the respondents’ civil action.

B. *Legislative Scheme*

(1) Background

[17] The Act came into force in 1978 in response to growing dissatisfaction with the system of civil liability for automobile accidents that existed at the time. In 1971, the Quebec government had established a committee to study and report on the extent to which victims of automobile accidents were being compensated, either through civil actions or through the existing insurance scheme. The committee’s report found that a large number of victims went uncompensated, that trying to obtain compensation could take years and that the cost of obtaining compensation was in the tens of thousands of dollars (see e.g. D. Gardner, “L’interprétation de la portée de la *Loi sur l’assurance automobile*: un éternel recommencement” (2011), 52 *C. de D.* 167; T. Rousseau-Houle, “Le régime québécois d’assurance automobile, vingt ans après” (1998), 39 *C. de D.* 213; *Québec (Procureur général) v.*

déterminer si l’affaire est visée par le régime législatif, la cour doit tenir pour avérés les faits allégués par les intimés dans la procédure introductive d’instance compte tenu du libellé du par. 165(4) du *Code de procédure civile*. En application de l’art. 75.1, la Cour peut prendre connaissance de la transcription des interrogatoires au préalable des parties pour l’aider à déceler quels sont les faits allégués. Même si l’art. 75.1 a été abrogé en 2009 (L.Q. 2009, ch. 12, art. 3), il était encore en vigueur au moment où la requête a été entendue par la Cour supérieure.

[16] En l’espèce, la transcription des interrogatoires au préalable indique que selon le témoignage d’un des intimés, M. Rossy était [TRADUCTION] « sur la route, en train de conduire » lorsque l’accident s’est produit (d.a., p. 113). La preuve ne permet pas de déterminer clairement si le véhicule était stationnaire ou en train de traverser un carrefour au moment de l’impact. Cependant, il ne semble pas contesté que M. Rossy se déplaçait du point A vers le point B lorsque l’accident s’est produit. La Cour est appelée à déterminer si l’application du régime législatif fait échec à la poursuite civile intentée par les intimés sur la base de ces faits.

B. *Le régime législatif*

(1) Les faits

[17] La Loi est entrée en vigueur en 1978. Elle répondait à l’insatisfaction grandissante à l’égard du système de responsabilité civile en place à l’époque pour régler les litiges découlant d’accidents de la route. En 1971, le gouvernement du Québec avait mis sur pied un comité chargé de lui faire rapport après avoir étudié la réelle indemnisation des victimes d’accidents d’automobile, que ce soit au terme de recours civils ou en vertu du régime d’assurance en place. Selon le rapport du comité, un grand nombre de ces victimes n’étaient pas indemnisées; il pouvait s’écouler des années avant qu’elles n’obtiennent réparation et le coût des procédures de recouvrement pouvait atteindre des dizaines de milliers de dollars (voir, p. ex., D. Gardner, « L’interprétation de la portée de la *Loi sur l’assurance automobile*: un éternel recommencement » (2011), 52 *C. de D.* 167; T. Rousseau-Houle,

Villeneuve, [1996] R.J.Q. 2199 (C.A.), at p. 2205, per Brossard J.A.).

[18] As a result, the Quebec government implemented a no-fault public automobile insurance scheme to be administered by the Société de l'assurance automobile du Québec ("SAAQ"). The new scheme was primarily designed to provide compensation to victims of automobile accidents for death and injury to the person, without regard to fault. The provisions of Title II of the Act eliminated the expense and uncertainty of trying to recover damages by way of private civil actions. However, the other part of the scheme, Title III, retained a fault-based regime for property damage caused by a vehicle and also required private insurance for such damage (*Bédard v. Royer*, [2003] R.J.Q. 2455, at para. 24, per Gendreau J.A.; J.-L. Baudouin and P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (7th ed. 2007), vol. I, *Principes généraux*, at pp. 929-35).

[19] The purpose of the Act was described by Baudouin J.A. in *Pram* as follows:

[TRANSLATION] [The Act's] purpose is essentially to ensure that victims of automobile accidents are compensated for their bodily injuries regardless of who is at fault. It also removes the assessment of damages from the courts and entrusts it to the Société de l'assurance automobile du Québec. [p. 1740]

In interpreting the provisions at issue, the Court must bear in mind the objectives of the Act, the broad reach it was intended to have, and the context in which it was enacted.

[20] Under the provisions of the Act set out in the Appendix, the respondents are entitled to compensation for Mr. Rossy's death if it was the result of an "accident". "[A]ccident" means "any event in which damage is caused by an automobile" (s. 1). For the purposes of this appeal, the only relevant portion of the definition of "damage caused by an

« Le régime québécois d'assurance automobile, vingt ans après » (1998), 39 *C. de D.* 213; *Québec (Procureur général) c. Villeneuve*, [1996] R.J.Q. 2199 (C.A.), p. 2205, le juge Brossard).

[18] Le gouvernement québécois a donc mis sur pied un régime public d'assurance automobile sans égard à la responsabilité géré par la Société de l'assurance automobile du Québec (« SAAQ »). Ce nouveau régime vise avant tout à indemniser les victimes des accidents de la route en cas de décès ou de préjudice corporel, et ce, sans égard à la responsabilité. Les dispositions de la Loi qui figurent sous le Titre II éliminent les dépenses et l'incertitude relatives aux recours civils et privés en dommages-intérêts. Cependant, l'autre portion du régime, soit celle décrite au Titre III, concerne le préjudice matériel causé par les automobiles. Ce régime est toujours fondé sur la responsabilité en plus d'exiger la souscription de contrats d'assurance responsabilité privés pour couvrir ces dommages (*Bédard c. Royer*, [2003] R.J.Q. 2455, par. 24, le juge Gendreau; J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (7^e éd. 2007), vol. I, *Principes généraux*, p. 929-935).

[19] L'objet de la Loi a été décrit comme suit par le juge Baudouin dans *Pram* :

[La Loi] a essentiellement pour but de veiller à ce que les victimes d'accidents d'automobile soient indemniées sans égard à la responsabilité pour leurs dommages corporels. Elle retire aussi l'arbitrage des dommages aux tribunaux judiciaires et le confie à la Société de l'assurance automobile du Québec. [p. 1740]

En interprétant les dispositions en cause, la Cour doit garder à l'esprit les objectifs que vise la Loi, l'intention du législateur qu'elle ait une portée large, ainsi que le contexte dans lequel elle a vu le jour.

[20] Aux termes des dispositions de la Loi reproduites en annexe, les intimés auraient droit à une indemnité par suite du décès de M. Rossy, si ce décès a résulté d'un « accident » au sens de la Loi, soit de « tout événement au cours duquel un préjudice [a été] causé par une automobile » (art. 1). Aux fins du présent appel, la seule portion pertinente

automobile” is “any damage caused by an automobile, by the use thereof or by the load carried in or on an automobile”. If this scheme applies to the respondents’ claim, their civil claim against the City would be barred by virtue of s. 83.57, which operates to prevent all those compensated under the Act from claiming civil liability remedies.

[21] As I have already mentioned, the Act is considered remedial legislation. Therefore, it must be interpreted in accordance with s. 41 of the *Interpretation Act*, R.S.Q., c. I-16. It must be given a “large and liberal” interpretation to ensure that its purpose is attained.

[22] This appeal therefore turns on the following question: Were Mr. Rossy’s injuries “caused by an automobile, by the use thereof or by the load carried in or on an automobile”? As we will see, the difficulty in interpreting this phrase has resulted mainly from the notions of causation that the words “caused by” evoke.

(2) Case Law

[23] The case law on this issue is extensive. Although there have been conflicting or diverging decisions, several judgments of the Quebec Court of Appeal provide guidance regarding the meaning of causation in the context of the Act. The Court of Appeal considered the causation requirement in 1985 in *Periard v. Ville de Sept-Îles*, [1985] I.L.R. 7557. It cautioned against reading the components of the general scheme of civil liability into Quebec’s automobile insurance scheme. In that case, the claimant’s wife, who was standing between a stopped school bus and her own vehicle, died when the vehicle was struck from behind by a truck. Crête C.J.Q. explained that under the Act there is no need to seek legal causation once it has been established that a traffic accident involving one or more vehicles caused bodily injury:

de la définition de « préjudice causé par une automobile » est la suivante : « tout préjudice causé par une automobile, par son usage ou par son chargement . . . ». Si la demande des intimés tombait sous le coup de ce régime, l’art. 83.57 ferait obstacle au recours civil qu’ils ont intenté contre la Ville puisque cette disposition retire à toute personne indemnisée en vertu de la Loi le droit d’intenter des recours civils en responsabilité.

[21] Comme je l’ai déjà mentionné, la Loi est considérée comme une loi remédialrice. Il faut donc l’interpréter conformément à l’art. 41 de la *Loi d’interprétation*, L.R.Q., ch. I-16. Elle doit recevoir une interprétation « large [et] libérale » afin de garantir l’accomplissement de son objet.

[22] Le présent appel porte donc sur la question suivante : le préjudice subi par M. Rossy a-t-il été « causé par une automobile, par son usage ou par son chargement »? Comme nous le verrons, la difficulté à interpréter cette phrase tient surtout aux notions de causalité qu’évoque la locution « causé par ».

(2) La jurisprudence

[23] Même si elle est parfois contradictoire ou divergente, il existe une jurisprudence abondante sur cette question. Plusieurs jugements de la Cour d’appel du Québec nous offrent toutefois des pistes d’analyse quant au sens qu’il faut donner à la notion de causalité dans le contexte de la Loi. En 1985, la Cour d’appel s’est penchée sur l’exigence de causalité dans *Périad c. Sept-Îles (Ville de)*, [1985] J.Q. n° 538 (QL). Elle a fait une mise en garde contre une interprétation du régime mis en place par la Loi qui y intégrerait des éléments du régime général de responsabilité civile. Dans cette affaire, l’épouse du demandeur, qui était debout entre un autobus scolaire immobile et son propre véhicule, est décédée lorsque le véhicule en question a été frappé par-derrière par un camion. Le juge en chef Crête a expliqué qu’aux termes de la Loi, il n’est pas nécessaire de conclure à l’existence d’un lien de causalité dès lors qu’il est établi qu’un accident de la route impliquant un véhicule ou plus est à l’origine d’un préjudice corporel :

[TRANSLATION] In my view, in light of the provisions of the A.I.A., when a traffic accident involving one or more automobiles causes bodily injury, it becomes unnecessary to identify the cause of the accident from a legal perspective.

I repeat, the Act says “regardless of who is at fault . . .” and without a court action.

The legislature does not speak in vain. The *Automobile Insurance Act* is a remedial statute that must be given its full effect, and no distinctions should be made where the Act makes none. [p. 7559]

[24] The court concluded that the Act applied to the accident and that the claimant’s civil action was therefore barred. Tyndale J.A., concurring in the result, emphasized the purpose of the Act in interpreting the words “caused by”:

. . . in view of the overall economy of the 1978 reforms and of the Statute itself, physical cause was intended. The system is, after all, a “no-fault” insurance scheme. For example, in case of collision between an automobile and a pedestrian, even if the sole juridical cause of the damage is the fault of the pedestrian, I do not think he is excluded from compensation by the Régie [now the SAAQ]. [p. 7559]

The Court of Appeal expressed a similar view on causation in *Compagnie d’assurance Victoria du Canada v. Neveu*, [1989] R.R.A. 226 (Que.).

[25] Seven years after *Périard*, the Court of Appeal revisited the issue in *Pram*, and firmly rejected the application of a traditional civil law notion of causation. In that case, a cameraman was seriously injured when a low-flying aircraft he was videotaping from a moving vehicle hit the vehicle’s windshield. In his opinion, Baudouin J.A. cited *Périard* with approval and went on to formulate [TRANSLATION] “three fundamental rules” for identifying the causal link necessary to establish that an “accident” has occurred within the meaning of the Act:

À mon sens, compte tenu des dispositions de la L.A.A., lorsqu’un accident de circulation se produit impliquant une ou plusieurs automobiles et causant un dommage corporel, il n’y a plus lieu de rechercher le lien de causalité de l’accident sous l’aspect juridique.

Je le répète, la Loi l’indique, c’est : « sans égard à la responsabilité de quiconque [. . .] » et sans action devant une Cour de justice.

Le législateur ne parle pas pour rien dire. La *Loi sur l’assurance automobile* est une loi remédiate à laquelle il faut donner tout son effet et il n’y a pas lieu de faire de distinctions là où la Loi ne distingue pas. [p. 7559]

[24] La Cour a conclu que l’accident tombait sous le coup de la Loi et la demande a été jugée irrecevable. Le juge Tyndale, qui a souscrit à la décision quant au résultat, a toutefois mis en relief l’objet de la Loi en interprétant la locution « causé par » :

[TRANSLATION] . . . compte tenu de l’économie générale des réformes de 1978 et de la Loi elle-même, le législateur visait une cause physique. Il s’agit après tout d’un régime d’assurance « sans égard à la responsabilité ». Par exemple, dans le cas d’une collision entre une automobile et un piéton, même si d’un point de vue juridique toute la faute ayant entraîné le préjudice incombe au piéton, je suis d’avis qu’il n’est pas exclu du régime d’indemnisation de la Régie [maintenant la SAAQ]. [p. 7559]

La Cour d’appel a exprimé une opinion similaire quant à la question du lien de causalité dans *Compagnie d’assurance Victoria du Canada c. Neveu*, [1989] R.R.A. 226 (Qué.).

[25] Sept ans après le jugement *Périard*, la Cour d’appel s’est à nouveau penchée sur la question dans *Pram* et a clairement rejeté l’application de la notion traditionnelle civile de causalité. Dans cette affaire, un caméraman avait été grièvement blessé lorsque l’avion qui volait à basse altitude et qu’il filmait en étant assis dans un véhicule en mouvement a percuté le pare-brise du véhicule en question. Dans ses motifs, le juge Baudouin a cité *Périard* en l’approuvant, puis a élaboré les « trois règles fondamentales » applicables à l’évaluation du lien de causalité nécessaire pour établir qu’il y a eu un « accident » au sens de la Loi :

[TRANSLATION] The first is that the causal link required by the act is *sui generis*, and that in characterizing that link, it is unhelpful to rigidly adhere to any of the traditional doctrinal constructs of *causa causans*, *causa proxima*, adequate causation, proximate causation and equivalence of conditions. Those theories are very helpful in the general law, particularly where the judge must assess the causal relationship between fault and damage. They are not helpful here.

. . .

The second is that the type of causality that must apply to the case cannot be determined without regard for the purposes of the act, which, it should not be forgotten, is remedial social legislation.

The third is that it is important to go back to the legislation itself. The act mentions damage caused not only by an automobile (which might suggest that the automobile must play an active role), but also by a load carried in or on an automobile or “*by the use thereof*”. [Emphasis in original; pp. 1741-42.]

[26] Therefore, Baudouin J.A. concluded, there is no need to resort to traditional notions of causation, since the Act must be construed broadly and liberally in light of its objectives, the remedial and social nature of the scheme and the wording of the Act itself. Further, such an interpretation is consistent with prior jurisprudence, and is plausible and logical:

[TRANSLATION] It seems to me therefore that if, first, the legislature’s purposes, second, the social and remedial nature of the act and, third, the prevailing line of authority are taken into account, the act must indeed be construed broadly and liberally. However, this construction must remain plausible and logical having regard to the wording of the act. [p. 1741]

[27] Baudouin J.A. analysed the jurisprudence and distilled from it the following principles with respect to causation in the context of the Act:

- The identification of a causal link remains a matter of logic and fact, and depends on the circumstances of each case.
- For the act to apply, it is not necessary for the vehicle to have entered directly into physical contact with the victim.

La première est que le lien de causalité requis par la loi est un lien *sui generis* et qu’il est vain, pour le qualifier, de s’enfermer dans les constructions doctrinales traditionnelles de la *causa causans*, *causa proxima*, causalité adéquate, causalité immédiate ou équivalence des conditions. Ces théories sont d’un grand secours en droit commun, notamment lorsqu’il s’agit, pour le juge, d’évaluer le rapport causal entre la faute et le dommage. Elles ne le sont pas ici.

. . .

La seconde est qu’on ne peut divorcer la détermination du type de causalité qui doit s’appliquer à l’espèce des buts poursuivis par la loi, qui, rappelons-le, est une loi remédiatrice et à caractère social.

La troisième est qu’il est important de retourner au texte même. Celui-ci mentionne non seulement le dommage causé par une automobile (ce qui pourrait laisser supposer l’exigence d’un rôle actif de celle-ci), mais aussi par son chargement et « *par son usage* ». [En italique dans l’original; p. 1741-1742.]

[26] Le juge Baudouin a donc conclu qu’il n’est pas nécessaire de recourir aux notions traditionnelles de causalité puisque la Loi doit recevoir une interprétation large et libérale compte tenu des objectifs qu’elle poursuit, de la nature remédiatrice et du caractère social du régime qu’elle crée, de même que de son libellé. En outre, il a précisé qu’une telle interprétation est compatible avec la jurisprudence en plus d’être plausible et logique :

Il m’apparaît donc qu’effectivement, lorsqu’on tient compte des buts poursuivis par le législateur, d’une part, du caractère social et indemnitaire de la loi, d’autre part, et, enfin, de la tradition jurisprudentielle très fortement majoritaire, la loi doit recevoir une interprétation large et libérale. Cette interprétation doit cependant rester plausible et logique eu égard au libellé de la loi. [p. 1741]

[27] Le juge Baudouin a analysé la jurisprudence et en a extrait les principes suivants quant à la notion de causalité dans le contexte de la Loi :

- La détermination du lien causal reste une question de logique et de fait, fonction des circonstances propres à chaque espèce;
- L’application de la loi ne requiert pas que l’automobile soit entrée directement en contact physique avec la victime;

- It is not necessary for the vehicle to have been in motion when the damage occurred. Whether the vehicle's role was active or passive is not determinative of causation.
- Whether the act that caused the damage was voluntary or involuntary is of no consequence.
- The mere use of the vehicle, that is, its use, handling and operation, is sufficient for the act to apply. The meaning of "damage caused by the use of the automobile" is broader than that of "damage caused by the automobile".
- The damage need not have been produced by the vehicle directly. It is enough that the damage occur in the general context of the use of the vehicle (p. 1742).
- Il n'est pas nécessaire que l'automobile ait été en mouvement au moment où le dommage a été causé. Le rôle actif ou passif du véhicule n'est pas un critère déterminant du lien de causalité;
- Le caractère volontaire ou involontaire du comportement qui a produit le dommage est sans importance;
- Le simple usage de l'automobile, c'est-à-dire son emploi, son utilisation, son maniement, son fonctionnement, est suffisant pour permettre de donner lieu à l'application de la loi. Le concept de « dommage causé par l'usage de l'automobile » est plus large que celui de « dommage causé par l'automobile »;
- Il n'est pas nécessaire que le dommage ait été produit directement par le véhicule lui-même. Il suffit qu'il se soit réalisé dans le cadre général de l'usage de l'automobile (p. 1742).

[28] *Pram* therefore confirms that the Act must be given a broad and liberal interpretation. *Pram* was applied soon after being rendered by the Court of Appeal, in a case in which the facts (a lamppost falling on a car, possibly on a highway) are strikingly similar to those in the present appeal (*Succession André Dubois v. Ministère des Transports du Québec*, Que. C.A., No. 500-09-001027-937, March 25, 1997, aff'g Sup. Ct. (Montréal), No. 500-05-000204-907, April 30, 1993, Deslongchamps J.). *Pram* teaches that, in determining whether the Act applies, a court must not look for a traditional causal link between fault and damage as is routinely done in delictual or quasi-delictual civil liability cases. The principles from *Pram* are a useful guide to the interpretation of these provisions and should be reaffirmed.

(3) Authors

[29] Commentators have also considered the definition of "damage caused by an automobile" for the purposes of Quebec's automobile insurance

[28] Ainsi, la décision *Pram* confirme qu'il faut donner une interprétation large et libérale à la Loi. Elle a été appliquée, peu après qu'elle a été rendue par la Cour d'appel, dans une cause dont les faits (un lampadaire qui est tombé sur une voiture, possiblement sur une autoroute) présentent une ressemblance frappante avec ceux du présent appel (*Succession André Dubois c. Ministère des Transports du Québec*, C.A. Qué., n° 500-09-001027-937, 25 mars 1997, conf. C.S. (Montréal), n° 500-05-000204-907, 30 avril 1993, le juge Deslongchamps). L'arrêt *Pram* nous enseigne que, pour décider si la Loi s'applique, les tribunaux n'ont pas à chercher un lien causal traditionnel entre la faute et le dommage, comme cela se fait couramment dans les causes civiles délictuelles ou quasi-délictuelles. Les principes qui émanent de *Pram* guident utilement les tribunaux lorsqu'il s'agit d'interpréter ces dispositions et ils doivent être réaffirmés.

(3) La doctrine

[29] Les commentateurs se sont aussi penchés sur la définition de « préjudice causé par une automobile » au sens où il faut l'entendre dans le contexte

scheme. Professor Gardner, for example, emphasizes the conceptual difference between the causation requirement in the law of civil liability and causation in the context of the Act. He notes that to import a concept of causation from the law of civil liability into the Act would place the burden of proving that the vehicle was the actual cause of the injury on the victim, thereby defeating the main objective of the Act:

[TRANSLATION] To frame the issue of whether the act applies by referring to the general law criteria for causality is, in our opinion, unacceptable. To require the victim to prove that the automobile was the determining cause of the damage he or she suffered is far too heavy a burden, one that frustrates the remedial purpose of the act. The general law system, which is based on fault, is concerned above all else with determining who is responsible for the accident. It is only once this step is completed that the focus shifts to compensating the victim. An objective liability system is based on the opposite premise: the victim comes first. With this in mind, we do not see why the general law meaning of the word “cause” should be applied automatically to the *Automobile Insurance Act*. A simple example serves to show that these two systems are incompatible. A Quebecer driving along a country road is injured when a tree branch breaks and falls on his automobile. In light of the decisions in which courts have interpreted the *Automobile Insurance Act*, it can be asserted that this Quebecer will receive compensation from the SAAQ. However, if the general law theory of adequate causality were applied, it seems clear that the automobile’s movement was not the determining cause of the damage. Instead, the appropriate course of action would be to sue the owner of the tree under article 1054, paragraph 1, of the *Civil Code of Lower Canada* in order to obtain compensation. In a case in which the *Automobile Insurance Act* applies, what must be demonstrated is a sufficiently close relationship between the presence of the automobile and the damage.

(D. Gardner, “La *Loi sur l’assurance automobile*: loi d’interprétation libérale?” (1992), 33 *C. de D.* 485, at p. 495)

[30] In *La responsabilité civile* (vol. I, *Principes généraux*), Baudouin and Deslauriers emphasize the remedial nature of the legislative scheme. They state that, given that nature, what is considered

du régime d’assurance automobile du Québec. Le professeur Gardner, par exemple, a attiré l’attention sur les différences conceptuelles entre l’exigence d’un lien de causalité en droit civil de la responsabilité, d’une part, et la causalité dans la Loi, d’autre part. Il a souligné qu’importer le concept de causalité du droit de la responsabilité civile dans la Loi reviendrait à faire porter à la victime le fardeau de prouver que l’automobile a été la cause véritable du préjudice, ce qui contrecarrerait l’objet principal de la Loi :

Poser le problème de l’application de la loi en se référant aux critères de la causalité du droit commun est, selon nous, inacceptable. Imposer à la victime la preuve que l’automobile a été la cause efficiente de son préjudice constitue un fardeau beaucoup trop lourd, qui nie l’objectif réparateur de la loi. Le système de droit commun, basé sur la faute, recherche avant tout un responsable à l’accident. Ce n’est qu’une fois cette étape franchie que l’on s’attardera à indemniser la victime. Un système objectif de responsabilité part du postulat contraire : la victime avant toute chose. À partir de là, nous ne voyons pas pourquoi le sens donné en droit commun au mot « causé » devrait être automatiquement appliqué à la *Loi sur l’assurance automobile*. Un exemple simple permettra de visualiser cette incompatibilité des systèmes. Roulant sur une route de campagne, un Québécois est blessé lorsque la branche d’un arbre se casse et tombe sur son automobile. À la lumière de la jurisprudence interprétant la *Loi sur l’assurance automobile*, on peut affirmer que ce Québécois sera indemnisé par la SAAQ. Pourtant, si l’on applique la théorie de la causalité adéquate utilisée en droit commun, il semble évident que l’action de l’automobile n’a pas été la cause déterminante du dommage. On songerait plutôt à poursuivre le propriétaire de l’arbre, en vertu de l’article 1054, alinéa 1, du *Code civil du Bas-Canada* pour obtenir une indemnisation. Dans un cas touchant l’application de la *Loi sur l’assurance automobile*, il faut rechercher la présence d’un rapport suffisamment étroit entre la présence de l’automobile et le préjudice subi.

(D. Gardner, « La *Loi sur l’assurance automobile* : loi d’interprétation libérale? » (1992), 33 *C. de D.* 485, p. 495)

[30] Dans *La responsabilité civile* (vol. I, *Principes généraux*), les auteurs Baudouin et Deslauriers insistent sur la nature remédiate du régime législatif. Ils affirment que, compte tenu de

an “accident” under the Act must be interpreted broadly. They explain that the types of accidents covered by the Act are not limited to routine traffic accidents but, rather, that the Act covers [TRANSLATION] “any incident resulting in damage in which an automobile is involved” (p. 942). Therefore, it will suffice, “to meet the requirements established by the courts, that an automobile be involved, in one way or another, in the occurrence of the damage” (p. 947).

(4) Comparative Law: Decisions From Other Canadian Jurisdictions

[31] In interpreting the words of the Act, it can be helpful to consider how similar provisions have been interpreted in other jurisdictions. Manitoba provides a useful comparison since it has a “no-fault” automobile insurance scheme modelled after the Quebec regime. Saskatchewan’s legislation has similarly worded definitions, but allows an insured to choose between no-fault coverage and tort-based coverage (s. 40.2(1) of *The Automobile Accident Insurance Act*, R.S.S. 1978, c. A-35). This suggests a different legislative intent than the one behind the Quebec scheme at issue here. Therefore, considering judicial interpretation of the Saskatchewan provisions would not prove as useful.

[32] With respect to the Manitoba legislative scheme, the enabling statute, *The Manitoba Public Insurance Corporation Act*, C.C.S.M. c. P215 (“MPICA”), defines “accident” in s. 70(1) as “any event in which bodily injury is caused by an automobile”. “[B]odily injury caused by an automobile” is defined as follows:

“bodily injury caused by an automobile” means any bodily injury caused by an automobile, by the use of an

cette nature, ce qui est considéré comme un « accident » au sens de la Loi doit recevoir une interprétation large. Ils expliquent que les types d’accidents qu’elle vise ne sont pas limités aux accidents habituels de la route, mais que la notion d’accident comprend plutôt « tout événement dommageable dans lequel une automobile est impliquée » (p. 942). Par conséquent, il suffit « qu’une automobile ait été impliquée, d’une façon ou d’une autre, dans la survenance du dommage pour satisfaire aux exigences des tribunaux » (p. 947).

(4) Éléments de droit comparatif : décisions d’autres juridictions canadiennes

[31] Pour interpréter le libellé de la Loi, il peut être utile d’examiner l’interprétation que d’autres juridictions ont faite de dispositions similaires. La loi manitobaine est un élément de comparaison utile puisqu’elle crée, à l’image du régime québécois, un régime d’assurance automobile « sans égard à la responsabilité ». La loi de la Saskatchewan contient, pour sa part, des définitions dont le libellé est similaire à celui des définitions de la loi québécoise. Par contre, elle permet à un assuré, aux termes du par. 40.2(1) de la *Automobile Accident Insurance Act*, R.S.S. 1978, ch. A-35, de choisir entre la couverture sans égard à la responsabilité ou celle fondée sur la faute délictuelle. Cette autorisation suggère que l’intention du législateur était différente de celle qui sous-tend le régime québécois en cause en l’espèce. Il ne sera donc pas aussi utile que nous nous penchions sur l’interprétation judiciaire qui a été donnée des dispositions de la loi de la Saskatchewan.

[32] Au Manitoba, la loi qui crée le régime d’assurance automobile s’intitule *Loi sur la Société d’assurance publique du Manitoba*, C.P.L.M. ch. P215 (« *Loi du Manitoba* »). Au paragraphe 70(1), elle définit le terme « accident » comme étant un « [é]vénement au cours duquel un dommage corporel est causé par une automobile ». L’expression « dommage corporel causé par une automobile » y est définie pour sa part comme suit :

« dommage corporel causé par une automobile »
Dommage corporel causé par une automobile, par son

automobile, or by a load, including bodily injury caused by a trailer used with an automobile, but not including bodily injury caused

- (a) by the autonomous act of an animal that is part of the load, or
- (b) because of an action performed by the victim in connection with the maintenance, repair, alteration or improvement of an automobile;

Section 72 provides that compensation under the scheme precludes a civil action:

72. Notwithstanding the provisions of any other Act, compensation under this Part stands in lieu of all rights and remedies arising out of bodily injuries to which this Part applies and no action in that respect may be admitted before any court.

[33] As we can see, the *MPICA* also contains the words “caused by”. The expression “bodily injury caused by an automobile” is defined, there too, by reference not just to injury caused by the vehicle, but also to injury caused by the use of an automobile and by its load.

[34] The words of the *MPICA* were considered by the Manitoba Court of Appeal in *McMillan v. Thompson (Rural Municipality)* (1997), 144 D.L.R. (4th) 53. In that case, Helper J.A. acknowledged that Manitoba’s automobile insurance scheme was modelled after Quebec’s scheme:

The evidence indicates that the Quebec plan, a “pure no-fault system” which has been in existence since 1978, was reviewed by Kopstein P.J. and referred to by the legislators. There can be little doubt that the Manitoba legislation was modelled on the Quebec plan. It is worded similarly, but is not identical to that plan. [p. 64]

[35] In her analysis of the phrase “caused by”, Helper J.A. began by identifying the purpose of the legislation:

The legislated scheme is focused on injuries. It is not directed to accidents, nor to the cause of accidents.

usage ou par son chargement, y compris le dommage causé par une remorque utilisée avec une automobile. Sont toutefois exclus de la présente définition les dommages corporels causés :

- a) par l’acte autonome d’un animal faisant partie du chargement;
- b) en raison de travaux d’entretien, de réparation ou d’amélioration que la victime fait à l’automobile.

Aux termes de l’art. 72, l’indemnisation en vertu du régime écarte toute possibilité de recours civil :

72. Par dérogation aux dispositions de toute autre loi, l’indemnisation prévue à la présente partie tient lieu de tous les droits et recours pouvant être exercés en raison d’un dommage corporel auquel s’applique la présente partie, et aucune action à ce sujet ne peut être reçue devant un tribunal.

[33] Comme nous pouvons le voir, la *Loi du Manitoba* utilise aussi la locution « causé par ». Elle définit aussi ce qu’est un « dommage corporel causé par une automobile » et ce, en faisant référence, non pas uniquement aux dommages causés par le véhicule, mais aussi aux dommages causés par l’usage ou par le chargement du véhicule.

[34] Le libellé de la *Loi du Manitoba* a fait l’objet d’une interprétation par la Cour d’appel du Manitoba dans *McMillan c. Thompson (Rural Municipality)* (1997), 144 D.L.R. (4th) 53. Dans cette affaire, la juge Helper a reconnu que le régime d’assurance automobile du Québec a servi de modèle pour concevoir celui du Manitoba :

[TRADUCTION] La preuve indique que le régime québécois, un « système purement sans égard à la responsabilité » en vigueur depuis 1978, a été examiné par le juge Kopstein. Les législateurs y ont aussi fait référence. Il ne fait que peu de doute que le régime québécois a servi de modèle pour concevoir la loi du Manitoba. Cela étant dit, si leur libellé est similaire, les deux régimes ne sont pas pour autant identiques. [p. 64]

[35] Pour déterminer l’interprétation qu’il fallait donner à la locution « causé par », la juge Helper de la Cour d’appel a commencé par cerner l’objet de la loi :

[TRADUCTION] Le régime législatif porte principalement sur les préjudices et non pas sur les accidents ou

That focus is clear in s. 70(1). Section 72, which eliminates the concept of fault, supports that conclusion. The legislative emphasis on the injuries suffered by a victim, and its failure to refer at all to the cause of an accident, are important factors to consider in interpreting the phrase “caused by” and in determining the scope of the scheme. [p. 65]

She considered that focusing on the proximate cause of the injuries would be contrary to the purpose of the scheme:

Surely the legislation is to be interpreted in a manner that results in equality and equity. A restrictive interpretation of the words “caused by” would defeat many of the objectives identified by the legislators prior to the introduction of the enactment: the introduction of a simplified insurance scheme, the elimination of litigation for bodily injuries received in the use of an automobile and the desire to ensure that all victims receive timely compensation. It was not the legislative intent to introduce a cumbersome two-step system which necessitates a trial on the issue of negligence in all accidents involving an automobile and thus perpetuates the uncertainty of the result for a victim. Nor could it have been the legislative intent to provide different remedies for victims depending upon the proximate cause of an accident. The exact opposite intent is clear from the reading of Part 2 and from an examination of the debates and the Report. [p. 67]

Finally, she concluded that the words “caused by” could not be given a restricted meaning:

I cannot state too strongly that the focus of the plan is on the relationship between the bodily injuries sustained and an automobile or its use. That focus serves as the starting point from which the interpretation of the phrase “caused by” proceeds. The respondents’ submission is focused on the cause of the accident — liability or fault. The clear words of the legislation [do] not support that perspective of the plan’s operation . . . [p. 68]

[36] Helper J.A. readily distinguished this Court’s decision in *Amos*:

In the *Amos* case, it was not an automobile accident but rather an external event, a shooting, which caused the injury. In the case at bar, the injuries resulted from

sur la cause des accidents. Cela ressort clairement du par. 70(1). L’article 72, qui élimine le concept de responsabilité, étaye cette conclusion. L’accent que met la loi sur les préjudices dont a souffert une victime et son omission de faire référence à la cause d’un accident sont des facteurs importants qu’il faut prendre en considération pour interpréter l’expression « causé par » et pour déterminer la portée du régime. [p. 65]

Puis, la juge Helper a estimé que de se concentrer sur la cause immédiate des dommages contredirait l’objet du régime :

[TRADUCTION] Assurément, la loi doit être interprétée pour qu’il en résulte une situation d’égalité et d’équité. Une interprétation restrictive du terme « causé par » minerait beaucoup des objectifs identifiés par les législateurs avant l’adoption de la loi : la mise sur pied d’un régime d’assurance simplifié, l’élimination des recours judiciaires pour indemniser les préjudices corporels causés par l’usage d’une automobile et le désir de garantir que toutes les victimes reçoivent une indemnité en temps opportun. La loi ne visait pas à introduire un régime lourd en deux étapes qui nécessiterait un procès pour trancher la question de la négligence dans tous les accidents impliquant une automobile et ainsi perpétuer l’incertitude quant au résultat pour une victime. Le législateur n’a pas pu non plus avoir l’intention de mettre différents recours à la disposition des victimes en fonction de la cause immédiate d’un accident. C’est l’intention diamétralement opposée qui ressort clairement à la lecture de la Partie 2 et de l’examen des débats et du Rapport. [p. 67]

Finalement, la juge Helper a conclu qu’il n’était pas souhaitable d’interpréter la locution « causé par » de façon restrictive :

[TRADUCTION] Je ne peux affirmer trop fermement que le régime met l’accent sur la relation entre les dommages corporels subis et une automobile ou l’usage de cette dernière. Cet accent sert de point de départ à l’interprétation du terme « causé par ». Or, la thèse des intimés repose sur la cause de l’accident — la responsabilité ou la faute. Le libellé très clair de la loi ne permet pas de soutenir cette vision du fonctionnement du régime . . . [p. 68]

[36] Lorsqu’elle a traité de la décision de la Cour dans *Amos*, la juge Helper l’a aisément distinguée de celle dont elle était saisie :

[TRADUCTION] Dans l’affaire *Amos*, il ne s’agissait pas d’un accident d’automobile, mais plutôt d’un événement externe, une fusillade, qui a causé le préjudice.

an accident which occurred while the automobile was being driven in the ordinary course of events. The phrase in *Amos* was an “injury caused by an accident that arises out of the . . . use of a vehicle”. The court was required to find that the injury in question arose from the plaintiff’s use of a vehicle despite the fact that the vehicle was not involved in an accident.

The motions judge erred in applying the reasoning in *Amos* to the question he was required to answer. Both the circumstances in which the injuries occurred in that case and the legislation under consideration are entirely distinguishable from the circumstances in which the injuries occurred in the case at bar and the phrase in question. Major’s reasons for giving the words “arising out of the use of an automobile” a broad interpretation and for commenting on the phrase “caused by” do not impact on the present case given those different circumstances. [p. 72]

[37] She then summarized the extent to which a causal link must be established:

. . . where the words “caused by” are used, there must be some link between the injuries sustained and the use of the automobile. An ordinary reading of s. 70(1) leads to the same conclusion. The legislation does not require more. It does not seek out causation in terms of the accident. It specifically eliminates the concept of fault. In light of the elimination of fault, there is no support for the submission that the proximate cause of an automobile accident determines the application of Part 2. [p. 76]

[38] This Court’s decisions in *Amos* and *Vytlingam* merit some commentary since the respondents contend that these decisions support a narrow view of causation and, therefore, provide the answer to the question before us.

[39] In *Amos*, the appellant had been seriously injured in California when he was shot during an attack in which six individuals attempted to break into the van he was driving. The appellant did not stop, but tried to escape. He was shot in the spinal cord, but managed to keep driving until he had distanced himself from his assailants.

En l’espèce, les préjudices résultent d’un accident qui est survenu pendant que l’automobile était conduite dans le cours ordinaire des choses. Dans *Amos*, la phrase qui était en cause se lisait comme suit : « blessure résultant d’un accident qui découle de [. . .] l’utilisation [. . .] d’un véhicule ». On demandait à la Cour de conclure que les blessures en question découlaient de l’utilisation du véhicule par le plaignant même si le véhicule n’était pas en cause dans l’accident.

Le juge des requêtes a commis une erreur en appliquant le raisonnement de l’arrêt *Amos* à la question qu’il devait trancher. Tant les circonstances dans lesquelles les blessures ont été causées dans cette affaire que la loi en cause peuvent être parfaitement distinguées des circonstances dans lesquelles les blessures ont été causées en l’espèce, de même que du segment de phrase dont il est question ici. Les motifs exprimés par le juge Major pour donner une interprétation large au segment de phrase « qui découle de l’utilisation d’un véhicule » et pour émettre des commentaires quant à l’expression « causé par » n’ont pas d’incidence sur la présente affaire compte tenu de ces circonstances différentes. [p. 72]

[37] La juge Helper a ensuite décrit jusqu’à quel point il faut établir un lien de causalité :

[TRADUCTION] . . . lorsque le terme « causé par » est utilisé, il doit y avoir un certain lien entre le préjudice subi et l’utilisation de l’automobile. Une lecture ordinaire du par. 70(1) mène à la même conclusion. La loi n’exige pas davantage. Elle ne requiert pas de lien de causalité quant à l’accident. Elle élimine expressément le concept de responsabilité. À la lumière de cette élimination, rien ne peut étayer la thèse selon laquelle la cause immédiate de l’accident d’automobile est déterminante pour l’application de la Partie 2. [p. 76]

[38] Les jugements de la Cour dans *Amos* et dans *Vytlingam* méritent notre attention puisque les intimés soutiennent qu’ils militent en faveur d’une vision étroite du lien de causalité et que, par conséquent, ils fournissent la réponse à la question dont nous sommes saisis.

[39] Dans *Amos*, l’appellant a été grièvement blessé en Californie lorsqu’il a été atteint d’un projectile d’arme à feu au cours d’une agression durant laquelle six individus ont tenté de pénétrer dans la fourgonnette qu’il conduisait. L’appellant n’a pas immobilisé le véhicule. Il a plutôt tenté de s’enfuir. De fait, même s’il a été atteint à la moelle épinière, il a réussi à continuer de conduire jusqu’à ce qu’il ait pris ses distances de ses assaillants.

[40] The appellant was insured under a standard automobile insurance policy with the Insurance Corporation of British Columbia, a provincial Crown corporation established to provide universal automobile insurance to motorists in that province. The statutory provision at issue was s. 79(1) of the *Revised Regulation (1984) under the Insurance (Motor Vehicle) Act*, B.C. Reg. 447/83, as amended by B.C. Reg. 335/84, Sch., item 19, and B.C. Reg. 379/85, Sch., item 31:

79. (1) Subject to subsection (2) and sections 80 to 88, 90, 92, 100, 101 and 104, the corporation shall pay benefits to an insured in respect of death or injury caused by an accident that arises out of the ownership, use or operation of a vehicle and that occurs in Canada or the United States of America or on a vessel travelling between Canada and the United States of America.

[41] The question before the Court in that case was whether the appellant's injuries were "caused by an accident that arises out of the ownership, use or operation of a vehicle". The Court then developed the following two-part test to be applied in interpreting s. 79(1):

1. Did the accident result from the ordinary and well-known activities to which automobiles are put?
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? [Emphasis deleted; para. 17.]

[42] The Court concluded that the first part of the test had been met, since the appellant had been driving the van when the injuries occurred. It also determined that the van was not merely the "*situs*" of the shooting since the shooting was a direct result of the assailants' failed attempt to gain entry into the appellant's van. Therefore, the appellant's injuries arose out of the ownership, use or operation of the van, which met the second part of the test. The Court stated, "Generally speaking, where the use or operation of a motor vehicle in some manner

[40] L'appelant avait contracté une police d'assurance automobile type auprès de l'Insurance Corporation of British Columbia, une société de la Couronne provinciale créée pour offrir une assurance automobile universelle aux automobilistes de la province. La disposition législative en cause était le par. 79(1) de la *Revised Regulation (1984) under the Insurance (Motor Vehicle) Act*, B.C. Reg. 447/83, telle que modifiée par B.C. Reg. 335/84, ann., art. 19, et B.C. Reg. 379/85, ann., art. 31 :

[TRADUCTION]

79. (1) Sous réserve du paragraphe (2) et des articles 80 à 88, 90, 92, 100, 101 et 104, la société verse à l'assuré des indemnités 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, survenu au Canada ou aux États-Unis d'Amérique ou sur un bateau voyageant entre le Canada et les États-Unis d'Amérique.

[41] La Cour devait alors décider si les blessures subies par l'appelant avaient « résult[é] d'un accident qui découle de la propriété, de l'utilisation ou de la conduite d'un véhicule ». Dans ce contexte, la Cour a élaboré le test suivant en deux étapes qui s'appliqueraient à l'interprétation du par. 79(1) :

1. L'accident résulte-t-il d'activités ordinaires et bien connues auxquelles les automobiles servent?
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? [Soulignement omis; par. 17.]

[42] La Cour a estimé qu'il avait été satisfait à la première branche du test puisque l'appelant conduisait la fourgonnette au moment où il a été blessé. La Cour a aussi jugé que la fourgonnette n'avait pas simplement été le lieu où les coups de feu avaient été tirés puisque la fusillade avait été le résultat direct de la tentative ratée des agresseurs d'y pénétrer. Les blessures subies par l'appelant avaient donc découlé de la propriété, de l'utilisation ou de la conduite du véhicule de l'appelant et il était satisfait à la deuxième branche du test. La

contributes to or adds to the injury, the plaintiff is entitled to coverage” (para. 26).

[43] In *Vytlingam*, the respondents were driving on a highway when their vehicle was struck by a large boulder dropped from an overpass. They suffered devastating injuries. There was no question that the respondents were entitled to benefits under their policy. However, they also sought to recover civil damages from their insurer under the policy’s “inadequately insured motorist” coverage on the basis that one of the two tortfeasors was an inadequately insured motorist. The issue was whether the use of that individual’s vehicle in transporting the tortfeasors and the boulders to and from the overpass was enough to conclude that the respondents’ injuries were sufficiently connected to the use or operation of the tortfeasor’s vehicle, and therefore that the claim was based on a tort committed by a “motorist”. If so, the respondents’ insurer would be obliged to pay under the inadequately insured motorist coverage, that is, to stand in the shoes of the tortfeasor and pay the amount the tortfeasor ought to have paid by way of civil damages.

[44] The relevant portion of the insurance policy read:

... 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 by Binnie J.; para. 5.]

[45] Therefore, the tortfeasor had to be at fault “as a ‘motorist’” for this provision to apply (para. 5). In other words, unlike in *Amos* and unlike in the present appeal, the provision required the presence

Cour a affirmé que « [d]e 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 l’indemnisation » (par. 26).

[43] Dans *Vytlingam*, les intimés circulaient sur une autoroute lorsqu’une grosse pierre jetée d’un pont d’étagement a heurté leur véhicule et les a très grièvement blessés. Il ne faisait aucun doute que les intimés avaient le droit d’être indemnisés en vertu de leur police d’assurance. Cependant, comme un des auteurs du délit était insuffisamment assuré, les intimés ont aussi tenté de se faire indemniser par leur assureur pour les dommages-intérêts civils, en vertu de leur protection contre les automobilistes tiers insuffisamment assurés. La question à trancher était celle de savoir si l’utilisation du véhicule de l’automobiliste tiers en question dans le transport des auteurs du délit et des pierres jusqu’au pont d’étagement et pour en revenir suffirait pour conclure que les blessures subies par les intimés découlaient de l’utilisation ou de la conduite de ce véhicule de telle sorte que la réclamation pouvait être fondée sur un délit commis par un « automobiliste ». Si oui, l’assureur des intimés allait être tenu de payer une somme en vertu de la protection contre les automobilistes insuffisamment assurés, et donc de se mettre à la place de l’auteur du délit et de verser la somme que ce dernier aurait eu à payer à titre de dommages-intérêts civils.

[44] Voici le passage pertinent de la police 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. [Soulignement ajouté par le juge Binnie; par. 5.]

[45] Par conséquent, l’auteur du délit devait avoir été fautif « en tant qu’“automobiliste” » pour que cette clause s’applique (par. 5). Autrement dit, contrairement à la situation qui prévalait dans *Amos*

of an at-fault motorist. Moreover, *Vytlingam* did not concern statutory no-fault benefits.

[46] The Court held that the provision required an unbroken chain of causation linking the conduct of the motorist, as a motorist, to the injuries in respect of which the claim was made. The vehicle had to be implicated in those injuries in a manner that was more than merely incidental or fortuitous. Although the vehicle contributed in some manner to the tortfeasor's ability to commit the tort that caused the injuries, the Court found that the tortfeasor nevertheless did not commit the tort in his capacity as an at-fault "motorist" within the meaning of the policy. The dropping of the boulder constituted an activity severable from the use or operation of the vehicle.

[47] Both *Amos* and *Vytlingam* can be distinguished from the case at bar. First, neither of those cases dealt with the kind of broad remedial legislation in force in Quebec. Although the insurance scheme in *Amos* also provided no-fault benefits, claimants were entitled to commence civil actions with respect to pain and suffering and economic loss. The availability of civil actions indicates a different legislative intent, one not nearly as broad as Quebec's scheme. In *Vytlingam*, only part of the insurance scheme involved no-fault benefits, as civil actions were provided for in some cases. Further, *Vytlingam* was not directly concerned with the provincial scheme, but was decided on the basis of the wording of the respondents' insurance policy.

[48] Second, the facts of the three cases vary considerably. In *Vytlingam*, there was a clear intervening act — the tort — that was completely severable from the motorist's use or operation of the vehicle. Notably, and unlike Mr. Rossy in the instant case, the insured was not making use of the vehicle at all

et contrairement à celle qui nous occupe, la clause donnant droit à l'indemnité exigeait qu'il y ait un automobiliste fautif. En outre, l'arrêt *Vytlingam* ne portait pas sur l'indemnisation sans égard à la responsabilité prévue dans une loi.

[46] La Cour a conclu que pour que le préjudice soit couvert par la police d'assurance, il faut qu'il existe un lien de causalité ininterrompu entre la conduite de l'automobiliste en tant qu'automobiliste et les blessures visées par la réclamation. L'implication du véhicule relativement à ces blessures doit être plus qu'accidentelle ou fortuite. Même si le véhicule a contribué d'une certaine manière à la capacité de l'auteur du délit de commettre le délit qui a causé les blessures, la Cour a jugé que l'auteur du délit n'avait pas commis le délit à titre d'« automobiliste » fautif au sens où il faut l'entendre pour l'application de la police. Le fait de lancer des pierres représentait une activité dissociable de l'utilisation ou de la conduite du véhicule.

[47] Tant *Amos* que *Vytlingam* peuvent être distingués du présent appel. Premièrement, ni l'une ni l'autre de ces causes n'a traité du type de loi rémédiatrice de portée large applicable au Québec. Le régime d'assurance en cause dans *Amos*, même s'il offrait aussi des indemnités sans égard à la responsabilité, autorisait les demandeurs à intenter des recours civils relativement aux douleurs, aux souffrances et aux pertes financières encourues. Le recours possible à de telles actions civiles indique que le législateur avait une intention différente de celle du législateur québécois qui a adopté un régime autrement plus large. Dans *Vytlingam*, le régime d'assurance n'était que partiellement sans égard à la responsabilité puisqu'il permettait d'intenter des recours civils dans certains cas. En outre, ce dernier arrêt ne portait pas directement sur le régime provincial. En effet, il a plutôt été tranché en fonction du libellé de la police d'assurance des intimés.

[48] Deuxièmement, les faits en jeu dans les trois causes sont très différents les uns des autres. Dans *Vytlingam*, on avait commis un acte intermédiaire clairement distinct — le délit commis — totalement dissociable de l'utilisation ou de la conduite du véhicule par l'automobiliste. Soulignons, notamment,

at the time of the accident. In *Amos*, even though the damage was caused by a gunshot wound, the Court still found that the motorist was covered on the basis that the use or operation of the vehicle had added to the injuries in some way. Although *Amos* is different from this appeal in many respects, the result in *Amos* nevertheless supports a broad view of causation and not the narrow approach the respondents propose.

[49] Finally, the provisions at issue in *Amos* and *Vytlingam* were worded differently from the one in the case at bar. In *Amos*, the issue was whether the injuries were “caused by an accident that arises out of the ownership, use or operation of a vehicle”. In *Vytlingam*, the Court had to determine whether an at-fault motorist’s actions had led to damage “arising directly or indirectly from the use or operation of an automobile”. This appeal turns on whether the incident that killed Mr. Rossy was an “accident” within the meaning of the Act, that is, whether it was an event in which there was “any damage caused by an automobile, by the use thereof or by the load carried in or on an automobile”.

[50] With respect to the difference between the expressions “caused by” and “arising out of” the Court stated in *Amos* that “[t]he phrase ‘arising out of’ is broader than ‘caused by’, and must be interpreted in a more liberal manner” (para. 21). The respondents in the present case argue that the same should be said of the provision at issue here. Had the legislature intended to create a sweeping provision, it could have used the words “arising out of” instead of “caused by”.

[51] As we have seen, the facts and the applicable legislative scheme in *Amos* differ substantially from the ones at issue in this appeal. Further, the words of a provision cannot be interpreted in isolation. The legislative scheme provides the necessary context for their interpretation. This contextual

que contrairement à M. Rossy dans le présent appel, l’assuré dans *Vytlingam* n’utilisait pas son véhicule au moment de l’accident. Dans *Amos*, même si une blessure par balle avait causé le préjudice, la Cour avait quand même conclu que l’automobiliste demeurait couvert parce que l’utilisation ou la conduite du véhicule avaient, d’une certaine façon, ajouté à son préjudice. Même si l’affaire *Amos* diffère du présent appel à beaucoup d’égards, son issue appuie, malgré tout, la vision large du lien de causalité et non l’approche étroite que proposent les intimés.

[49] Finalement, le libellé des dispositions en cause dans *Amos* et *Vytlingam* diffère de celui de la disposition dont nous sommes saisis en l’espèce. Dans *Amos*, il fallait déterminer si les blessures avaient « résult[é] d’un accident qui [avait] découll[é] de la propriété, de l’utilisation ou de la conduite d’un véhicule ». Dans *Vytlingam*, la Cour devait décider si le comportement d’un automobiliste fautif avait entraîné un préjudice « attribuabl[e], directement ou indirectement, à l’utilisation ou à la conduite d’une automobile ». L’issue du présent appel dépend pour sa part de savoir si l’incident qui a provoqué la mort de M. Rossy était un « accident » au sens de la Loi, c’est-à-dire, un événement durant lequel un « préjudice [a été] causé par une automobile, par son usage ou par son chargement ».

[50] Quant à la différence entre les locutions « causé par » et « découle de », la Cour a affirmé dans *Amos* que « [l]’expression “découll de” est plus générale que l’expression “causé par” et doit recevoir une interprétation plus libérale » (par. 21). En l’espèce, les intimés soutiennent qu’il faudrait pouvoir en dire autant de la disposition en cause dans le présent appel. Or, si le législateur avait eu l’intention de créer une disposition dont la portée est considérable, il aurait utilisé la locution « découle de » plutôt que « causé par ».

[51] Comme nous l’avons vu, les faits et le régime législatif applicable dans *Amos* diffèrent considérablement des faits et du régime législatif en cause dans le présent appel. En outre, les mots d’une disposition ne peuvent être interprétés isolément. Le régime législatif fournit le contexte nécessaire

approach is especially relevant in the case of remedial legislation such as Quebec's no-fault insurance scheme. It would be incongruous to construe broader legislation — the Act at issue in this appeal — more narrowly than the scheme at issue in *Amos. Vytingam* and *Amos* are of interest from a comparative perspective but do not resolve the issue of statutory interpretation that the Court must settle in this appeal.

C. *Applicable Test and Outcome*

[52] Each case must be considered on its facts. However, at a minimum, an accident arising out of the use of a vehicle as a means of transportation will fall within the definition of “accident” in the Act and will therefore be “caused by an automobile” within the meaning of the Act. Any civil action in connection with the damage caused by that accident will be barred and victims will have to file a claim with the SAAQ. The vehicle's role in the accident need not be an *active* one. The mere use or operation of the vehicle, *as a vehicle*, will be sufficient for the Act to apply. This interpretation follows from a straightforward application of the principles developed in *Pram*. It is in line with the jurisprudence and the literature, and it gives effect to the objective of the legislative scheme.

[53] On the facts of this case, the Act applies to Mr. Rossy's accident. Although the vehicle may have been stationary or moving through an intersection, the evidence on the record is that Mr. Rossy was using the vehicle as a means of transportation when the accident occurred. This is enough to find that the damage arose as a result of an “accident” within the meaning of the Act and that the no-fault benefits of the scheme are triggered. Therefore, the respondents' civil claim is barred and they must turn instead to the SAAQ for compensation.

à leur interprétation. Cette approche contextuelle est particulièrement pertinente dans le cas d'une loi remédiatrice comme celle du Québec qui crée un régime d'assurance sans égard à la responsabilité. Il serait incongru qu'une loi dont la portée est plus large — la Loi en cause dans le présent appel — soit interprétée plus étroitement que le régime en cause dans l'affaire *Amos. Vytingam* et *Amos* sont des arrêts intéressants d'un point de vue comparatif, mais ils ne résolvent pas la question de l'interprétation législative à laquelle la Cour est appelée à répondre dans le présent appel.

C. *Test applicable et issue de l'affaire*

[52] Chaque cas doit être examiné en fonction de ses faits propres. Cependant, à tout le moins, un accident qui découle de l'utilisation d'un véhicule comme moyen de transport répondra à la définition du terme « accident » utilisé dans la Loi et aura donc été « causé par une automobile » au sens où il faut l'entendre pour l'application de la Loi. Tout recours civil relatif au dommage causé par l'accident en question sera irrecevable et les victimes devront formuler une réclamation auprès de la SAAQ. Il n'est pas nécessaire que le véhicule ait été une cause *active* de l'accident. La simple utilisation ou conduite du véhicule *en tant que véhicule* suffiront pour que la Loi s'applique. Cette interprétation découle d'une simple application des principes élaborés dans *Pram*. Elle est, en outre, compatible avec la jurisprudence et la doctrine, et elle donne effet à l'objectif que vise le régime législatif.

[53] Lorsqu'on applique ce test aux faits de la présente affaire, on doit conclure que la Loi s'applique à l'accident dont M. Rossy a été victime. S'il est vrai que l'automobile était possiblement stationnaire ou en train de traverser un carrefour, selon la preuve au dossier, M. Rossy l'utilisait comme moyen de transport lorsque l'accident est survenu. Cela suffit pour conclure que le préjudice est le résultat d'un « accident » au sens de la Loi et que, dès lors, le droit à une indemnité sans égard à la responsabilité prévue par le régime s'applique. Ainsi, la demande civile des intimés est irrecevable et ils doivent s'adresser à la SAAQ pour être indemnisés.

[54] The Court of Appeal erred in interpreting the Act too narrowly. Such an interpretation risks unduly restricting the intended application of Quebec's no-fault scheme and must therefore be rejected.

V. Disposition

[55] As a result, the appeal is allowed with costs, the judgment of the Superior Court is restored and the respondents' action is dismissed.

APPENDIX

Automobile Insurance Act, R.S.Q., c. A-25

1. In this Act, unless otherwise indicated by the context,

“accident” means any event in which damage is caused by an automobile;

“automobile” means any vehicle propelled by any power other than muscular force and adapted for transportation on public highways but not on rails;

“damage caused by an automobile” means any damage caused by an automobile, by the use thereof or by the load carried in or on an automobile, including damage caused by a trailer used with an automobile, but excluding damage caused by the autonomous act of an animal that is part of the load and injury or damage caused to a person or property by reason of an action performed by that person in connection with the maintenance, repair, alteration or improvement of an automobile;

. . .

5. Compensation under this title is granted by the Société de l'assurance automobile du Québec regardless of who is at fault.

6. Every person who suffers bodily injury in an accident is a victim.

7. Every victim resident in Québec and his dependants are entitled to compensation under this title, whether the accident occurs in Québec or outside Québec.

69. If the victim is a minor and has no dependants on the date of his death, his mother and father are entitled to equal shares of a lump sum indemnity . . .

[54] La Cour d'appel a commis une erreur en interprétant la Loi trop étroitement. Une telle interprétation risque de restreindre indûment l'application souhaitée du régime québécois sans égard à la responsabilité et doit donc être rejetée.

V. Dispositif

[55] Par conséquent, le pourvoi est accueilli avec dépens, le jugement de la Cour supérieure est rétabli et l'action des intimés est rejetée.

ANNEXE

Loi sur l'assurance automobile, L.R.Q., ch. A-25

1. Dans la présente loi, à moins que le contexte n'indique un sens différent, on entend par :

« accident » : tout événement au cours duquel un préjudice est causé par une automobile;

« automobile » : tout véhicule mû par un autre pouvoir que la force musculaire et adapté au transport sur les chemins publics mais non sur les rails;

. . .

« préjudice causé par une automobile » : tout préjudice causé par une automobile, par son usage ou par son chargement, y compris le préjudice causé par une remorque utilisée avec une automobile, mais à l'exception du préjudice causé par l'acte autonome d'un animal faisant partie du chargement et du préjudice causé à une personne ou à un bien en raison d'une action de cette personne reliée à l'entretien, la réparation, la modification ou l'amélioration d'une automobile;

. . .

5. Les indemnités accordées par la Société de l'assurance automobile du Québec en vertu du présent titre le sont sans égard à la responsabilité de quiconque.

6. Est une victime, la personne qui subit un préjudice corporel dans un accident.

7. La victime qui réside au Québec et les personnes à sa charge ont droit d'être indemnisées en vertu du présent titre, que l'accident ait lieu au Québec ou hors du Québec.

69. Si, à la date de son décès, la victime est mineure et n'a pas de personne à charge, son père et sa mère ont droit, à parts égales, à une indemnité forfaitaire . . .

If the victim is of full age and has no dependants on the date of his death, the indemnity shall be paid to his succession except where the property of the succession is to be taken by the State.

83.57. Compensation under this title stands in lieu of all rights and remedies by reason of bodily injury and no action in that respect shall be admitted before any court of justice.

Subject to sections 83.63 and 83.64, where bodily injury was caused by an automobile, the benefits or pecuniary benefits provided for the compensation of such injury by the Act respecting industrial accidents and occupational diseases (chapter A-3.001), the Act to promote good citizenship (chapter C-20) or the Crime Victims Compensation Act (chapter I-6) stand in lieu of all rights and remedies by reason of such bodily injury and no action in that respect shall be admitted before any court of justice.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Norton Rose OR, Montréal.

Solicitors for the respondents Richard Rossy et al.: Grey, Casgrain, Montréal.

Si, à la date de son décès, la victime est majeure et n'a pas de personne à charge, l'indemnité est versée à sa succession sauf si c'est l'État qui en recueille les biens.

83.57. Les indemnités prévues au présent titre tiennent lieu de tous les droits et recours en raison d'un préjudice corporel et nulle action à ce sujet n'est reçue devant un tribunal.

Sous réserve des articles 83.63 et 83.64, lorsqu'un préjudice corporel a été causé par une automobile, les prestations ou avantages prévus pour l'indemnisation de ce préjudice par la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles (chapitre A-3.001), la Loi visant à favoriser le civisme (chapitre C-20) ou la Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels (chapitre I-6) tiennent lieu de tous les droits et recours en raison de ce préjudice et nulle action à ce sujet n'est reçue devant un tribunal.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Norton Rose OR, Montréal.

Procureurs des intimés Richard Rossy et autres : Grey, Casgrain, Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Suganthini Mayuran *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MAYURAN

2012 SCC 31

File No.: 34526.

2012: April 19; 2012: June 28.

Present: LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Defences — Provocation — Accused convicted of second degree murder — Whether defence of provocation should have been put to jury — Whether objective element of provocation had an air of reality — Whether trial judge committing errors in instructions to jury — If so, whether curative proviso applicable.

The accused was convicted of second degree murder in the death of her sister-in-law who had been stabbed 45 times. Two members of the accused's family testified that the accused confessed to killing the victim because the victim had ridiculed her about her learning ability and her level of education. The accused denied having committed or having confessed to the murder, and offered an account of the day's events that conflicted with the rest of the family's testimony. The family's story was corroborated by an independent witness, by receipts and by cellular phone records. The accused's clothing was found in a bucket of bloody water in the bathroom, her blood was mixed with the blood of the victim on the blade of a knife said to be the murder weapon, her DNA was on the knife's handle, and cuts she suffered were said to be consistent with an injury caused while stabbing someone. On appeal, a majority of the Quebec Court of Appeal set aside the conviction and ordered a new trial. In its view, the trial judge ought to have put the defence of provocation to the jury based on the accused's alleged confession to killing the victim because she had been ridiculed by her. The dissenting judge found that there was no air of

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Suganthini Mayuran *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. MAYURAN

2012 CSC 31

N° du greffe : 34526.

2012 : 19 avril; 2012 : 28 juin.

Présents : Les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation — Déclaration de culpabilité prononcée à l'encontre de l'accusée pour meurtre au deuxième degré — Le moyen de défense de provocation aurait-il dû être soumis au jury? — L'élément objectif de la défense de provocation est-il établi de sorte que la défense est vraisemblable? — La juge du procès a-t-elle commis des erreurs en instruisant le jury? — Si oui, la disposition réparatrice s'applique-t-elle?

L'accusée a été déclarée coupable du meurtre au deuxième degré de sa belle-sœur, poignardée à 45 reprises. Deux de ses proches ont témoigné que l'accusée avait admis avoir tué la victime parce que celle-ci l'avait ridiculisée au sujet de son aptitude à apprendre et de son degré d'instruction. L'accusée a nié avoir commis le meurtre et avoir admis en être l'auteur et a présenté une version des événements de la journée incompatible avec le témoignage des autres membres de la famille. Le récit de la famille a été corroboré par un témoin indépendant, par des reçus et par des registres de téléphone cellulaire. Des vêtements appartenant à l'accusée ont été trouvés dans un seau d'eau teintée de sang dans la salle de bain, son sang était mêlé à celui de la victime sur la lame d'un couteau qui aurait servi à commettre le meurtre, son ADN se trouvait sur le manche et, aux dires d'un expert, ses coupures à la main étaient compatibles avec une blessure causée par le geste de poignarder quelqu'un. En appel, les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec ont annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès. À leur avis, la juge du procès aurait dû soumettre la défense de provocation au jury sur la base de l'aveu qu'aurait fait

reality to the defence of provocation on the facts of the case.

Held: The appeal should be allowed. The conviction is restored.

The defence of provocation requires that there be a wrongful act or insult of such a nature that it is sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control and that the accused act on that insult before there was time for her passion to cool. In order to satisfy the objective element of the defence, the evidence must be capable of giving rise to a reasonable doubt that an ordinary person in the accused's circumstances would be deprived of the power of self-control when hearing insults about his or her level of education. Based on the record, a properly instructed jury could not conclude that an ordinary person in the accused's circumstances would be deprived of self-control when "scolded" about her level of education to such a degree that she would stab the person 45 times in a responsive rage. It has no air of reality. As a result, there was no duty on the trial judge to instruct the jury on the defence of provocation.

The curative proviso can be applied in two situations: where the error is harmless or so minor that it could not have had any impact on the verdict; and where, even if the error is not minor, the evidence against the accused is so overwhelming that any other verdict would have been impossible to obtain. The trial judge's instruction to the jury in this case contained several errors, but most were minor and could not possibly have affected the verdict. And while the trial judge's error on the use of the accused's confession was not harmless, the case against her was overwhelming. As a result, the curative proviso applies.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Tran*, 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350; *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37; *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313; *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *R. v. White* (1996), 29 O.R. (3d) 577, aff'd [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. Gunning*, 2005 SCC 27, [2005] 1 S.C.R. 627; *R. v. Griffin*, 2009 SCC 28, [2009] 2 S.C.R. 42; *R. v. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457; *R. v. MacKenzie*, [1993] 1 S.C.R. 212; *R. v. Morin*, [1988]

l'accusée d'avoir tué la victime parce que celle-ci l'avait ridiculisée. Le juge dissident a estimé que les faits de l'affaire ne rendaient pas vraisemblable la défense de provocation.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli. La déclaration de culpabilité est rétablie.

La défense de provocation exige une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser et que l'accusée ait agi avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. Pour qu'il soit satisfait au critère objectif du moyen de défense, la preuve doit pouvoir soulever un doute raisonnable quant au fait qu'une personne ordinaire placée dans la même situation que l'accusée aurait été privée du pouvoir de se maîtriser en entendant les insultes à propos de son niveau d'instruction. En se fondant sur le dossier de l'espèce, un jury ayant reçu des directives appropriées ne pouvait conclure qu'une personne ordinaire placée dans les mêmes circonstances que l'accusée serait privée du pouvoir de se maîtriser pour avoir été « réprimandée » à propos de son degré d'instruction, au point qu'elle en viendrait à poignarder la personne à 45 reprises dans un accès de rage. Cela n'est pas vraisemblable. La juge du procès n'avait donc aucune obligation de donner des directives au jury concernant la défense de provocation.

La disposition réparatrice peut s'appliquer dans deux situations : lorsque l'erreur est inoffensive ou si mineure qu'elle n'a pu avoir aucune incidence sur le verdict; et lorsque, même si l'erreur n'est pas mineure, la preuve présentée contre l'accusé est à ce point accablante qu'il aurait été impossible de rendre un autre verdict. En l'espèce, les instructions de la juge du procès au jury contenaient plusieurs erreurs, mais la plupart étaient mineures et ne pouvaient avoir eu d'incidence sur le verdict. Si l'erreur commise par la juge du procès sur le poids à accorder à l'aveu fait par l'accusée n'était pas inoffensive, en revanche la cause contre l'accusée était accablante. Par conséquent, la disposition réparatrice s'applique.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Tran*, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350; *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37; *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313; *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *R. c. White* (1996), 29 O.R. (3d) 577, conf. par [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. Gunning*, 2005 CSC 27, [2005] 1 R.C.S. 627; *R. c. Griffin*, 2009 CSC 28, [2009] 2 R.C.S. 42; *R. c. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457; *R. c. MacKenzie*, [1993]

2 S.C.R. 345; *R. v. Rojas*, 2008 SCC 56, [2008] 3 S.C.R. 111; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 232.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Beauregard, Rochon and Duval Hesler J.J.A.), 2011 QCCA 1823, [2011] J.Q. n° 13938 (QL), 2011 CarswellQue 10626, setting aside the accused's conviction for second degree murder and ordering a new trial. Appeal allowed.

Louis Bouthillier and Alexandre Boucher, for the appellant.

Martin Latour and Maude Pagé-Arpin, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J.—Suganthini Mayuran (Suganthini) immigrated to Canada from Sri Lanka in 2004. She had married Mayuran Thangarajah (Mayuran) in an arranged marriage earlier that year. When she arrived in Canada, she moved into an apartment in Montréal with her husband, his father, his mother, his younger sister, his brother Manchutan and Manchutan's wife Dayani.

[2] On December 3, 2004, Suganthini was arrested for the murder of her sister-in-law Dayani. Dayani had been stabbed 45 times.

[3] The Crown's case at the jury trial was that Suganthini was alone in the apartment with Dayani at the time of death and therefore had the exclusive opportunity to commit the offence. The Crown relied on the testimony of the Thangarajah family to establish its case, supported by independent evidence corroborating their story and linking Suganthini to the murder.

1 R.C.S. 212; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Rojas*, 2008 CSC 56, [2008] 3 R.C.S. 111; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 232.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Beauregard, Rochon et Duval Hesler), 2011 QCCA 1823, [2011] J.Q. n° 13938 (QL), 2011 CarswellQue 10626, qui a annulé la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre l'accusée et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Louis Bouthillier et Alexandre Boucher, pour l'appelante.

Martin Latour et Maude Pagé-Arpin, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Suganthini Mayuran (Suganthini) a immigré au Canada en provenance du Sri Lanka en 2004. Plus tôt la même année, elle avait épousé Mayuran Thangarajah (Mayuran) à la faveur d'un mariage arrangé. À son arrivée au Canada, elle a emménagé dans un appartement à Montréal avec son mari, son beau-père, sa belle-mère, la sœur cadette de son mari ainsi qu'avec Manchutan, le frère de ce dernier et Dayani, la femme de Manchutan.

[2] Le 3 décembre 2004, Suganthini a été arrêtée pour le meurtre de sa belle-sœur Dayani. Celle-ci avait été poignardée à 45 reprises.

[3] Selon la thèse que le ministère public a présentée lors du procès tenu devant jury, Suganthini se trouvait seule dans l'appartement avec Dayani au moment de la mort et a donc été la seule à pouvoir commettre l'infraction. Pour établir sa thèse, le ministère public s'est fondé sur le témoignage de la famille Thangarajah, appuyé par une preuve indépendante corroborant le récit de ses membres et liant Suganthini au meurtre.

[4] Various members of the family testified. Their collective evidence can be summarized as follows. Mayuran's father left to go to temple at 7:30 that morning, while Mayuran, his mother, and his brother went to the family-owned and operated convenience store in Laval. Mayuran's brother and mother shopped for supplies, leaving Mayuran in charge of the store. When they finished shopping, the brother was left at the store, while Mayuran and his mother returned to Montréal. The younger sister said that she left the apartment at 10 or 10:30 a.m. to attend a private class with a tutor, leaving only Suganthini and her sister-in-law Dayani in the apartment.

[5] Several pieces of evidence corroborated the family's story: a delivery person saw Mayuran's brother Manchutan in the family store at 10:30 a.m. and again at 11:30 a.m.; there were receipts confirming the shopping trip the mother and Mayuran's brother had taken, including a receipt from Loblaws in Laval shortly after 10 a.m.; and cellular phone records confirmed that the brother received a phone call in Laval at 10:52 a.m. All of these supported their account, which left Suganthini alone with her sister-in-law Dayani in the apartment until some time after 11:30 a.m.

[6] At around 11 or 11:30 a.m. on December 3, 2004, Suganthini called her father-in-law at the temple saying that a thief had entered the apartment and hurt Dayani. The father-in-law then called Dayani's husband, who was at the store. He also asked a member of the temple to contact the police, then returned home. When the father-in-law arrived at the apartment, he buzzed the intercom but received no answer. He then tried calling the house from a nearby store, but again got no answer. When a neighbour finally let him into the building, he entered the apartment and heard Suganthini crying in the locked master bedroom. She directed him to another bedroom where Dayani was lying on the floor. The father-in-law called 911. The police arrived before he finished his call.

[4] Plusieurs membres de la famille ont témoigné. Leur témoignage collectif peut se résumer comme suit. Le père de Mayuran est parti au temple à 7 h 30 le matin du meurtre, tandis que Mayuran, sa mère et son frère se sont rendus au dépanneur que possède la famille à Laval. Le frère et la mère de Mayuran sont allés faire des achats, laissant à Mayuran le soin de s'occuper du magasin. Une fois leurs achats terminés, le frère est resté au magasin, tandis que Mayuran et sa mère sont retournés à Montréal. Quant à la sœur cadette, elle a dit avoir quitté l'appartement à 10 h ou 10 h 30 pour se rendre à un cours particulier avec un tuteur, de sorte que Suganthini et sa belle-sœur Dayani étaient dès lors seules dans l'appartement.

[5] Divers éléments de preuve ont corroboré le récit de la famille : une livreuse a vu le frère de Mayuran, Manchutan, dans le magasin familial à 10 h 30 puis, de nouveau, à 11 h 30; des reçus ont confirmé les courses qu'avaient faites la mère et le frère de Mayuran, dont un reçu d'un magasin Loblaws à Laval attestant un achat peu après 10 h; et des registres de téléphone cellulaire confirmaient que le frère avait reçu un appel téléphonique à Laval à 10 h 52. Tous ces éléments étayaient leur récit, à savoir que Suganthini était restée seule avec sa belle-sœur Dayani dans l'appartement jusqu'aux environs de 11 h 30.

[6] Vers 11 h ou 11 h 30 le 3 décembre 2004, Suganthini a appelé son beau-père au temple, disant qu'un voleur était entré dans l'appartement et avait blessé Dayani. Le beau-père a alors appelé le mari de Dayani, qui se trouvait au magasin. Il a également demandé à un membre du temple de communiquer avec la police, puis il est retourné chez lui. À son arrivée à l'appartement, le beau-père a sonné à l'interphone, sans recevoir de réponse. Il a alors tenté d'appeler à la maison à partir d'un magasin voisin, mais là encore sans obtenir de réponse. Lorsqu'un voisin l'a finalement laissé entrer dans l'immeuble, il s'est rendu dans l'appartement et a entendu Suganthini pleurer dans la chambre principale qui était verrouillée. Elle lui a indiqué d'aller dans une autre chambre où Dayani gisait sur le plancher. Le beau-père a appelé le 911. La police est arrivée avant qu'il n'ait terminé son appel.

[7] Of particular relevance to this appeal, Suganthini's husband Mayuran and her mother-in-law testified that while Suganthini was in prison, she confessed to the murder in several telephone conversations with them. She told them she killed Dayani because Dayani had ridiculed her about her learning ability and her level of education. They said that a few phone calls later, however, Suganthini denied having killed Dayani. Her newer version was that she had been threatened by the real murderer, whose name she would not reveal.

[8] The police arrived at around noon. They found Suganthini crying and with a cut on her hand. She told them that the murder had been committed by a thief who had entered the ground floor apartment through the kitchen. Though the kitchen door was open, there were no tracks in the fresh snow leading to it. Some of Suganthini's clothing — a skirt and T-shirt — was found in a bucket of bloody water in the bathroom.

[9] Luc Simoncelli, a doctor who arrived on the scene slightly after noon, testified that the time of death was shortly before his arrival, though he acknowledged that the wounds could have been inflicted as much as two hours earlier.

[10] An autopsy found 45 stab wounds in Dayani's body. The pathologist, Dr. André Lauzon, testified that given their lack of depth, the wounds had likely been inflicted by a knife with a broken tip. A knife with a broken tip was in fact found at the scene, and François Julien, the DNA expert called by the Crown, testified that he found both Dayani's and Suganthini's blood on the blade of the knife. Only Suganthini's DNA was found on the handle. Dr. Lauzon also said that the cuts Suganthini received on her hand were consistent with an injury that could have been caused by stabbing someone.

[7] Un élément revêt une pertinence particulière dans le présent pourvoi : Mayuran, le mari de Suganthini, ainsi que la belle-mère de celle-ci ont affirmé durant leur témoignage que, au cours de plusieurs conversations téléphoniques qu'elle a eues avec eux pendant qu'elle était en prison, Suganthini avait admis être l'auteur du meurtre. Elle leur a dit qu'elle avait tué Dayani parce que celle-ci l'avait ridiculisée au sujet de son aptitude à apprendre et de son degré d'instruction. Ils ont dit que, quelques appels téléphoniques plus tard, Suganthini avait toutefois nié avoir tué Dayani. Selon sa dernière version, elle avait été menacée par le meurtrier véritable, dont elle n'avait pas voulu révéler le nom.

[8] Les policiers sont arrivés vers midi. Ils ont trouvé Suganthini qui pleurait et avait une coupure à la main. Elle leur a dit que le meurtre avait été commis par un voleur qui était entré au rez-de-chaussée en passant par la cuisine. La porte de la cuisine était ouverte, mais la neige fraîchement tombée ne portait aucune trace y conduisant. Des vêtements de Suganthini — une jupe et un tee-shirt — ont été trouvés dans un seau d'eau teintée de sang dans la salle de bain.

[9] Luc Simoncelli, un médecin qui est arrivé sur les lieux peu après midi, a estimé que le décès était survenu peu avant son arrivée, bien qu'il ait reconnu que les blessures auraient pu être infligées jusqu'à deux heures auparavant.

[10] L'autopsie a révélé que le corps de Dayani portait 45 coups de couteau. Selon le témoignage du D^r André Lauzon, pathologiste, puisqu'elles étaient peu profondes, les blessures avaient probablement été infligées par un couteau dont la pointe était brisée. Un tel couteau a de fait été trouvé sur les lieux et François Julien, l'expert en ADN du ministère public, a déclaré au procès avoir trouvé des traces du sang à la fois de Dayani et de Suganthini sur la lame du couteau en question. Seul l'ADN de Suganthini a été retrouvé sur le manche. Le D^r Lauzon a également dit que les coupures que Suganthini avait à la main étaient compatibles avec une blessure pouvant avoir été causée par le geste de poignarder quelqu'un.

[11] Suganthini's defence at trial was that she was not the person who killed Dayani. She testified that she woke up at 9 a.m. and saw the younger sister leaving the apartment before 9:30 a.m. At about 9:45 a.m., she said she heard her brother-in-law Manchutan and his wife Dayani arguing intensely. She went to their bedroom, where she said she saw Manchutan with a knife pointed towards Dayani. When she entered the bedroom, Manchutan looked at her and said: "Did you know that she has cheated on me? Did you know that the baby in her womb is -- the father of the child is Mayuran [Suganthini's husband]."

[12] Suganthini said that she tried to "snatch" the knife from him, which resulted in a cut to her hand. Manchutan pushed her out of the room, at which point she locked herself inside her mother-in-law's bedroom. She said that Manchutan later yelled at her through the door, telling her never to disclose the day's events, and to tell anyone who asked that a robber had broken into the house. After an indeterminate period, Suganthini left the bedroom, saw Dayani bleeding on the floor of her own bedroom and called her father-in-law.

[13] Suganthini denied having confessed to the murder in the prison telephone calls. She said that she had tried to tell her mother-in-law the truth about the argument she saw between Dayani and her husband, but her mother-in-law had hung up the phone. Her evidence about the bloody clothing was that she put it into the bucket because it had been soiled during menstruation overnight.

[14] Suganthini was convicted of second degree murder.

[15] On appeal, a majority in the Quebec Court of Appeal set aside the conviction and ordered a new trial. In its view, the trial judge ought to have put the defence of provocation to the jury based on

[11] Au procès, Suganthini a fait valoir en défense que ce n'était pas elle qui avait tué Dayani. Elle a affirmé qu'elle s'était réveillée à 9 h et qu'elle avait vu la sœur cadette quitter l'appartement avant 9 h 30. Elle a dit avoir entendu, vers 9 h 45, son beau-frère Manchutan et sa femme Dayani se disputer avec vigueur. Elle est allée dans leur chambre, où elle dit avoir vu Manchutan qui pointait un couteau en direction de Dayani. Lorsqu'elle est entrée dans la chambre, Manchutan l'aurait regardée en lui disant : [TRADUCTION] « Savais-tu qu'elle m'a trompé? Savais-tu que le bébé dans son ventre est -- le père de l'enfant est Mayuran [le mari de Suganthini]. »

[12] Suganthini a dit qu'elle a essayé d'[TRADUCTION] « attraper » le couteau, ce qui explique qu'elle se soit coupée à la main. Manchutan l'aurait poussée hors de la chambre et elle se serait alors enfermée dans la chambre de sa belle-mère. Elle a raconté que Manchutan s'était ensuite mis à crier après elle à travers la porte, l'avertissant de ne jamais révéler ce qui s'était passé et de dire à tous ceux qui poseraient des questions qu'un voleur s'était introduit par effraction dans la maison. Après une période indéterminée, Suganthini serait sortie de la chambre, aurait vu Dayani gisant dans son sang sur le plancher de sa chambre à coucher et aurait ensuite appelé son beau-père.

[13] Suganthini a nié avoir admis être l'auteur du meurtre au cours de conversations téléphoniques qu'elle a eues en prison. Elle a raconté qu'elle avait essayé de dire la vérité à sa belle-mère à propos de la querelle à laquelle elle avait assisté entre Dayani et son mari Manchutan, mais que sa belle-mère avait raccroché. Au sujet des vêtements tachés de sang, elle a témoigné qu'elle les avait mis dans le seau parce qu'ils avaient été souillés la veille à cause de ses menstruations.

[14] Suganthini a été déclarée coupable de meurtre au deuxième degré.

[15] En appel, les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec ont annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès. À leur avis, la juge du procès aurait dû soumettre

the alleged telephone conversations from prison whereby Suganthini confessed to killing Dayani because she had been ridiculed by her.

[16] The Court of Appeal also identified four other errors in the jury instruction, but applied the curative proviso because these errors “could have had [no] impact on the verdict in light of the evidence”.

[17] In the dissent that gives rise to this “as of right” appeal, Rochon J.A. agreed with the application of the proviso, but found that there was no air of reality to the defence of provocation on the facts of this case. I agree with his conclusion.

Analysis

[18] The primary issue in this appeal is whether the Court of Appeal erred in concluding that there was a sufficient evidentiary foundation for the defence of provocation to have been put to the jury notwithstanding that it was not raised by the defence at trial.

[19] The defence of provocation is set out in s. 232 of the *Criminal Code*:

232. (1) Culpable homicide that otherwise would be murder may be reduced to manslaughter if the person who committed it did so in the heat of passion caused by sudden provocation.

(2) A wrongful act or an insult that is of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control is provocation for the purposes of this section if the accused acted on it on the sudden and before there was time for his passion to cool.

(3) For the purposes of this section, the questions

(a) whether a particular wrongful act or insult amounted to provocation, and

(b) whether the accused was deprived of the power of self-control by the provocation that he alleges he received,

la défense de provocation au jury sur la base des conversations téléphoniques alléguées tenues en prison durant lesquelles Suganthini aurait admis avoir tué Dayani parce que celle-ci l'avait ridiculisée.

[16] La Cour d'appel a également relevé quatre autres erreurs dans les directives au jury, mais elle a appliqué la disposition réparatrice parce que ces erreurs [TRADUCTION] « ont pu n'avoir aucune incidence sur le verdict vu la preuve ».

[17] Dans la dissidence qui donne ouverture au présent appel de plein droit, le juge Rochon s'est dit d'accord pour appliquer la disposition réparatrice, mais il a estimé que les faits de l'affaire ne rendaient pas vraisemblable la défense de provocation. Je souscris à sa conclusion.

Analyse

[18] La principale question que pose le présent pourvoi est celle de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que la défense de provocation reposait sur un fondement probant suffisant pour être soumise à l'appréciation du jury même si elle n'avait pas été invoquée par la défense lors du procès.

[19] La défense de provocation est prévue à l'art. 232 du *Code criminel* :

232. (1) Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre peut être réduit à un homicide involontaire coupable si la personne qui l'a commis a ainsi agi dans un accès de colère causé par une provocation soudaine.

(2) Une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, est une provocation pour l'application du présent article, si l'accusé a agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.

(3) Pour l'application du présent article, les questions de savoir :

(a) si une action injuste ou une insulte déterminée équivalait à une provocation;

(b) si l'accusé a été privé du pouvoir de se maîtriser par la provocation qu'il allègue avoir reçue,

are questions of fact, but no one shall be deemed to have given provocation to another by doing anything that he had a legal right to do, or by doing anything that the accused incited him to do in order to provide the accused with an excuse for causing death or bodily harm to any human being.

[20] This Court has held that a defence should only be put to the jury if it has an “air of reality” (*R. v. Cinous*, [2002] 2 S.C.R. 3, at para. 50). The air of reality test imposes two duties on the trial judge: to “put to the jury all defences that arise on the facts, whether or not they have been specifically raised by an accused”; and “to keep from the jury defences lacking an evidential foundation” (*Cinous*, at para. 51). Whether a defence arises on the evidence of the accused or of the Crown, the trial judge must put the defence to the jury if it has an air of reality (*Cinous*, at para. 53; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595).

[21] In determining whether a defence has an air of reality, there must be an examination into the sufficiency of the evidence. It is not enough for there to be “some evidence” supporting the defence (*Cinous*, at para. 83). The test is “whether there is (1) evidence (2) upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit if it believed the evidence to be true” (*Cinous*, at para. 65). For defences that rely on indirect evidence or defences like provocation that include an objective reasonableness component, the trial judge must examine the “field of factual inferences” that can reasonably be drawn from the evidence (*Cinous*, at para. 91).

[22] The relationship between the air of reality and the defence of provocation was recently considered by this Court in *R. v. Tran*, [2010] 3 S.C.R. 350, where Charron J. explained that

[f]or the defence to succeed, the jury must have a reasonable doubt about whether each of the elements of provocation was present. This necessarily requires that there be a sufficient evidential basis in respect of each component of the defence before it is left to the jury:

sont des questions de fait, mais nul n’est censé avoir provoqué un autre individu en faisant quelque chose qu’il avait un droit légal de faire, ou en faisant une chose que l’accusé l’a incité à faire afin de fournir à l’accusé une excuse pour causer la mort ou des lésions corporelles à un être humain.

[20] Notre Cour a statué qu’il n’y a lieu de soumettre un moyen de défense à l’appréciation du jury que s’il est « vraisemblable » (*R. c. Cinous*, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 50). Le critère de la vraisemblance exige du juge du procès qu’il satisfasse à une double exigence : qu’il « soumett[e] au jury tous les moyens de défense qui peuvent être invoqués d’après les faits, peu importe que l’accusé les ait expressément invoqués ou non »; et qu’il « soustrai[e] à l’appréciation du jury le moyen de défense qui est dépourvu de fondement probant » (*Cinous*, par. 51). Qu’un moyen de défense ressorte de la preuve de l’accusé ou de celle du ministère public, le juge du procès doit le soumettre au jury s’il est vraisemblable (*Cinous*, par. 53; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595).

[21] Pour déterminer si un moyen de défense est vraisemblable, il faut se demander si la preuve est suffisante. Il ne suffit pas qu’il existe « une preuve » étayant le moyen de défense (*Cinous*, par. 83). Il faut se demander « s’il existe (1) une preuve (2) qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquittement, s’il y ajoutait foi » (*Cinous*, par. 65). S’agissant de moyens de défense qui se fondent sur une preuve indirecte ou de moyens — telle la provocation — qui ont une composante objective de raisonnablement, le juge du procès doit examiner les « inférences de fait » qui peuvent raisonnablement être tirées au vu de la preuve (*Cinous*, par. 91).

[22] La question de la relation entre la vraisemblance et la défense de provocation a été examinée récemment par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Tran*, [2010] 3 R.C.S. 350, où la juge Charron a expliqué que

[l]e sort réservé au moyen de défense dépend de ce que les jurés auront ou non un doute raisonnable sur l’existence de chacun des éléments constitutifs de la provocation. Un fondement probant suffisant est donc requis à l’égard de chacun des volets du moyen de défense pour

the evidence must be reasonably capable of supporting the inferences necessary to make out the defence before there is an air of reality to the defence . . . [para. 41]

[23] There are two elements to the defence of provocation: an objective and a subjective one. The two components were described in *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37:

First, there must be a wrongful act or insult of such a nature that it is sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control as the objective element. Second, the subjective element requires that the accused act upon that insult on the sudden and before there was time for his passion to cool. [Emphasis deleted; para. 4.]

(See also *Tran*, at para. 23.)

The objective element of the defence requires that “(1) there must be a wrongful act or insult; and (2) the wrongful act or insult must be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control” (*Tran*, at para. 25).

[24] In order for the defence of provocation to have an air of reality in this case, the evidence must be capable of giving rise to a reasonable doubt that an ordinary person in Suganthini’s circumstances would be deprived of the power of self-control when hearing insults about his or her level of education. In my respectful opinion, that conclusion is simply untenable.

[25] The majority in the Court of Appeal found that the defence of provocation had an air of reality based on the alleged prison conversation in which Suganthini confessed that she killed Dayani because she had made fun of her. The fact that there were 45 stab wounds, the court concluded, supported the inference that the murder had “occurred in the heat of passion caused by sudden provocation”. But, the majority did not in any way address whether the objective element of the defence was met.

[26] This Court has repeatedly reinforced the importance of the objective element. As Dickson C.J.

que celui-ci puisse être soumis au jury : la vraisemblance exige que la preuve soit raisonnablement susceptible d’étayer les inférences nécessaires à l’application du moyen de défense . . . [par. 41]

[23] La défense de provocation comporte deux éléments : un, objectif, l’autre, subjectif. Les deux éléments sont ainsi décrits dans *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37 :

Premièrement, pour satisfaire à l’élément objectif, il faut établir qu’il y a eu une action injuste ou une insulte de telle nature qu’elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. Deuxièmement, l’élément subjectif exige la preuve que l’accusé a agi sous l’impulsion du moment et avant d’avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. [Soulignement omis; par. 4.]

(Voir aussi *Tran*, par. 23.)

L’élément objectif de la défense s’entend de deux exigences : « (1) il doit y avoir une action injuste ou une insulte et (2) l’action injuste ou l’insulte doit être suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser » (*Tran*, par. 25).

[24] Pour que la défense de provocation soit vraisemblable dans la présente affaire, la preuve doit pouvoir soulever un doute raisonnable quant au fait qu’une personne ordinaire placée dans la même situation que Suganthini aurait été privée du pouvoir de se maîtriser en entendant les insultes à propos de son niveau d’instruction. À mon humble avis, cette conclusion est tout simplement indéfendable.

[25] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu que la défense de provocation était vraisemblable étant donné la conversation en prison au cours de laquelle Suganthini aurait admis avoir tué Dayani parce que celle-ci s’était moquée d’elle. Le fait qu’il y avait 45 plaies par arme blanche, a conclu la cour, permettait d’inférer que le meurtre s’était [TRADUCTION] « produit dans un accès de colère causé par une provocation soudaine ». Toutefois, les juges majoritaires n’ont aucunement examiné la question de savoir s’il avait été satisfait au critère objectif du moyen de défense.

[26] Notre Cour a souligné à maintes reprises l’importance de l’élément objectif. Comme l’a dit le

said in *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313, “We seek to encourage conduct that complies with certain societal standards of reasonableness and responsibility. In doing this, the law quite logically employs the objective standard of the reasonable person” (pp. 324-25), whom he defined as someone having “a normal temperament and level of self-control”, and as not being “exceptionally excitable, pugnacious or in a state of drunkenness” (p. 331).

[27] Dickson C.J. acknowledged that “particular characteristics that are not peculiar or idiosyncratic can be ascribed to an ordinary person without subverting the logic of the objective test of provocation”, including features “such as sex, age, or race” (*Hill*, at p. 331; see also *Thibert*, at para. 14). But he emphasized that these characteristics are only relevant to the extent that they help determine how an *ordinary* person would react in the circumstances. As Charron J. warned in *Tran*:

Personal circumstances may be relevant to determining whether the accused was in fact provoked — the subjective element of the defence — but they do not shift the ordinary person standard to suit the individual accused. In other words, *there is an important distinction between contextualizing the objective standard, which is necessary and proper, and individualizing it, which only serves to defeat its purpose.* [Emphasis added; para. 35.]

[28] In arguing that provocation should have been put to the jury, the defence relied on evidence from Suganthini’s husband Mayuran about the prison conversation between him and Suganthini to support the air of reality to the defence:

A. . . . At that moment, we asked her what happened and she said that out of her anger, she did like that and then, far from myself, *I asked her why she did like that and she answered that she was learning more than me and I was very angry.* It was because

juge en chef Dickson dans *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313, « [n]ous cherchons à encourager une conduite qui se conforme à certaines normes de la société en matière de responsabilité et d’actes raisonnables. Pour le faire, le droit emploie très logiquement la norme objective de la personne raisonnable » (p. 324-325), qu’il a définie comme une personne qui a « un tempérament et un niveau de maîtrise de soi normaux », et qui n’est pas « exceptionnellement excitable ou querelleuse, ni en état d’ivresse » (p. 331).

[27] Le juge en chef Dickson a reconnu que « des caractéristiques particulières qui ne sont pas spéciales ni une idiosyncrasie peuvent être attribuées à une personne ordinaire sans bouleverser la logique du critère objectif de la provocation », ce qui comprend des caractéristiques « comme le sexe, l’âge ou la race » (*Hill*, p. 331; voir aussi *Thibert*, par. 14). Mais il a souligné que ces caractéristiques ne sont pertinentes que dans la mesure où elles aident à déterminer la façon dont une personne *ordinaire* réagirait dans les circonstances. La juge Charron a fait la mise en garde suivante dans l’arrêt *Tran* :

La situation personnelle de l’accusé peut importer pour déterminer s’il y a eu provocation dans les faits — c’est l’élément subjectif du moyen de défense —, mais elle n’a pas pour effet de modifier la norme de la personne ordinaire pour qu’elle convienne à l’individu accusé. Autrement dit, *il existe une distinction importante entre la contextualisation de la norme objective, qui est nécessaire et opportune, et son individualisation, qui contrecarre son objectif même.* [Italiques ajoutés; par. 35.]

[28] En plaidant que la provocation aurait dû être une question soumise à l’appréciation du jury et pour étayer la vraisemblance de ce moyen de défense, la défense s’est fondée sur le témoignage du mari de Suganthini, Mayuran, à propos de la conversation en prison qu’il avait eue avec elle :

[TRADUCTION]

R. . . . À ce moment, nous lui avons demandé ce qui était arrivé et elle a dit que sous le coup de la colère, qu’elle l’a fait et alors, pour ma part, *je lui ai demandé pourquoi elle avait fait ça et elle a répondu qu’elle en apprenait plus que moi et j’étais très en*

of that, I did like that and after a while, the phone call, it was automatically there was a cut.

colère. C'était à cause de ça, j'ai fait ça et après un certain temps, l'appel téléphonique a été automatiquement coupé.

A. [My mother] was the one who asked her what happened. I was there at that moment and she said what happened and at that moment, when we asked her, she said like that and she said that *she did like that because she was angry* and after she spoke, my mother, with her and I, myself, I asked her for my side, why she did like that and she answered the same way that she did like that.

R. C'est [ma mère] qui lui a demandé ce qui était arrivé. J'étais là à ce moment et elle a dit ce qui était arrivé et à ce moment, quand nous lui avons demandé, elle a dit comme ça et elle a dit *qu'elle a fait ça parce qu'elle était fâchée* et après qu'elle a parlé, ma mère, avec elle et moi, moi-même, je lui ai demandé de mon côté pourquoi elle avait fait ça et elle a répondu de la même façon qu'elle avait fait ça.

A. . . . I asked her . . . what happened, she told me in truth actually, I did it. Then, when I asked her why she did it, *she gave me a reason that she was telling her that she was more educated than me.*

R. . . . Je lui ai demandé [. . .] ce qui était arrivé, elle m'a dit en vérité, je l'ai fait. Alors, quand je lui ai demandé pourquoi elle l'avait fait, *elle m'a expliqué que c'était parce qu'elle lui disait qu'elle était plus instruite que moi.*

Q. Who was telling that?

Q. Qui disait cela?

A. Suganthini told me that *she was sort of ridiculing her about her level of education.*

R. Suganthini m'a dit *qu'elle l'avait ridiculisée à propos de son degré d'instruction.*

Q. Who was ridiculing her?

Q. Qui la ridiculisait?

A. Dayani.

R. Dayani.

A. The moment when I spoke to her, I asked her why she did like that and she said that she was the one who did that and then *I asked her why and she said about the studies and it was because of that argument, she was angry and she said she did with a anger.* [Emphasis added.]

R. Au moment où je lui ai parlé, je lui ai demandé pourquoi elle l'avait fait et elle a dit que c'était elle qui l'avait fait et ensuite *je lui ai demandé pourquoi et elle a dit à propos des études et c'était à cause de cette querelle, elle était fâchée et elle a dit qu'elle a agi sous le coup de la colère.* [Italiques ajoutés.]

[29] The defence also pointed to the evidence from Suganthini's mother-in-law:

[29] La défense a également insisté sur le témoignage de la belle-mère de Suganthini :

[TRADUCTION]

A. I asked her what happened, why did she do it.

R. Je lui ai demandé ce qui était arrivé, pourquoi elle avait fait cela.

Q. What did Suganthini answer?

Q. Qu'a répondu Suganthini?

A. Suganthini said: I have done it. And when I asked her why did you do it, *she said she scolded at, she reproached me and that's why I did it.*

Q. Did she say anything else?

A. I told her: Okay, she scolded at you but why didn't you just leave the place, go out of the apartment if she had provoked you?

Q. What did she answer?

A. She said: *She scolded at me and that's why I did it.*

R. Suganthini a dit : je l'ai fait. Et quand je lui ai demandé pourquoi as-tu fait cela, *elle a dit elle m'a réprimandée, elle m'a fait des reproches et c'est pourquoi elle l'a fait.*

Q. A-t-elle dit quelque chose d'autre?

R. Je lui ai dit : d'accord, elle t'a réprimandée, mais pourquoi n'es-tu pas simplement partie, sortie de l'appartement si elle t'avait provoquée?

Q. Qu'a-t-elle répondu?

R. Elle a dit : *elle m'a fait des reproches et c'est pourquoi je l'ai fait.*

. . .

. . .

A. *She said she reproached me and that's why she did it.* [Emphasis added.]

R. Elle a dit : *elle m'a fait des reproches et c'est pourquoi elle l'a fait.* [Italiques ajoutés.]

[30] In addition, Suganthini argued that her particular circumstances were relevant in assessing her reaction, including the fact that she was a new immigrant who was attempting to integrate into the community as quickly as possible, which heightened her sensitivity to insults relating to her level of education and ability to learn. These considerations, however, while relevant, do not transform her conduct into an act that an ordinary person would have committed. As Charron J. noted in *Tran*, this would “individualize” the objective element of the test and defeat its purpose.

[30] En outre, Suganthini a fait valoir que, en ce qui a trait à l'appréciation de sa réaction, sa situation personnelle était pertinente, y compris le fait qu'elle était une nouvelle immigrante qui tentait de s'intégrer dans la communauté aussi rapidement que possible, ce qui la rendait plus sensible aux insultes concernant son degré d'instruction et sa capacité d'apprendre. Bien que pertinentes, ces considérations ne font pas de sa conduite un acte qu'une personne ordinaire aurait commis. Comme la juge Charron l'a fait observer dans *Tran*, cela « individualiserait » l'élément objectif du test et contrecarrerait son objectif même.

[31] Based on this record, a properly instructed jury could not conclude that an ordinary person in Suganthini's circumstances would be deprived of self-control when “scolded” about her level of education to such a degree that she would stab the person 45 times in a responsive rage. This, it seems to me, has absolutely no air of reality. There was, as a result, no duty on the trial judge to instruct the jury on the defence of provocation.

[31] En se fondant sur ce dossier, un jury ayant reçu des directives appropriées ne pouvait conclure qu'une personne ordinaire placée dans les mêmes circonstances que Suganthini serait privée du pouvoir de se maîtriser lorsqu'on la « réprimande » à propos de son degré d'instruction, au point qu'elle en viendrait à poignarder la personne à 45 reprises dans un accès de rage. Cela, me semble-t-il, n'est absolument pas vraisemblable. La juge du procès n'avait donc aucune obligation de donner des directives au jury concernant la défense de provocation.

[32] The four remaining errors identified by the Court of Appeal relate to the charge to the jury. Like the Court of Appeal, I would apply the curative proviso.

[32] Les quatre autres erreurs signalées par la Cour d'appel se rapportent à l'exposé au jury. À l'instar de la Cour d'appel, j'appliquerais la disposition réparatrice.

[33] The Court of Appeal found that the trial judge erred in the instruction on motive. The jury was told that they could take into account Suganthini's potential motive for murder, namely "that [Dayani] was growling, reproaching her, humiliating her and ridiculing her", in coming to their conclusion. The Court of Appeal found that the trial judge should also have told the jury to consider Manchutan's motive, as alleged by Suganthini, that his wife was pregnant with Suganthini's husband's child.

[34] Dickson J. commented in *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821, that trial judges are to provide a balanced jury instruction on the issue of motive in order "to give the jury matters of evidence *essential* in arriving at a just conclusion" (p. 837 (emphasis added), citing *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, at p. 752; see also *R. v. White* (1996), 29 O.R. (3d) 577 (C.A.), at pp. 607-8, aff'd [1998] 2 S.C.R. 72). The Crown's case, however, was grounded in Suganthini's exclusive opportunity to commit the offence, not motive. While it would have been preferable if the trial judge had reminded the jury about Suganthini's evidence, the failure to do so in this case was relatively minor given the marginal role of motive in the Crown's case.

[35] The Court of Appeal also found the following comment by the trial judge about Suganthini's fatigue to have been an error:

[TRANSLATION] You can also take into consideration the testimony of the accused when she said that she measures 5 feet and weighs 90 pounds, about the same weight as the victim. She said several times, after the incidents in the house, at the hospital and at the police station, that she was very tired. *We could think that a person weighing 90 pounds, who has just stabbed another person 45 times and killed them, would be very tired.* [Emphasis added.]

[36] The issue of a judge's right to express an opinion on the evidence was discussed by Charron J.

[33] La Cour d'appel a conclu que la juge du procès a commis une erreur dans la directive donnée quant au mobile. Elle a dit aux jurés qu'ils pouvaient prendre en considération le mobile qui aurait pu pousser Suganthini à commettre le meurtre, à savoir [TRADUCTION] « que [Dayani] grognait, lui faisait des reproches, l'humiliait et la ridiculisait », pour arriver à leur conclusion. La Cour d'appel a estimé que la juge du procès aurait dû aussi dire aux jurés de prendre en considération le mobile de Manchutan, soit, comme l'a prétendu Suganthini, que sa femme était enceinte de l'enfant du mari de Suganthini.

[34] Le juge Dickson a souligné dans l'arrêt *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821, que les juges de première instance doivent donner au jury des directives équilibrées sur la question du mobile de façon à « présenter au jury les éléments de preuve *indispensables* pour parvenir à une juste conclusion » (p. 837 (italiques ajoutés), citant *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739, p. 752; voir également *R. c. White* (1996), 29 O.R. (3d) 577 (C.A.), p. 607-608, conf. par [1998] 2 R.C.S. 72). Or, la thèse du ministère public reposait sur l'occasion exclusive qu'avait eue Suganthini de commettre l'infraction, non sur un mobile. Certes, il aurait été préférable que la juge du procès rappelle au jury le témoignage de Suganthini, mais cette omission en l'espèce était relativement mineure étant donné le rôle marginal du mobile dans la thèse du ministère public.

[35] La Cour d'appel a également estimé que la remarque suivante qu'a formulée la juge du procès à propos de l'état de fatigue de Suganthini constituait une erreur :

Vous pouvez aussi prendre en considération le témoignage de l'accusée lorsqu'elle dit qu'elle mesure cinq pieds et pèse 90 livres, soit le même poids que celui de la victime. Elle a dit à plusieurs reprises, qu'après les incidents dans la maison, à l'hôpital et au poste de police, elle était très fatiguée. *On peut penser qu'une personne pesant 90 livres, qui vient d'assener 45 coups de couteau au point de tuer une autre personne, doit éprouver une grande fatigue.* [Italiques ajoutés.]

[36] La question du droit du juge d'exprimer une opinion sur la preuve a été examinée dans *R. c.*

in *R. v. Gunning*, [2005] 1 S.C.R. 627, where she stated:

It is perhaps trite but nonetheless fundamental law that on a jury trial, it is for the judge to decide all questions of law and to direct the jury accordingly; but the jury, who must take its direction on the law from the judge, is the sole arbiter on the facts. The judge also has the duty, insofar as it is necessary, to assist the jury by reviewing the evidence as it relates to the issues in the case. The judge is also entitled to give an opinion on a question of fact and express it as strongly as the circumstances permit, so long as it is made clear to the jury that the opinion is given as advice and not direction.

... it is never the function of the judge in a jury trial to assess the evidence and make a determination that the Crown has proven one or more of the essential elements of the offence and to direct the jury accordingly. It does not matter how obvious the judge may believe the answer to be. Nor does it matter that the judge may be of the view that any other conclusion would be perverse. *The trial judge may give an opinion on the matter when it is warranted, but never a direction.* [Emphasis added; paras. 27 and 31.]

[37] In *Gunning*, the trial judge had told the jury how to decide an essential element of the offence. This case is very different. The trial judge used qualified language which did no more than suggest an inference that could potentially be drawn from the evidence. Ideally, the trial judge should not have speculated to the jury about what may have caused Suganthini's fatigue. But the statement does not rise to the level of a "direction" to the jury on how it should decide any element of the offence, and it was accompanied by several instructions to the jury to the effect that they were the ultimate arbiters of the facts. Any error, as a result, was minor.

[38] The Court of Appeal also said that the trial judge erred because since this case was essentially based on circumstantial evidence, a specific

Gunning, [2005] 1 R.C.S. 627, où la juge Charron a affirmé ce qui suit :

Un principe de droit peut-être élémentaire mais néanmoins fondamental veut que, dans un procès avec jury, il appartienne au juge de trancher toutes les questions de droit et de donner des directives en conséquence au jury; toutefois le jury, qui doit tenir du juge ses directives sur le droit applicable, est le seul arbitre des faits. Dans la mesure où cela est nécessaire, le juge a aussi l'obligation d'aider le jury en passant en revue la preuve qui se rapporte aux questions en litige. Le juge a également le droit d'exprimer une opinion sur une question de fait et de le faire aussi fermement que le permettent les circonstances, à la condition de dire clairement au jury qu'il s'agit seulement d'un conseil et non d'une directive.

... dans un procès avec jury, il n'appartient jamais au juge d'apprécier la preuve et de décider si le ministère public a prouvé l'un ou plusieurs éléments essentiels de l'infraction, pour ensuite donner des directives en conséquence au jury. Il n'importe pas de savoir jusqu'à quel point la réponse peut paraître évidente au juge. Il est également sans importance que le juge puisse être d'avis que toute autre conclusion serait contraire à la preuve. *Le juge du procès peut exprimer une opinion sur la question lorsque cela est justifié, mais il ne peut jamais donner des directives à cet égard.* [Italiques ajoutés; par. 27 et 31.]

[37] Dans l'affaire *Gunning*, le juge du procès avait dit au jury comment trancher un élément essentiel de l'infraction. La présente affaire est très différente. La juge du procès a émis une hypothèse qui ne faisait qu'indiquer une inférence pouvant éventuellement être tirée de la preuve. Idéalement, elle n'aurait pas dû avancer ainsi d'hypothèse devant le jury sur la cause possible de la fatigue de Suganthini. Mais cette déclaration n'équivaut pas à une « directive » sur la façon dont le jury devait trancher un élément quelconque de l'infraction, et elle s'accompagnait de plusieurs directives rappelant aux jurés qu'ils étaient les arbitres ultimes des faits. S'il y a eu erreur, elle était donc mineure.

[38] La Cour d'appel a également dit que la juge du procès a commis une erreur parce que, la preuve en l'espèce étant essentiellement circonstancielle,

instruction was required, telling the jury that it could only convict if it was satisfied that the *only* “reasonable inference” to be drawn from that evidence was that Suganthini was guilty. However this Court explained in *R. v. Griffin*, [2009] 2 S.C.R. 42, that “[w]e have long departed from any legal requirement for a ‘special instruction’ on circumstantial evidence”. What is important is that in cases that rely entirely on circumstantial evidence, the jury is made aware of how they can use that evidence to establish guilt beyond a reasonable doubt. The trial judge in this case explained to the jury the nature of circumstantial evidence, the inferences that can properly be drawn from that evidence, and the burden of proof beyond reasonable doubt. In my view, the instruction satisfied the test in *Griffin* (see also *R. v. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457 (Ont. C.A.), at para. 20, cited in *Griffin*, at para. 33).

[39] The final error was the trial judge’s instruction to the jury dealing with the alleged prison confession. The Court of Appeal found that since Suganthini had contested the truth of these statements, the trial judge should have given an instruction to the jury telling them that they had to be convinced beyond a reasonable doubt that Suganthini had in fact made the statements confessing to the murder before considering them along with the rest of the evidence to determine if she was guilty.

[40] After reviewing the confession evidence, the trial judge told the jury to “use [their] common sense” in deciding whether Suganthini had made the statements:

If you decide that the accused made a statement that may help her in her defence or if you cannot decide whether she made it, *you will consider that statement along with the rest of the evidence in deciding whether you have a reasonable doubt about the accused’s guilt.*

You may give anything you find the accused said as much or as little importance as you think it deserves in deciding this case. It is for you to say. *Anything you find*

une directive spéciale était requise, à savoir qu’il aurait fallu dire aux jurés qu’ils ne pouvaient prononcer la culpabilité que s’ils étaient convaincus que la *seule* [TRADUCTION] « inférence raisonnable » pouvant être tirée de la preuve était que Suganthini était coupable. Or, comme nous l’avons expliqué dans *R. c. Griffin*, [2009] 2 R.C.S. 42, « [c]ette Cour a depuis longtemps écarté toute obligation que des “directives spéciales” soient données au jury relativement à la preuve circonstancielle ». Ce qui importe, c’est que dans les affaires où la preuve est purement circonstancielle, le jury soit informé de la façon dont il peut l’utiliser pour établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable. En l’espèce, la juge du procès a expliqué au jury la nature de la preuve circonstancielle, les inférences qui pouvaient en être légitimement tirées et le fardeau de la preuve hors de tout doute raisonnable. À mon avis, les directives ont satisfait au test énoncé dans l’arrêt *Griffin* (voir également *R. c. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457 (C.A. Ont.), par. 20, cité dans *Griffin*, par. 33).

[39] La dernière erreur concernait la directive au jury au sujet de la confession qui aurait été faite en prison. La Cour d’appel a estimé que, puisque Suganthini avait contesté la véracité de ces déclarations, la juge du procès aurait dû dire aux jurés qu’ils devaient être convaincus hors de tout doute raisonnable que Suganthini avait effectivement fait les déclarations admettant le meurtre avant de les prendre en considération avec le reste de la preuve pour déterminer si elle était coupable.

[40] Après avoir passé en revue la preuve relative à la confession, la juge du procès a invité les jurés à [TRADUCTION] « se servir de [leur] bon sens » pour décider si Suganthini avait fait les déclarations :

[TRADUCTION] Si vous décidez que l’accusée a fait une déclaration qui peut l’aider dans sa défense ou si vous ne pouvez pas décider si elle l’a faite ou non, *vous allez prendre cette déclaration en considération avec les autres éléments de preuve pour décider si vous avez un doute raisonnable en ce qui concerne la culpabilité de l’accusée.*

Vous pouvez donner à tout ce que vous estimez que l’accusée a dit l’importance, grande ou petite, que ces déclarations méritent selon vous dans cette affaire. C’est

the accused said, however, is only part of the evidence of this case. You should consider it along with and in the same way as well all the other evidence. [Emphasis added.]

[41] At the Court of Appeal and before this Court, the Crown conceded that this instruction was an error. The error stems from this Court's decision in *R. v. MacKenzie*, [1993] 1 S.C.R. 212. As a general rule, the evidence in a case should be considered as a whole in determining whether there is a reasonable doubt as to guilt (*R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Rojas*, [2008] 3 S.C.R. 111, at para. 43). But *MacKenzie* held that, "on important items of evidence the jury may require guidance on how to approach its task". As a result,

... where a statement by an accused at trial is entirely at odds with a previous out-of-court statement by the accused, and the jury believes the statement at trial, or is left in reasonable doubt that it is true, then the jury must reject the out-of-court statement; the accused must be given the benefit of the doubt. In arriving at that conclusion, the jury should, of course, give consideration to the evidence as a whole. [p. 239]

[42] A specific instruction of this kind is not required in every case where there is conflicting evidence about the accused's out-of-court statements. A *MacKenzie* instruction is only required where "the credibility of [the] conflicting statements go[es] directly to the ultimate issue in dispute" and the jury's decision to accept one statement "amount[s] to choosing between the two competing theories of the case" (*White* (S.C.C.), at para. 52). There is no reason to give a specific instruction where the conflicting statements "are not individually crucial to the determination of the ultimate issue" (para. 53).

[43] If the jury believed the evidence about Suganthini's prison confession beyond a reasonable doubt, then it would necessarily have found her guilty of murder. As a result, in accordance with *MacKenzie*, the trial judge should have instructed the jury that considering the evidence as a whole,

à vous de décider. Toutefois, ce que, selon vous, l'accusée a dit, ne constitue qu'une partie de la preuve. Vous devez prendre cet élément de preuve en considération avec tous les autres éléments de preuve et de la même façon. [Italiques ajoutés.]

[41] Devant la Cour d'appel et devant notre Cour, le ministère public a convenu que cette directive était erronée. L'erreur découle de l'arrêt de notre Cour *R. c. MacKenzie*, [1993] 1 R.C.S. 212. Règle générale, il faut considérer la preuve dans son ensemble pour déterminer s'il existe un doute raisonnable quant à la culpabilité (*R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Rojas*, [2008] 3 R.C.S. 111, par. 43). Or, dans *MacKenzie*, la Cour a précisé que « sur des questions importantes de preuve, [le jury] peut avoir besoin de conseils sur la façon d'accomplir sa tâche ». Ainsi, dans les affaires

... où la déclaration que l'accusé a faite au procès est aux antipodes d'une déclaration extrajudiciaire antérieure, si le jury croit la déclaration faite au procès, ou qu'il subsiste dans son esprit un doute raisonnable à son sujet, il doit alors rejeter la déclaration extrajudiciaire; l'accusé doit recevoir le bénéfice du doute. Pour arriver à cette conclusion, le jury doit, naturellement, prendre en considération la preuve dans son ensemble. [p. 239]

[42] Il n'est pas nécessaire de donner une directive particulière de ce genre dans tous les cas où il existe une preuve contradictoire à propos de déclarations extrajudiciaires de l'accusé. Une directive de type *MacKenzie* n'est requise que dans les cas où « la crédibilité de[s] déclarations contradictoires [a] une incidence directe sur la question à trancher ultimement » et que la décision du jury d'accepter une déclaration « rev[ient] nécessairement à opter pour l'une ou l'autre des thèses avancées en l'espèce » (*White* (C.S.C.), par. 52). Il n'y a aucune raison de donner une directive particulière lorsque les déclarations contradictoires « n'ont pas, individuellement, une incidence décisive sur la question ultime à trancher » (par. 53).

[43] Si le jury croyait hors de tout doute raisonnable la preuve concernant la confession de Suganthini en prison, il devait nécessairement la reconnaître coupable de meurtre. Par conséquent, suivant l'arrêt *MacKenzie*, la juge du procès aurait dû dire aux jurés que, considérant la preuve dans son ensemble,

if they believed Suganthini's testimony at trial, or if they were left with reasonable doubt that she had confessed, they must reject the out-of-court statement. The failure to do so was an error.

[44] This brings us to considering whether the curative proviso applies.

[45] The curative proviso can be applied in two situations: where the error is so harmless or minor that it could not have had any impact on the verdict; and where, even if the error is not minor, the evidence against the accused is so overwhelming that any other verdict would have been impossible to obtain (*R. v. Van*, [2009] 1 S.C.R. 716, at para. 34; *R. v. Trochym*, [2007] 1 S.C.R. 239, at para. 81; *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 26).

[46] The defence had not objected at trial to any of the errors it raised on appeal, a fact that, while not determinative, "merit[s] consideration by the reviewing court" as an indication that the error was "neither serious nor significant" (*R. v. Jaw*, [2009] 3 S.C.R. 26, at para. 44; *Van*, at para. 43; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at para. 38).

[47] Most of the errors were minor and could not possibly have affected the verdict. The *MacKenzie* error was more serious, but I am satisfied that it was not fatal because the Crown's case against Suganthini was overwhelming. The Crown advanced a narrative that was largely based on the testimony of the Thangarajah family, which placed Suganthini alone in the apartment with Dayani at the critical moment, a version that was corroborated by testimony and physical evidence. Suganthini admitted to being in the apartment, but advanced a wholly contradictory version of the day's events, which positioned her as the only witness to Dayani's murder by Dayani's husband Manchutan.

[48] According to Suganthini, Dayani and her husband were fighting at 9:45 a.m. and the murder

s'ils croyaient le témoignage de Suganthini au procès, ou s'il subsistait dans leur esprit un doute raisonnable au sujet de la confession, ils devaient rejeter la déclaration extrajudiciaire. L'omission à cet égard constituait une erreur.

[44] Cela nous amène à la question de l'applicabilité de la disposition réparatrice.

[45] La disposition réparatrice peut s'appliquer dans deux situations : lorsque l'erreur est si inoffensive ou mineure qu'elle n'a pu avoir aucune incidence sur le verdict; et lorsque, même si l'erreur n'est pas mineure, la preuve présentée contre l'accusé est à ce point accablante qu'il aurait été impossible de rendre un autre verdict (*R. c. Van*, [2009] 1 R.C.S. 716, par. 34; *R. c. Trochym*, [2007] 1 R.C.S. 239, par. 81; *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 26).

[46] La défense n'a pas élevé d'objections au procès en ce qui touche les erreurs qu'elle a soulevées en appel, un fait qui, s'il n'est pas déterminant, « mérite néanmoins d'être pri[s] en considération par la cour de révision » en tant qu'indication que l'erreur n'était « ni grave ni importante » (*R. c. Jaw*, [2009] 3 R.C.S. 26, par. 44; *Van*, par. 43; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 38).

[47] La plupart des erreurs étaient mineures et ne peuvent avoir eu d'incidence sur le verdict. L'erreur commise selon l'interprétation qu'il convient de donner à l'arrêt *MacKenzie* était plus grave, mais je suis convaincue qu'elle n'était pas fatale puisque la cause du ministère public contre Suganthini était accablante. Le ministère public a présenté un récit largement basé sur le témoignage de la famille Thangarajah, récit selon lequel Suganthini se trouvait seule dans l'appartement avec Dayani au moment crucial, version qui était corroborée par une preuve testimoniale et matérielle. Suganthini a admis s'être trouvée dans l'appartement, mais elle a présenté une version totalement contradictoire des événements de la journée, où elle figurait comme l'unique témoin du meurtre de Dayani par Manchutan, le mari de cette dernière.

[48] Selon Suganthini, Dayani et son mari se querrelaient à 9 h 45 et le meurtre est survenu autour

happened at roughly 10 a.m. On the Thangarajah family's evidence, Dayani's husband left in the morning with Mayuran and his mother to go to Laval and only returned to the apartment later in the day, well after his father had returned. The family's story, which made it impossible for the brother to be at the apartment during the murder, was corroborated by a witness who saw him at the store, by receipts and by cellular phone records.

[49] More critically, the evidence as a whole entirely undermined Suganthini's version of the events. Her initial story was that a thief had come into the apartment through the kitchen door — despite the absence of tracks in the snow — and that she had cut her hand by having it caught in a door. At trial, she changed her story, and attributed the original fabrication to the brother-in-law's threats. Yet her clothing was found in a bucket of bloody water in the bathroom, her blood was mixed with the blood of the victim on the blade of the knife, her DNA was on the handle, and her cuts were said to be consistent with an injury caused while stabbing someone. There was, on the other hand, no physical evidence linking Dayani's husband to the offence.

[50] The trial judge gave a proper *W. (D.)* instruction, telling the jury that if Suganthini's testimony or the evidence as a whole left them with reasonable doubt as to her guilt, they must acquit. By convicting Suganthini of second degree murder, the jury clearly rejected her evidence and accepted the version put forward by the Crown beyond a reasonable doubt. Even if we were to entirely ignore the confession evidence, the rest of the evidence in this case so severely undermined Suganthini's story and bolstered that of the Thangarajah family, that there is no realistic possibility that the verdict would have been different if the jury were differently instructed.

[51] I would allow the appeal and restore the conviction.

de 10 h. Or, selon les témoignages de la famille Thangarajah, le mari de Dayani est parti dans la matinée en compagnie de Mayuran et de sa mère pour se rendre à Laval et n'est revenu à l'appartement que plus tard dans la journée, bien après son père. Le récit de la famille, suivant lequel il était impossible que le frère se soit trouvé dans l'appartement au moment du meurtre, a été corroboré par un témoin qui l'a vu au magasin, par des reçus et par des registres de téléphone cellulaire.

[49] De façon encore plus cruciale, la preuve dans son ensemble minait entièrement la version des événements de Suganthini. Selon ce qu'elle a initialement raconté, un voleur s'était introduit dans l'appartement par la porte de la cuisine — malgré l'absence de traces dans la neige — et elle s'était coupée lorsque sa main était restée coincée dans une porte. Au procès, elle a changé son récit, expliquant que sa version initiale était attribuable aux menaces proférées par son beau-frère. Or, des vêtements lui appartenant ont été trouvés dans un seau d'eau teintée de sang dans la salle de bain, son sang était mêlé à celui de la victime sur la lame du couteau, son ADN se trouvait sur le manche, et ses coupures à la main étaient compatibles avec une blessure causée par le geste de poignarder quelqu'un. En revanche, aucune preuve matérielle ne reliait le mari de Dayani à l'infraction.

[50] La juge du procès a fait aux jurés un exposé approprié suivant l'arrêt *W. (D.)*, leur disant que si le témoignage de Suganthini ou la preuve dans son ensemble soulevaient un doute raisonnable dans leur esprit quant à sa culpabilité, ils devaient prononcer l'acquittement. En déclarant Suganthini coupable de meurtre au deuxième degré, le jury a clairement rejeté son témoignage et a accepté la version du ministre public hors de tout doute raisonnable. Même si nous devons ignorer totalement la preuve relative à la confession, le reste de la preuve en l'espèce a si sévèrement miné le récit de Suganthini et renforcé celui de la famille Thangarajah qu'il n'y a pas de possibilité réaliste que le verdict eût été différent si le jury avait reçu des directives différentes.

[51] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.

Solicitors for the respondent: Labelle, Boudrault, Côté et Associés, Montréal.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Labelle, Boudrault, Côté et Associés, Montréal.

**Joan Clements, by her litigation guardian,
Donna Jardine** *Appellante*

v.

Joseph Clements *Respondent*

and

**Attorney General of British
Columbia** *Intervener*

INDEXED AS: CLEMENTS v. CLEMENTS

2012 SCC 32

File No.: 34100.

2012: February 17; 2012: June 29.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Torts — Negligence — Causation — Motor vehicle accident — Motorcycle passenger injured in crash — Passenger alleging driver's negligence in operation of motorcycle caused injury — Whether trial judge erred in insisting on scientific reconstruction evidence to prove causation, and in applying “material contribution” test rather than “but for” test to determine causation.

C was driving his motorcycle in wet weather, with his wife riding behind on the passenger seat. The bike was about 100 pounds overloaded. Unbeknownst to C, a nail had punctured the rear tire. Though in a 100 km/h zone, C accelerated to at least 120 km/h in order to pass a car; the nail fell out, the rear tire deflated, and the bike began to wobble. C was unable to bring the bike under control and it crashed; his wife suffered a severe traumatic brain injury. She then sued C, alleging that her injury was caused by his negligence in driving an overloaded bike too fast. The trial judge found that C's negligence in fact contributed to the injury. However, he also found that C's wife, through no fault of her own, was unable to prove “but for” causation, due to the

**Joan Clements, représentée par sa tutrice à
l'instance, Donna Jardine** *Appelante*

c.

Joseph Clements *Intimé*

et

**Procureur général de la Colombie-
Britannique** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : CLEMENTS c. CLEMENTS

2012 CSC 32

N° du greffe : 34100.

2012 : 17 février; 2012 : 29 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

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

Responsabilité délictuelle — Négligence — Causalité — Accident automobile — Blessure subie par le passager d'une motocyclette lors d'un accident — Allégation du passager selon laquelle la négligence dont le conducteur aurait fait preuve en conduisant la motocyclette a causé le préjudice — Le juge de première instance a-t-il fait erreur en insistant sur la nécessité d'une preuve de reconstitution scientifique pour que le tribunal puisse conclure à l'existence d'un lien de causalité, et en appliquant le critère de la « contribution appréciable » plutôt que celui du « facteur déterminant » pour statuer sur la causalité?

C conduisait sa moto alors qu'il pleuvait et que son épouse était assise à l'arrière, sur le siège du passager. La moto avait une surcharge d'environ 100 livres. À l'insu de C, un clou avait perforé le pneu arrière. Bien que roulant dans une zone de 100 km/h, C a accéléré à une vitesse d'au moins 120 km/h afin de dépasser une voiture; le clou est tombé, le pneu arrière s'est dégonflé et la moto s'est mise à vaciller. C a perdu la maîtrise de sa moto et celle-ci s'est renversée; son épouse a subi un traumatisme cérébral grave. Elle a ensuite poursuivi C, affirmant que son préjudice avait été causé par la négligence dont ce dernier avait fait preuve en conduisant trop rapidement une moto surchargée. Le juge de première instance a décidé que la négligence de C avait effectivement contribué au

limitations of scientific reconstruction evidence. The trial judge applied a material contribution test instead and found C liable on this basis. The Court of Appeal set aside the judgment and dismissed the action, on the basis that “but for” causation had not been proved and the material contribution test did not apply.

Held (LeBel and Rothstein JJ. dissenting): The appeal should be allowed, and a new trial ordered.

Per McLachlin C.J. and Deschamps, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.: On its own, proof by an injured plaintiff that a defendant was negligent does not make that defendant liable for the loss. As a general rule, a plaintiff cannot succeed unless she shows as a matter of fact that she would not have suffered the loss “but for” the negligent act or acts of the defendant. Exceptionally, however, a plaintiff may be able to recover on the basis of material contribution to risk of injury, without showing factual “but for” causation. Elimination of proof of causation as an element of negligence is a radical step that goes against the fundamental principle that a defendant in an action in negligence is a wrongdoer only in respect of the damage which he actually causes to the plaintiff. Therefore, recourse to a material contribution to risk approach is justified only where it is required by fairness and conforms to the principles that ground recovery in tort. The cases that have dispensed with the usual requirement of “but for” causation in favour of a less onerous material contribution to risk approach are generally cases with a number of tortfeasors where, “but for” the negligent act of one or more of the defendants, the plaintiff would not have been injured. It is only when it is applied separately to each defendant that the “but for” test breaks down because it cannot be shown which of several negligent defendants actually launched the event that led to the injury. In these circumstances, permitting the plaintiff to succeed on a material contribution to risk basis meets the underlying goals of the law of negligence. The plaintiff has shown that she is in a correlative relationship of doer and sufferer of the same harm with the group of defendants as a whole, if not necessarily with each individual defendant.

préjudice. Cependant, il a aussi décidé que, sans aucune faute de sa part, l'épouse de C était incapable d'établir la causalité fondée sur un « facteur déterminant », et ce, en raison des limites de la preuve de reconstitution scientifique. Le juge de première instance a plutôt appliqué le critère de la contribution appréciable et a conclu à la responsabilité de C sur ce fondement. La Cour d'appel a annulé le jugement et rejeté l'action, au motif que l'on n'avait pas établi la causalité suivant le critère du « facteur déterminant » et que le critère de la contribution appréciable ne s'appliquait pas.

Arrêt (les juges LeBel et Rothstein sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

La juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis : La preuve par un demandeur lésé que le défendeur a été négligent ne suffit pas à elle seule pour que ce dernier soit tenu responsable du préjudice. En règle générale, le demandeur ne saurait avoir gain de cause à moins de prouver que, dans les faits, il n'aurait pas subi de préjudice « n'eût été » l'acte ou les actes négligents du défendeur. Exceptionnellement toutefois, les tribunaux ont reconnu qu'un demandeur peut être en mesure de se faire indemniser sur la base de la contribution appréciable au risque de préjudice, sans avoir à établir factuellement la causalité fondée sur un « facteur déterminant ». Éliminer l'obligation de prouver la causalité en tant qu'élément de la négligence constitue une mesure radicale, qui va à l'encontre du principe fondamental selon lequel le défendeur à une action en négligence est uniquement l'auteur du préjudice qu'il cause concrètement au demandeur. Pour cette raison, le recours au critère de la contribution appréciable au risque ne se justifie que si l'équité l'exige et si les principes sur lesquels repose l'indemnisation en matière délictuelle sont respectés. Les affaires dans lesquelles le critère ordinaire du « facteur déterminant » a été écarté au profit du critère moins exigeant de la contribution appréciable au risque sont généralement des affaires où l'on compte plusieurs auteurs de délit et où, « n'eût été » l'acte de négligence d'un ou de plusieurs des défendeurs, le demandeur n'aurait pas subi de préjudice. Ce n'est que lorsque le critère du facteur déterminant est appliqué à chaque défendeur négligent séparément qu'il cesse d'être utile, car il s'avère impossible d'établir lequel d'entre eux est véritablement à l'origine de l'événement qui a entraîné le préjudice. Dans ces circonstances, donner gain de cause au demandeur sur la base du critère de la contribution appréciable au risque permet de réaliser les objectifs qui sous-tendent le droit de la négligence. Le demandeur a su démontrer qu'il existe entre lui et le groupe de défendeurs — même si ce n'est pas nécessairement avec chacun d'eux individuellement — un rapport de réciprocité les unissant en tant que victime et auteurs d'un même préjudice.

In this case, the trial judge committed two errors. First, he insisted on scientific reconstruction evidence as a necessary condition of finding “but for” causation. Scientific precision is not necessary to a conclusion that “but for” causation is established on a balance of probabilities. Second, the trial judge erred in applying a material contribution to risk test. The special conditions that permit resort to a material contribution approach were not present in this case. This is a simple single-defendant case: the only issue was whether “but for” the defendant’s negligent conduct, the injury would have been sustained. Although the trial judge used language tantamount to finding actual “but for” causation, we cannot be certain what he would have concluded had he not made these two errors. The appropriate remedy in these circumstances is an order for a new trial.

Per LeBel and Rothstein JJ. (dissenting): There is no basis in fact and law for ordering a new trial. The key finding of fact made by the trial judge was that the plaintiff had not proven causation on the basis of the “but for” test. The trial judge’s finding that the material contribution test was satisfied cannot be reinterpreted as a finding that “but for” causation was established.

On policy grounds, this Court and courts of appeal should be mindful of the need for finality and efficiency in the civil litigation process. In this appeal, there is no basis in the trial judge’s judgment for inferring that the overloading of the motorcycle and excessive speed could have been the “cause” of the accident as that term is understood in the context of the “but for” test. Nor is this a case in which it would be appropriate to send the matter back for a new trial.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Distinguished: *Sienkiewicz v. Greif (UK) Ltd.*, [2011] UKSC 10, [2011] 2 All E.R. 857; **referred to:** *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] A.C. 1074; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458; *Betts v. Whittingslowe* (1945), 71 C.L.R. 637; *Bennett v. Minister of Community*

En l’espèce, le juge de première instance a commis deux erreurs. La première a été d’insister sur la nécessité d’une preuve de reconstitution scientifique pour que le tribunal puisse conclure à l’existence d’un lien de causalité fondé sur un facteur déterminant. La précision scientifique n’est pas nécessaire pour permettre au tribunal de conclure qu’un lien de causalité fondé sur un facteur déterminant a été établi suivant la prépondérance des probabilités. La deuxième erreur du juge de première instance a été d’appliquer le critère de la contribution appréciable au risque. Les conditions spéciales permettant de recourir à ce critère n’étaient pas réunies en l’espèce. Il s’agit d’une affaire ordinaire mettant en cause un seul défendeur : la seule question litigieuse consistait à se demander si, « n’eût été » la conduite négligente du défendeur, le préjudice aurait été subi. Bien que le juge de première instance ait utilisé des termes assimilables à une véritable conclusion de causalité fondée sur un facteur déterminant, on ne saurait dire avec certitude quelle aurait été la conclusion du juge de première instance s’il n’avait pas commis ces deux erreurs. La réparation convenable dans les circonstances consiste à ordonner un nouveau procès.

Les juges LeBel et Rothstein (dissidents) : Rien ne justifie, en fait ou en droit, la tenue d’un nouveau procès. Selon la principale conclusion de fait du juge de première instance, la demanderesse n’a pas établi l’existence d’un lien de causalité suivant le critère du facteur déterminant. On ne saurait considérer que la conclusion du juge de première instance selon laquelle il a été satisfait au critère de la contribution appréciable vaut également pour le critère de la causalité fondée sur un facteur déterminant.

Pour des considérations de politique générale, notre Cour et les cours d’appel doivent demeurer soucieuses d’assurer le caractère définitif et efficace du processus judiciaire en matière civile. En l’espèce, rien dans le jugement du juge du procès ne permet d’inférer que la surcharge et la vitesse excessive de la moto ont pu être la « cause » de l’accident au sens où s’entend ce terme dans le contexte du critère du facteur déterminant. Nous ne sommes pas non plus en présence d’une affaire où il conviendrait d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Distinction d’avec l’arrêt : *Sienkiewicz c. Greif (UK) Ltd.*, [2011] UKSC 10, [2011] 2 All E.R. 857; **arrêts mentionnés :** *Wilsher c. Essex Area Health Authority*, [1988] A.C. 1074; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458; *Betts c. Whittingslowe* (1945), 71 C.L.R. 637; *Bennett c. Minister of Community*

Welfare (1992), 176 C.L.R. 408; *Flounders v. Millar*, [2007] NSWCA 238, 49 M.V.R. 53; *Roads and Traffic Authority v. Royal*, [2008] HCA 19, 245 A.L.R. 653; *MacDonald v. Goertz*, 2009 BCCA 358, 275 B.C.A.C. 68; *Resurfire Corp. v. Hanke*, 2007 SCC 7, [2007] 1 S.C.R. 333; *Mooney v. British Columbia (Attorney General)*, 2004 BCCA 402, 202 B.C.A.C. 74; *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830; *Walker Estate v. York Finch General Hospital*, 2001 SCC 23, [2001] 1 S.C.R. 647; *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd.*, [2002] UKHL 22, [2002] 3 All E.R. 305; *Barker v. Corus UK Ltd.*, [2006] UKHL 20, [2006] 2 A.C. 572.

Authors Cited

Weinrib, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Frankel, Tysoe and Garson J.J.A.), 2010 BCCA 581, 12 B.C.L.R. (5th) 310, 79 C.C.L.T. (3d) 6, 4 M.V.R. (6th) 1, 327 D.L.R. (4th) 1, 298 B.C.A.C. 56, 505 W.A.C. 56, [2010] B.C.J. No. 2532 (QL), 2010 CarswellBC 3477, reversing a decision of Grauer J., 2009 BCSC 112, [2009] B.C.J. No. 166 (QL), 2009 CarswellBC 202. Appeal allowed, LeBel and Rothstein J.J. dissenting.

Dick Byl and Kimi Aimetz, for the appellant.

Robert A. Easton, Ryan W. Morasiewicz and Greg A. Cavouras, for the respondent.

Jonathan Eades, for the intervener.

The judgment of McLachlin C.J. and Deschamps, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis J.J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] The parties to this appeal, Mr. and Mrs. Clements, were motorbike enthusiasts. August 7th, 2004, found them en route from their home in Prince George, British Columbia, to visit their daughter in Kananaskis, Alberta. The weather

Welfare (1992), 176 C.L.R. 408; *Flounders c. Millar*, [2007] NSWCA 238, 49 M.V.R. 53; *Roads and Traffic Authority c. Royal*, [2008] HCA 19, 245 A.L.R. 653; *MacDonald c. Goertz*, 2009 BCCA 358, 275 B.C.A.C. 68; *Resurfire Corp. c. Hanke*, 2007 CSC 7, [2007] 1 R.C.S. 333; *Mooney c. British Columbia (Attorney General)*, 2004 BCCA 402, 202 B.C.A.C. 74; *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830; *Walker, Succession c. York Finch General Hospital*, 2001 CSC 23, [2001] 1 R.C.S. 647; *Fairchild c. Glenhaven Funeral Services Ltd.*, [2002] UKHL 22, [2002] 3 All E.R. 305; *Barker c. Corus UK Ltd.*, [2006] UKHL 20, [2006] 2 A.C. 572.

Doctrine et autres documents cités

Weinrib, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1995.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Frankel, Tysoe et Garson), 2010 BCCA 581, 12 B.C.L.R. (5th) 310, 79 C.C.L.T. (3d) 6, 4 M.V.R. (6th) 1, 327 D.L.R. (4th) 1, 298 B.C.A.C. 56, 505 W.A.C. 56, [2010] B.C.J. No. 2532 (QL), 2010 CarswellBC 3477, qui a infirmé une décision du juge Grauer, 2009 BCSC 112, [2009] B.C.J. No. 166 (QL), 2009 CarswellBC 202. Pourvoi accueilli, les juges LeBel et Rothstein sont dissidents.

Dick Byl et Kimi Aimetz, pour l'appelante.

Robert A. Easton, Ryan W. Morasiewicz et Greg A. Cavouras, pour l'intimé.

Jonathan Eades, pour l'intervenant.

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

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] Les parties au présent pourvoi, M^{me} et M. Clements, étaient des passionnés de moto. Le 7 août 2004, ils ont quitté leur demeure à Prince George, en Colombie-Britannique, pour aller rendre visite à leur fille à Kananaskis en Alberta. Le temps était

was wet. Mr. Clements was driving the bike and Mrs. Clements was riding behind on the passenger seat. The bike was about 100 pounds overloaded. Unbeknownst to Mr. Clements, a nail had punctured the bike's rear tire. Though Mr. Clements was travelling in a 100 km/h zone, he accelerated to at least 120 km/h in order to pass a car. As he crossed the centre line to commence the passing manoeuvre, the nail fell out, the rear tire deflated, and the bike began to wobble. Mr. Clements was unable to bring the bike under control and it crashed, throwing Mrs. Clements off. Mrs. Clements suffered a severe traumatic brain injury. She now sues Mr. Clements, claiming that her injury was caused by his negligence in the operation of the bike.

[2] Mr. Clements' negligence in driving an overloaded bike too fast is not disputed. The only issue is whether his negligence *caused* Mrs. Clements' injury. Mr. Clements called an expert witness, Mr. MacInnis, who testified that the probable cause of the accident was the tire puncture and deflation, and that the accident would have happened even without the negligent acts of Mr. Clements.

[3] The trial judge rejected this conclusion, and found that Mr. Clements' negligence in fact *contributed to* Mrs. Clements' injury. However, he held that the plaintiff "through no fault of her own is unable to prove that 'but for' the defendant's breaches, she would not have been injured", due to the limitations of the scientific reconstruction evidence (2009 BCSC 112 (CanLII), at para. 66). The trial judge went on to hold that in view of this impossibility of precise proof of the amount each factor contributed to the injury, "but for" causation should be dispensed with and a "material contribution" test applied. He found Mr. Clements liable on this basis.

[4] The British Columbia Court of Appeal, *per* Frankel J.A., set aside the judgment against Mr.

pluvieux. M. Clements conduisait la moto et M^{me} Clements était assise à l'arrière, sur le siège du passager. La moto avait une surcharge d'environ 100 livres. À l'insu de M. Clements, un clou avait perforé le pneu arrière. Bien que roulant dans une zone de 100 km/h, M. Clements a accéléré à une vitesse d'au moins 120 km/h afin de dépasser une voiture. Alors qu'il traversait la ligne médiane pour amorcer sa manœuvre de dépassement, le clou est tombé, le pneu s'est dégonflé et la moto s'est mise à vaciller. M. Clements a perdu la maîtrise de sa moto. Celle-ci s'est renversée et M^{me} Clements a été projetée au sol. Cette dernière a subi un traumatisme cérébral grave et elle poursuit maintenant M. Clements, affirmant que son préjudice a été causé par la négligence dont ce dernier a fait preuve en conduisant la moto.

[2] La négligence dont a fait preuve M. Clements en conduisant trop rapidement une moto surchargée n'est pas contestée. La seule question en litige est de savoir si sa négligence *a causé* le préjudice subi par M^{me} Clements. M. Clements a cité un témoin expert, M. MacInnis, qui a déposé que la crevaison et le dégonflement du pneu constituent la cause probable de l'accident et que celui-ci se serait produit même en l'absence des actes de négligence de M. Clements.

[3] Le juge de première instance a rejeté cette conclusion et a décidé que la négligence de M. Clements avait effectivement *contribué* au préjudice de M^{me} Clements. Cependant, il a affirmé que, [TRADUCTION] « sans aucune faute de sa part, la demanderesse est incapable de prouver que, "n'eût été" les manquements du défendeur, elle n'aurait pas été blessée », et ce, en raison des limites de la preuve de reconstitution scientifique (2009 BCSC 112 (CanLII), par. 66). Il a ensuite conclu que, vu l'impossibilité d'établir précisément la mesure dans laquelle chacun des facteurs avait contribué au préjudice, il convenait de faire l'économie du critère de la causalité fondée sur un « facteur déterminant » et d'appliquer le critère de la « contribution appréciable ». Il a conclu à la responsabilité de M. Clements sur ce fondement.

[4] Sous la plume du juge Frankel, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a annulé le jugement

Clements on the basis that “but for” causation had not been proved and the material contribution test did not apply (2010 BCCA 581, 12 B.C.L.R. (5th) 310).

[5] The legal issue is whether the usual “but for” test for causation in a negligence action applies, as the Court of Appeal held, or whether a material contribution approach suffices, as the trial judge held. For the reasons that follow, I conclude that a material contribution test was not applicable in this case. I would return the matter to the trial judge to be dealt with on the correct basis of “but for” causation.

II. Outline

A. *Causation in the Law of Negligence: The Basic Rule of “But For” Causation*

B. *The Material Contribution to Risk Approach*

1. The Canadian Cases
2. The United Kingdom Cases
3. When Is a Material Contribution to Risk Approach Available?

C. *Summary*

D. *Application*

III. Discussion

A. *Causation in the Law of Negligence: The Basic Rule of “But For” Causation*

[6] On its own, proof by an injured plaintiff that a defendant was negligent does not make that

rendu contre M. Clements, au motif que l’on n’avait pas établi la causalité suivant le critère du « facteur déterminant » et que le critère de la contribution appréciable ne s’appliquait pas (2010 BCCA 581, 12 B.C.L.R. (5th) 310).

[5] La question de droit qui se pose est de savoir si, comme a jugé la Cour d’appel, le critère du facteur déterminant utilisé habituellement pour établir la causalité dans une action pour négligence s’applique en l’espèce, ou si, tel que l’a affirmé le juge de première instance, le recours au critère de la contribution appréciable suffit. Pour les motifs qui suivent, je conclus que le critère de la contribution appréciable n’était pas applicable dans le présent cas. Je suis d’avis de renvoyer l’affaire au juge de première instance pour qu’il la tranche sur la base de la causalité fondée sur un facteur déterminant.

II. Plan de l’analyse

A. *La causalité en droit de la négligence : la règle fondamentale de la causalité fondée sur un facteur déterminant*

B. *Le critère de la contribution appréciable au risque*

1. La jurisprudence canadienne
2. La jurisprudence du Royaume-Uni
3. Dans quelles circonstances peut-on recourir au critère de la contribution appréciable au risque?

C. *Résumé*

D. *Application*

III. Analyse

A. *La causalité en droit de la négligence : la règle fondamentale de la causalité fondée sur un facteur déterminant*

[6] La preuve par un demandeur lésé que le défendeur a été négligent ne suffit pas à elle

defendant liable for the loss. The plaintiff must also establish that the defendant's negligence (breach of the standard of care) *caused* the injury. That link is causation.

[7] Recovery in negligence presupposes a relationship between the plaintiff and defendant based on the existence of a duty of care — a defendant who is at fault and a plaintiff who has been injured by that fault. If the defendant breaches this duty and thereby causes injury to the plaintiff, the law “corrects” the deficiency in the relationship by requiring the defendant to compensate the plaintiff for the injury suffered. This basis for recovery, sometimes referred to as “corrective justice”, assigns liability when the plaintiff and defendant are linked in a correlative relationship of doer and sufferer of the same harm: E. J. Weinrib, *The Idea of Private Law* (1995), at p. 156.

[8] The test for showing causation is the “but for” test. The plaintiff must show on a balance of probabilities that “but for” the defendant's negligent act, the injury would not have occurred. Inherent in the phrase “but for” is the requirement that the defendant's negligence was *necessary* to bring about the injury — in other words that the injury would not have occurred without the defendant's negligence. This is a factual inquiry. If the plaintiff does not establish this on a balance of probabilities, having regard to all the evidence, her action against the defendant fails.

[9] The “but for” causation test must be applied in a robust common sense fashion. There is no need for scientific evidence of the precise contribution the defendant's negligence made to the injury. See *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] A.C. 1074 (H.L.), at p. 1090, *per* Lord Bridge; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311.

seule pour que ce dernier soit tenu responsable du préjudice. Le demandeur doit aussi établir que la négligence du défendeur (manquement à la norme de prudence) *a causé* le préjudice. Ce lien entre la négligence et le préjudice est la causalité.

[7] L'indemnisation du préjudice en cas de négligence présuppose l'existence entre le demandeur et le défendeur d'un rapport fondé sur une obligation de diligence — un défendeur ayant commis une faute et un demandeur lésé par cette faute. Si le défendeur manque à cette obligation et cause ainsi un préjudice au demandeur, le droit « répare » ce déséquilibre dans le rapport en obligeant le défendeur à dédommager le demandeur du préjudice qu'il a subi. Ce principe d'indemnisation, parfois appelé « justice réparatrice », impute une responsabilité lorsque le défendeur et le demandeur sont unis par un lien réciproque en tant que victime et auteur d'un même préjudice : E. J. Weinrib, *The Idea of Private Law* (1995), p. 156.

[8] Le critère à appliquer pour établir la causalité est celui du « facteur déterminant » (parfois désigné aussi au moyen de l'expression « n'eût été »). Le demandeur doit démontrer, suivant la prépondérance des probabilités, que « n'eût été » la négligence du défendeur, il n'y aurait pas eu préjudice. Par définition, le terme « n'eût été » suppose que la négligence du défendeur était *nécessaire* pour que survienne le préjudice — en d'autres mots, le préjudice ne serait pas survenu sans la négligence du défendeur. Il s'agit d'une question de fait. Si la partie demanderesse n'établit pas ce lien nécessaire selon la prépondérance des probabilités, eu égard à l'ensemble de la preuve, son action contre le défendeur échoue.

[9] Le critère de la causalité fondée sur un facteur déterminant doit être appliqué d'une manière décisive et logique. Il n'est point besoin de prouver scientifiquement la contribution précise de la négligence du défendeur au préjudice. Voir *Wilsher c. Essex Area Health Authority*, [1988] A.C. 1074 (H.L.), p. 1090, *per* lord Bridge; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311.

[10] A common sense inference of “but for” causation from proof of negligence usually flows without difficulty. Evidence connecting the breach of duty to the injury suffered may permit the judge, depending on the circumstances, to infer that the defendant’s negligence probably caused the loss. See *Snell and Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458. See also the discussion on this issue by the Australian courts: *Betts v. Whittingslowe* (1945), 71 C.L.R. 637 (H.C.), at p. 649; *Bennett v. Minister of Community Welfare* (1992), 176 C.L.R. 408 (H.C.), at pp. 415-16; *Flounders v. Millar*, [2007] NSWCA 238, 49 M.V.R. 53; *Roads and Traffic Authority v. Royal*, [2008] HCA 19, 245 A.L.R. 653, at paras. 137-44.

[11] Where “but for” causation is established by inference only, it is open to the defendant to argue or call evidence that the accident would have happened without the defendant’s negligence, i.e. that the negligence was not a necessary cause of the injury, which was, in any event, inevitable. As Sopinka J. put it in *Snell*, at p. 330:

The legal or ultimate burden remains with the plaintiff, but in the absence of evidence to the contrary adduced by the defendant, an inference of causation may be drawn although positive or scientific proof of causation has not been adduced. If some evidence to the contrary is adduced by the defendant, the trial judge is entitled to take account of Lord Mansfield’s famous precept [that “all evidence is to be weighed according to the proof which it was in the power of one side to have produced, and in the power of the other to have contradicted” (*Blatch v. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969, at p. 970)]. This is, I believe, what Lord Bridge had in mind in *Wilsher* when he referred to a “robust and pragmatic approach to the . . . facts” (p. 569). [Emphasis added.]

[12] In some cases, an injury — the loss for which the plaintiff claims compensation — may flow from a number of different negligent acts committed by different actors, each of which is a necessary or “but for” cause of the injury. In such cases,

[10] Il est habituellement facile, à partir de la preuve de la négligence, de tirer une inférence conforme au bon sens de causalité fondée sur un facteur déterminant. Une preuve rattachant le manquement à l’obligation de diligence et le préjudice subi peut permettre au juge, selon les circonstances, d’inférer que la négligence du défendeur a probablement causé la perte. Voir *Snell et Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458. Voir également l’analyse de cette question par les tribunaux australiens : *Betts c. Whittingslowe* (1945), 71 C.L.R. 637 (H.C.), p. 649; *Bennett c. Minister of Community Welfare* (1992), 176 C.L.R. 408 (H.C.), p. 415-416; *Flounders c. Millar*, [2007] NSWCA 238, 49 M.V.R. 53; *Roads and Traffic Authority c. Royal*, [2008] HCA 19, 245 A.L.R. 653, par. 137-144.

[11] Lorsque la causalité fondée sur un facteur déterminant est établie par voie d’inférence seulement, il est loisible au défendeur de plaider que l’accident serait survenu sans sa négligence ou encore de présenter une preuve à cet effet, c’est-à-dire de démontrer que sa négligence n’a pas constitué une cause nécessaire du préjudice, lequel était de toute façon inévitable. Comme l’a affirmé le juge Sopinka dans *Snell*, à la p. 330 :

Le fardeau ultime de la preuve incombe au demandeur, mais en l’absence de preuve contraire présentée par le défendeur, une inférence de causalité peut être faite même si une preuve positive ou scientifique de la causalité n’a pas été produite. Si le défendeur présente des éléments de preuve contraires, le juge de première instance a le droit de tenir compte du fameux principe de lord Mansfield [selon lequel [TRADUCTION] « tout élément de preuve doit être apprécié en fonction de la preuve qu’une partie avait le pouvoir de produire et que la partie adverse avait le pouvoir de contredire » (*Blatch c. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969, p. 970)]. À mon avis c’est ce que lord Bridge avait à l’esprit dans l’arrêt *Wilsher* lorsqu’il a parlé d’une [TRADUCTION] « façon décisive et pragmatique d’aborder les faits » (p. 569). [Je souligne.]

[12] Dans certains cas, un préjudice — la perte pour laquelle le demandeur réclame une indemnité — peut découler d’un certain nombre d’actes de négligence distincts commis par des auteurs différents, actes dont chacun constitue une cause

the defendants are said to be jointly and severally liable. The judge or jury then apportions liability according to the degree of fault of each defendant pursuant to contributory negligence legislation.

[13] To recap, the basic rule of recovery for negligence is that the plaintiff must establish on a balance of probabilities that the defendant caused the plaintiff's injury on the "but for" test. This is a factual determination. Exceptionally, however, courts have accepted that a plaintiff may be able to recover on the basis of "material contribution to risk of injury", without showing factual "but for" causation. As will be discussed in more detail below, this can occur in cases where it is impossible to determine which of a number of negligent acts by multiple actors in fact caused the injury, but it is established that one or more of them did in fact cause it. In these cases, the goals of tort law and the underlying theory of corrective justice require that the defendant not be permitted to escape liability by pointing the finger at another wrongdoer. Courts have therefore held the defendant liable on the basis that he materially contributed to the risk of the injury.

[14] "But for" causation and liability on the basis of material contribution to risk are two different beasts. "But for" causation is a factual inquiry into what likely happened. The material contribution to risk test removes the requirement of "but for" causation and substitutes proof of material contribution to risk. As set out by Smith J.A. in *MacDonald v. Goertz*, 2009 BCCA 358, 275 B.C.A.C. 68, at para. 17:

nécessaire ou « déterminante » du préjudice. En pareils cas, les défendeurs sont considérés solidairement responsables. Ensuite, conformément aux dispositions législatives en matière de négligence contributive, le juge ou le jury répartit la responsabilité entre les défendeurs selon le degré de faute de chacun.

[13] Pour récapituler, la règle fondamentale de l'indemnisation du préjudice en cas de négligence exige que le demandeur établisse, suivant la prépondérance des probabilités et au moyen du critère du facteur déterminant, que le défendeur a causé le préjudice. Il s'agit d'une question de fait. Exceptionnellement toutefois, les tribunaux ont reconnu qu'un demandeur peut être en mesure de se faire indemniser sur la base de la « contribution appréciable au risque de préjudice », sans avoir à établir factuellement la causalité fondée sur un facteur déterminant. Comme nous le verrons plus en détail ci-après, cela peut se produire dans les cas où il s'avère impossible de déterminer parmi plusieurs actes de négligence commis par un certain nombre d'auteurs lequel a effectivement causé le préjudice, mais où il est établi qu'un ou plusieurs de ces actes ont bel et bien causé le préjudice. Dans de tels cas, les objectifs du droit des délits et les principes qui sous-tendent la justice réparatrice exigent que l'on empêche le défendeur d'échapper à toute responsabilité en montrant du doigt un autre transgresseur. Les tribunaux tiennent donc le défendeur responsable, au motif qu'il a contribué de façon appréciable au risque à l'origine du préjudice.

[14] La causalité fondée sur un facteur déterminant et la responsabilité basée sur une contribution appréciable au risque sont deux choses bien différentes. Le critère du facteur déterminant commande une analyse factuelle de ce qui s'est probablement passé. Pour sa part, le critère de la contribution appréciable au risque écarte l'obligation d'établir la causalité fondée sur un facteur déterminant et lui substitue la preuve d'une contribution appréciable au risque. Comme l'a expliqué le juge d'appel Smith dans l'arrêt *MacDonald c. Goertz*, 2009 BCCA 358, 275 B.C.A.C. 68, par. 17 :

... “material contribution” does not signify a test of causation at all; rather it is a policy-driven rule of law designed to permit plaintiffs to recover in such cases despite their failure to prove causation. In such cases, plaintiffs are permitted to “jump the evidentiary gap”: see “Lords a’leaping evidentiary gaps” (2002), *Torts Law Journal* 276, and “Cause-in-Fact and the Scope of Liability for Consequences” (2003), 119 L.Q.R. 388, both by Professor Jane Stapleton. That is because to deny liability “would offend basic notions of fairness and justice”: *Hanke v. Resurfice Corp.*, para. 25.

[15] While the cases and scholars have sometimes spoken of “material contribution to the injury” instead of “material contribution to risk”, the latter is the more accurate formulation. As will become clearer when we discuss the cases, “material contribution” as a substitute for the usual requirement of “but for” causation only applies where it is impossible to say that a particular defendant’s negligent act in fact caused the injury. It imposes liability not because the evidence establishes that the defendant’s act caused the injury, but because the act contributed to the risk that injury would occur. Thus, this Court in *Snell and Resurfice Corp. v. Hanke*, 2007 SCC 7, [2007] 1 S.C.R. 333, raised the possibility of a material contribution to risk approach. The English law takes the same approach, as discussed below.

[16] Elimination of proof of causation as an element of negligence is a “radical step that goes against the fundamental principle stated by Diplock, L.J., in *Browning v. War Office*, [1962] 3 All E.R. 1089 (C.A.), at p. 1094-95: ‘... A defendant in an action in negligence is not a wrongdoer at large: he is a wrongdoer only in respect of the damage which he actually causes to the plaintiff’”: *Mooney v. British Columbia (Attorney General)*, 2004 BCCA 402, 202 B.C.A.C. 74, at para. 157, per

[TRANSDUCTION] ... la « contribution appréciable » n’est pas du tout un critère de causalité; il s’agit plutôt d’une règle de droit fondée sur des considérations de politique générale et visant à permettre au demandeur de se faire indemniser même s’il n’a pas été en mesure d’établir de lien de causalité. Le demandeur peut alors « surmonter cette lacune de la preuve » : voir « Lords a’leaping evidentiary gaps » (2002), *Torts Law Journal* 276, et « Cause-in-Fact and the Scope of Liability for Consequences » (2003), 119 L.Q.R. 388, deux articles de la professeure Jane Stapleton. Il en est ainsi parce qu’il « serait contraire aux notions fondamentales d’équité et de justice » de ne pas reconnaître la responsabilité du défendeur : *Hanke c. Resurfice Corp.*, par. 25.

[15] Bien que certains tribunaux et auteurs aient parfois parlé de « contribution appréciable au préjudice » plutôt que de « contribution appréciable au risque », cette dernière formulation est la plus juste. Comme le précisera notre analyse de la jurisprudence, le critère de la « contribution appréciable » ne peut se substituer à l’obligation habituelle d’établir la causalité fondée sur un « facteur déterminant » que dans les cas où il est impossible d’affirmer qu’un acte de négligence d’un défendeur donné a effectivement causé le préjudice. La responsabilité est imputée en vertu de ce critère non pas parce que la preuve établit que l’acte du défendeur a causé le préjudice, mais plutôt parce que cet acte a contribué au risque que le préjudice se produise. Par exemple, dans les arrêts *Snell et Resurfice Corp. c. Hanke*, 2007 CSC 7, [2007] 1 R.C.S. 333, notre Cour a fait état de la possibilité d’appliquer le critère de contribution appréciable au risque. Comme nous le verrons plus loin, la même approche est retenue en droit anglais.

[16] Éliminer l’obligation de prouver la causalité en tant qu’élément de la négligence constitue une [TRANSDUCTION] « mesure radicale, qui va à l’encontre du principe fondamental énoncé par le lord juge Diplock dans *Browning c. War Office*, [1962] 3 All E.R. 1089 (C.A.), p. 1094-1095 : “[...] Le défendeur à une action en négligence n’est pas l’auteur d’un tort en général; il est uniquement l’auteur du préjudice qu’il cause réellement au demandeur” » : *Mooney c. British Columbia (Attorney General)*,

Smith J.A., concurring in the result. For that reason, recourse to a material contribution to risk approach is necessarily rare, and justified only where it is required by fairness and conforms to the principles that ground recovery in tort.

B. *The Material Contribution to Risk Approach*

1. The Canadian Cases

[17] The possibility of material contribution as an exceptional substitute for “but for” causation has arisen in a variety of contexts involving multiple tortfeasors.

[18] One of the earliest cases on the issue is *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830. Three men were out hunting. Two of them fired shots, virtually simultaneously. One of the shots struck a fourth hunter, Mr. Lewis, who was injured and sued both defendants in negligence. On the evidence, it could not be established which defendant’s gun had fired the shot that injured Mr. Lewis. Clearly, one of the men had caused Mr. Lewis’ injury, and one had not. But which one? The evidence shed no light on this. The defendants contended that the plaintiff’s action must be dismissed because he had not proved “but for” causation against either defendant, relying on the classic “point the finger at someone else” defence. Both defendants were found jointly and severally liable. The majority reasons in this Court spoke of reversing the onus in these circumstances, rather than material contribution to risk.

[19] The Court in *Cook* relaxed the usual “but for” test for causation on the basis that fairness required this. It was “impossible” for the plaintiff to prove on a balance of probabilities that either man had injured him on the “but for” test; both defendants

2004 BCCA 402, 202 B.C.A.C. 74, par. 157, le juge Smith, souscrivant au résultat. Pour cette raison, le recours au critère de la contribution appréciable au risque est forcément rare, et il ne se justifie que si l’équité l’exige et si les principes sur lesquels repose l’indemnisation en matière délictuelle sont respectés.

B. *Le critère de la contribution appréciable au risque*

1. La jurisprudence canadienne

[17] La possibilité de substituer exceptionnellement le critère de la contribution appréciable à celui de la causalité fondée sur un facteur déterminant s’est soulevée dans divers contextes mettant en cause de multiples auteurs d’un délit.

[18] L’arrêt *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830, est l’un des premiers arrêts sur le sujet. Alors que trois hommes chassaient, deux ont fait feu, pratiquement en même temps. Un des coups de feu a atteint et blessé un quatrième chasseur, M. Lewis. Ce dernier a poursuivi les deux défendeurs pour négligence. La preuve ne permettait pas d’établir de quelle arme provenaient les plombs qui avaient blessé M. Lewis. De toute évidence, un des défendeurs avait causé la blessure du demandeur, l’autre non. Mais lequel? La preuve n’aidait aucunement à répondre à cette question. Invoquant le moyen de défense classique qui consiste à « montrer du doigt quelqu’un d’autre », les défendeurs ont prétendu que l’action devait être rejetée, étant donné que le demandeur n’avait établi à l’égard d’aucun d’eux l’existence d’un lien de causalité fondé sur un facteur déterminant. Les deux défendeurs ont été reconnus solidairement responsables. Les juges majoritaires de la Cour ont parlé d’inversion du fardeau de la preuve en de telles circonstances au lieu de contribution appréciable au risque.

[19] Dans *Cook*, la Cour a assoupli le critère habituel du facteur déterminant, au motif que l’équité commandait une telle mesure. Il était « impossible » pour le demandeur de prouver, selon la pondération des probabilités et en application de

could say it was just as likely the other had caused Mr. Lewis' injury, precluding the plaintiff from discharging his burden against either. Only one of the defendants had *in fact* injured the plaintiff. But both defendants had breached their duty of care to Mr. Lewis and subjected him to unreasonable risk of the injury that in fact materialized. The plaintiff was the victim of negligent conduct "but for" which he would not have been injured. To deny him recovery, while allowing the negligent defendants to escape liability by pointing the finger at each other, would not have met the goals of negligence law of compensation, fairness and deterrence, in a manner consistent with corrective justice.

[20] *Cook* was considered in *Snell*. The plaintiff in *Snell* had undergone surgery to remove a cataract. Bleeding occurred. When the bleeding cleared up nine months later, it was found that the plaintiff's optic nerve had atrophied, causing loss of sight in her right eye. Neither of the expert witnesses was able to state what caused the atrophy or when it had occurred. The trial judge, upheld by the Court of Appeal, did not apply the usual "but for" test, but applied a reverse onus test. This Court affirmed recovery, but on the basis of a robust and common sense application of the "but for" test. However, Sopinka J. suggested that had it been necessary and appropriate, a material contribution to risk approach might have been applicable:

I have examined the alternatives arising out of [*McGhee v. National Coal Board*, [1973] 1 W.L.R. 1 (H.L.)]. They were that the plaintiff simply prove that the defendant created a risk that the injury which occurred would occur. Or, what amounts to the same thing, that

ce critère, qu'il avait été blessé par l'un ou l'autre des défendeurs. En effet, chacun d'eux pouvait affirmer qu'il était tout aussi vraisemblable que ce soit l'autre qui ait blessé M. Lewis, ce qui empêchait ce dernier de s'acquitter de son fardeau de preuve à leur égard. Un seul des défendeurs avait *effectivement* blessé le demandeur. Cependant, les deux défendeurs avaient manqué à leur obligation de diligence envers M. Lewis et l'avaient exposé à un risque déraisonnable de préjudice, risque qui s'était effectivement matérialisé. « N'eût été » la conduite négligente des défendeurs, le demandeur n'aurait pas été blessé. Refuser de l'indemniser, et de ce fait permettre aux défendeurs négligents d'échapper à toute responsabilité en se montrant du doigt mutuellement, n'aurait pas permis d'atteindre les objectifs du droit de la négligence — à savoir l'indemnisation, l'équité et la dissuasion — d'une manière compatible avec la justice réparatrice.

[20] L'arrêt *Cook* a été analysé dans *Snell*, affaire dans laquelle la demanderesse avait subi une intervention chirurgicale pour se faire enlever une cataracte. Un saignement s'est produit et, quand le sang a disparu neuf mois plus tard, on a constaté une atrophie du nerf optique, laquelle avait causé la perte de vision de l'œil droit de la demanderesse. Aucun des témoins experts n'a été en mesure de se prononcer sur la cause de l'atrophie ou sur le moment où elle s'était produite. Le juge de première instance, dont la décision a été confirmée par la Cour d'appel, n'a pas appliqué le critère habituel du facteur déterminant, mais il a plutôt renversé le fardeau de la preuve. Notre Cour a confirmé l'indemnisation, mais en appliquant de manière décisive et logique le critère du facteur déterminant. Le juge Sopinka a toutefois mentionné que, s'il avait été nécessaire et opportun de le faire, on aurait pu appliquer une approche fondée sur la contribution appréciable au risque :

J'ai examiné les possibilités qui découlent de l'arrêt [*McGhee c. National Coal Board*, [1973] 1 W.L.R. 1 (H.L.)]. Le demandeur devait simplement démontrer que le défendeur avait créé un risque que le préjudice qui s'est produit se produise. Ou, ce qui revient au même,

the defendant has the burden of disproving causation. If I were convinced that defendants who have a substantial connection to the injury were escaping liability because plaintiffs cannot prove causation under currently applied principles, I would not hesitate to adopt one of these alternatives. In my opinion, however, properly applied, the principles relating to causation are adequate to the task. [Emphasis added; pp. 326-27.]

[21] Sopinka J. went on to underline the importance of establishing a *substantial connection* between the injury and the defendant's negligence. The usual requirement of proof of "but for" causation should not be relaxed where the result would be to permit plaintiffs to recover in the absence of evidence connecting the defendant's fault to the plaintiff's injury. Thus, Sopinka J. stated that if the injury likely was brought about by "neutral" factors, that is, it would have occurred absent any negligence, the plaintiff cannot succeed. To allow recovery where the injury was the result of neutral factors would neither further the goals of compensation, fairness and deterrence, nor comport with the theory of corrective justice that underlies the law of negligence.

[22] These ideas were again taken up in *Athey*. The plaintiff, who suffered from pre-existing back problems, suffered a herniated disc after two motor vehicle accidents. He sued the drivers of the motor vehicles in negligence for his injury. The trial judge held that although the accidents were "not the sole cause" of the disc herniation, they played "some causative role" (para. 8). She accordingly found the defendants liable for 25 percent of the plaintiff's loss. In the Court of Appeal, the plaintiff sought to uphold the result on the basis of material contribution, but that court declined to consider the issue as it had not been raised at trial.

le défendeur avait le fardeau de réfuter l'existence du lien de causalité. Si j'étais convaincu que des défendeurs qui ont un lien important avec le préjudice subi échappaient à toute responsabilité parce que les demandeurs sont dans l'impossibilité de démontrer l'existence du lien de causalité en vertu des principes qui sont actuellement appliqués, je n'hésiterais pas à adopter une de ces solutions. Toutefois, j'estime que, s'ils sont bien appliqués, les principes relatifs à la causalité fonctionnent adéquatement. [Je souligne; p. 326-327.]

[21] Le juge Sopinka a ensuite souligné l'importance d'établir un *rapport important* entre le préjudice et la négligence du défendeur. Il ne convient pas d'assouplir l'obligation habituelle requérant la preuve de l'existence d'un lien de causalité fondé sur un facteur déterminant si cela a pour effet de permettre l'indemnisation du demandeur en l'absence de preuve rattachant la faute commise par le défendeur au préjudice subi par le demandeur. En conséquence, le juge Sopinka a précisé que, si le préjudice résulte vraisemblablement de facteurs « neutres » — c'est-à-dire qu'il serait survenu en l'absence de négligence —, le demandeur ne saurait avoir gain de cause. Le fait de permettre l'indemnisation lorsque le préjudice résulte de facteurs neutres ne favoriserait pas la réalisation des objectifs de réparation, d'équité et de dissuasion, et ne serait pas non plus compatible avec les principes de la justice réparatrice qui sous-tendent le droit de la négligence.

[22] Ces notions ont été reprises à nouveau dans l'arrêt *Athey*. Le demandeur, qui souffrait de problèmes de dos préexistants, a subi une hernie discale après avoir eu deux accidents d'automobile. Il a poursuivi en négligence les conducteurs des véhicules. La juge de première instance a conclu que, bien que les accidents n'aient « pas été la seule cause » de l'hernie discale, ils avaient constitué « un facteur de causalité » (par. 8). Elle a donc jugé les défendeurs responsables de 25 p. 100 du préjudice subi par le demandeur. Celui-ci a demandé à la Cour d'appel de confirmer cette décision sur la base du critère de la contribution appréciable, mais cette dernière a refusé d'examiner cette question au motif qu'elle n'avait pas été soulevée en première instance.

[23] This Court, *per* Major J., discussed the limitations of the “but for” test and the propriety of exceptionally using a material contribution test. Major J. emphasized that a robust common sense approach to the “but for” test permits an inference of “but for” causation from evidence that the defendant’s conduct was a significant factor in the injury, and concluded that “[t]he plaintiff must prove causation by meeting the ‘but for’ or material contribution test” (para. 41). Major J. concluded that the 25 percent contribution found by the trial judge was a “material contribution” sufficient to meet the “but for” test. The term “material contribution”, read in context, does not detract from the fact that the Court in the end applied a robust, common sense application of the “but for” test, in accordance with *Snell*.

[24] The problem of proof of causation where there are two or more possible tortfeasors arose in a slightly different manner in *Walker Estate v. York Finch General Hospital*, 2001 SCC 23, [2001] 1 S.C.R. 647. Ms. Walker contracted HIV from tainted blood. Her estate sued the supplier of the blood for negligence in failing to screen out donors with a high risk of HIV by warning them not to give blood. In defence, the suppliers argued that “but for” causation was not established, because even if they had taken the required steps to screen, persons with HIV who did not know of their condition or who did not wish to disclose it might have donated blood in any event. The Court rejected this defence and found the supplier liable.

[25] In *Walker Estate*, as in *Athey*, Major J. once again alluded to the inadequacy of the “but for”

[23] Notre Cour, sous la plume du juge Major, a analysé les limites du critère du facteur déterminant ainsi que l’opportunité de recourir exceptionnellement au critère de la contribution appréciable. Le juge Major a souligné que l’application décisive et logique du critère du facteur déterminant permet d’inférer l’existence d’un lien de causalité fondé sur un facteur déterminant à partir d’éléments de preuve indiquant que la conduite du défendeur a constitué un facteur important dans la réalisation du préjudice, et il a conclu que « [l]e demandeur doit prouver le lien de causalité en satisfaisant au critère du facteur déterminant ou de la contribution appréciable » (par. 41). De l’avis du juge Major, la contribution de 25 p. 100 constatée par la juge de première instance constituait une « contribution appréciable » suffisante pour répondre au critère du facteur déterminant. Considérée dans le contexte de cet arrêt, la présence de l’expression « contribution appréciable » ne change rien au fait que, en dernière analyse, la Cour a appliqué de manière décisive et logique le critère du facteur déterminant, en conformité avec l’arrêt *Snell*.

[24] Le problème que constitue la preuve de la causalité lorsqu’il y a au moins deux possibles auteurs du délit s’est posé d’une manière légèrement différente dans *Walker, Succession c. York Finch General Hospital*, 2001 CSC 23, [2001] 1 R.C.S. 647. Madame Walker avait contracté le VIH après avoir reçu une transfusion de sang contaminé. Sa succession a poursuivi le fournisseur de sang, lui reprochant d’avoir été négligent parce qu’il n’avait pas filtré les donneurs à risque élevé de transmettre le VIH en les avisant de ne pas donner de sang. En défense, les fournisseurs ont soutenu qu’on n’avait pas établi de causalité fondée sur un facteur déterminant, étant donné que même s’ils avaient pris les mesures de sélection nécessaires, les personnes porteuses du VIH à leur insu ou celles qui ne voulaient pas révéler qu’elles en étaient porteuses auraient quand même pu donner du sang. Notre Cour a rejeté ce moyen de défense et déclaré le fournisseur responsable.

[25] Dans l’arrêt *Walker*, tout comme il l’avait fait dans *Athey*, le juge Major a de nouveau évoqué le

test in some situations, in particular in cases where multiple independent causes may bring about a single harm (para. 87). He found that causation in the usual sense could be established on the trial judge's findings (paras. 89-98). In *obiter*, however, Major J. adopted the reasoning of Sopinka J. in *Snell* to the effect that, in an appropriate case, where the ordinary principles of causation are inadequate to the task and result in unfairness and inconsistency with the underlying principles of negligence, it might be possible to dispense with factual proof of "but for" causation and apply a less onerous "material contribution" test (para. 99).

[26] This brings us to *Resurfice*. The plaintiff, whose job was to maintain ice surfaces, mistakenly poured water into the gas tank of the machine used for that purpose. Gasoline vapour was sparked, causing an explosion and fire, and the plaintiff was badly burned. He sued the manufacturer and distributor of the machine, alleging negligence in not arranging or marking the machine in a way that would have avoided confusion between the water tank and the gas tank. The trial judge found that the plaintiff had not proved that the accident had been caused by the manufacturer or the distributor and dismissed the action. The Court of Appeal ordered a new trial on the basis that the trial judge had erred in his treatment of foreseeability and causation.

[27] This Court endorsed the trial judge's conclusion that the plaintiff had failed to establish causation on the "but for" test, and held that a material contribution approach was inapplicable. The decision affirmed that in "special circumstances", the law has recognized that the "but for" test for causation should be replaced by a material contribution approach (para. 24). This may occur where it is "impossible" for the plaintiff to prove causation on the "but for" test, and where it is clear that

caractère inadéquat du critère du facteur déterminant dans certaines situations, en particulier lorsque plusieurs causes distinctes peuvent donner lieu à un seul préjudice (par. 87). Il a conclu que la causalité au sens usuel du terme pouvait être établie à partir des conclusions tirées par le juge de première instance (par. 89-98). Toutefois, en *obiter*, le juge Major a fait sien le raisonnement du juge Sopinka dans *Snell* selon lequel dans les cas qui s'y prêtent, lorsque les principes ordinaires de causalité sont inadéquats et aboutissent à un résultat inéquitable et incompatible avec les principes qui sous-tendent le droit de la négligence, il pourrait être possible de se passer de la preuve factuelle de la causalité fondée sur un facteur déterminant et d'appliquer le critère moins exigeant de la « contribution appréciable » (par. 99).

[26] Ce qui précède nous amène à l'arrêt *Resurfice*. Dans cette affaire, le demandeur — dont le travail consistait à entretenir des surfaces glacées — avait versé par erreur de l'eau dans le réservoir à essence de la machine qu'il utilisait pour accomplir son travail. De la vapeur d'essence s'était ensuite enflammée, causant une explosion et un incendie, et le demandeur avait été grièvement brûlé. Ce dernier a poursuivi le fabricant et le distributeur de la surfaceuse, alléguant qu'ils avaient été négligents parce qu'ils n'avaient pas conçu la machine de manière à éviter toute confusion entre le réservoir d'eau et le réservoir à essence en arrangeant ou identifiant ces pièces adéquatement. Le juge de première instance a conclu que le demandeur n'avait pas prouvé que l'accident avait été causé par le fabricant ou le distributeur et il a rejeté l'action. La Cour d'appel a ordonné un nouveau procès, au motif que le juge du procès avait fait erreur en analysant la prévisibilité et la causalité.

[27] Notre Cour a souscrit à la conclusion du juge de première instance selon laquelle le demandeur n'avait pas réussi à établir la causalité suivant le critère du facteur déterminant, et elle a jugé que le critère de la contribution appréciable ne s'appliquait pas. Cet arrêt a confirmé que le droit reconnaît qu'il convient dans certaines « circonstances particulières » de remplacer le critère du facteur déterminant par celui de la contribution appréciable (par. 24). Cela peut se produire lorsqu'il est

the defendant breached his duty of care in a way that exposed the plaintiff to an unreasonable risk of injury. The basis for the exception in these circumstances is that requiring “but for” causation “would offend basic notions of fairness and justice” (para. 25).

[28] To recap, the Canadian Supreme Court jurisprudence on a material contribution approach to date may be summarized as follows. First, while accepting that it might be appropriate in “special circumstances”, the Court has never in fact applied a material contribution to risk test. *Cook* was analyzed on a reverse onus basis. *Snell*, *Athey*, *Walker Estate* and *Resurfice* were all resolved on a robust and common sense application of the “but for” test of causation. Nevertheless, the Court has acknowledged the difficulties of proof that multi-tortfeasor cases may pose — difficulties which in some cases may justify relaxing the requirement of “but for” causation and finding liability on a material contribution to risk approach.

2. The United Kingdom Cases

[29] The courts of the United Kingdom have adopted a material contribution to risk approach to the problem of toxic agent cases involving negligence by more than one employer: *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd.*, [2002] UKHL 22, [2002] 3 All E.R. 305; and *Barker v. Corus UK Ltd.*, [2006] UKHL 20, [2006] 2 A.C. 572. Recently, the United Kingdom Supreme Court decided that a material contribution to risk approach can apply as well when a single negligent employer has exposed a plaintiff to asbestos: see *Sienkiewicz v. Greif (UK) Ltd.*, [2011] UKSC 10, [2011] 2 All

« impossible » pour le demandeur de prouver la causalité suivant le critère du facteur déterminant, et qu’il est clair que le défendeur a manqué à son obligation de diligence envers le demandeur d’une manière qui a exposé ce dernier à un risque déraisonnable de préjudice. Dans de telles circonstances, le fondement de cette exception tient à ce qu’il « serait contraire aux notions fondamentales d’équité et de justice » d’exiger la preuve d’un lien de causalité fondé sur un facteur déterminant (par. 25).

[28] Pour récapituler, la jurisprudence existante de la Cour suprême du Canada sur le critère de la contribution appréciable peut se résumer ainsi. Premièrement, bien que la Cour reconnaisse qu’il pourrait convenir d’appliquer le critère de la contribution appréciable au risque dans certaines « circonstances particulières », elle ne l’a en fait jamais appliqué. Elle a analysé l’affaire *Cook* sur la base du renversement du fardeau de la preuve. Les affaires *Snell*, *Athey*, *Walker* et *Resurfice* ont toutes été tranchées par l’application décisive et logique du critère de la causalité fondée sur un facteur déterminant. La Cour a néanmoins reconnu les difficultés que pourrait présenter la preuve dans les affaires mettant en cause plusieurs auteurs de délit — difficultés qui, dans certains cas, peuvent justifier d’assouplir l’obligation de prouver la causalité suivant le critère facteur déterminant en permettant de conclure à la responsabilité au moyen du critère de la contribution appréciable au risque.

2. La jurisprudence du Royaume-Uni

[29] Les tribunaux britanniques ont retenu le critère de la contribution appréciable au risque dans des affaires d’exposition à des agents toxiques mettant en cause la négligence de plus d’un employeur : *Fairchild c. Glenhaven Funeral Services Ltd.*, [2002] UKHL 22, [2002] 3 All E.R. 305; et *Barker c. Corus UK Ltd.*, [2006] UKHL 20, [2006] 2 A.C. 572. Récemment, la Cour suprême du Royaume-Uni a également appliqué ce critère dans un cas où un seul employeur négligent avait exposé le demandeur à l’amiante : voir *Sienkiewicz c. Greif (UK) Ltd.*, [2011] UKSC 10,

E.R. 857. I will return to this case later in these reasons.

[30] The plaintiffs in *Fairchild* and *Barker* had developed diseases related to toxic workplace agents, but were unable to prove which of several possible sources of the agents had caused their disease. In both cases, the plaintiffs had been exposed to asbestos at different times when working for different employers. A single fibre of asbestos could have caused the disease. As all the employers had exposed the employee to the same risk, it was impossible to say which employer's negligence in fact led to the disease. In each case, the defendants pointed the finger at the negligence of others. And in each case, the court rejected this defence and found liability on the basis of material contribution.

[31] The U.K. toxic agent cases debated whether the defendants in these circumstances were held liable because they materially contributed to the *injury*, or to the *risk* of the injury. Lord Hoffmann, in *Barker*, stated that the purpose of the *Fairchild* exception was "to provide a cause of action against a defendant who has materially increased the risk that the claimant will suffer damage and may have caused that damage, but cannot be proved to have done so because it is impossible to show, on a balance of probability, that some other exposure to the same risk may not have caused it instead" (para. 17).

[32] Viewed generally, the toxic agent cases up to *Sienkiewicz* hold that resort may be had to the concept of material contribution to the risk of injury where it is plain that any or all of a number of tortfeasors could have caused the plaintiff's injury, but it is impossible to say that any particular one in fact did so. In this situation, fairness and policy

[2011] 2 All E.R. 857. Je reviendrai plus loin sur cet arrêt.

[30] Dans les affaires *Fairchild* et *Barker*, les demandeurs avaient contracté des maladies attribuables à des agents toxiques dans leur milieu de travail, mais ils étaient incapables de prouver laquelle parmi plusieurs sources possibles d'agents toxiques avait causé leur maladie. Dans chaque cas, le demandeur avait été exposé à l'amiante à des périodes différentes, alors qu'il travaillait pour des employeurs différents. Une seule fibre d'amiante pouvait avoir causé la maladie. Comme tous les employeurs avaient exposé l'employé au même risque, il était impossible d'imputer la maladie de ce dernier à la négligence d'un employeur en particulier. Dans chacune de ces affaires, les défendeurs se sont montrés mutuellement du doigt, invoquant la négligence des autres. Et dans chaque affaire, la cour a rejeté ce moyen de défense et conclu à la responsabilité sur la base du critère de la contribution appréciable.

[31] Dans les affaires décidées au Royaume-Uni en matière d'exposition à des agents toxiques, le tribunal s'est demandé si les défendeurs dans les circonstances de ces affaires étaient responsables parce qu'ils avaient contribué de manière appréciable au *préjudice* ou encore au *risque* de préjudice. Dans l'arrêt *Barker*, lord Hoffmann a affirmé que l'exception établie dans *Fairchild* avait pour objet de [TRADUCTION] « créer une cause d'action contre un défendeur qui a augmenté de façon appréciable le risque que le demandeur subisse un préjudice et qui a pu causer ce préjudice, sans toutefois qu'on puisse prouver qu'il l'a fait, parce qu'il est impossible de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que le préjudice ne résulte pas plutôt d'une autre exposition au même risque » (par. 17).

[32] Globalement, les décisions rendues en matière d'agents toxiques avant l'arrêt *Sienkiewicz* indiquent qu'il est possible de recourir à la notion de contribution appréciable au risque de préjudice dans les cas où il est évident que tous les auteurs de délit ou l'un d'entre eux ont pu causer le préjudice du demandeur, mais où il est impossible

support relaxation of the “but for” test. In each case, the plaintiff would not have contracted the disease, “but for” the negligence of the defendants as a group. As I will discuss further below, to allow the defendants to each escape liability by pointing the finger at one another would have been at odds with the fairness, deterrence, and corrective justice objectives of the law of negligence.

3. When Is a Material Contribution to Risk Approach Available?

[33] We have seen that the jurisprudence establishes that while tort liability must generally be founded on proof that “but for” the defendant’s negligence the injury would not have occurred, exceptionally proof of factual causation can be replaced by proof of a material contribution to the risk that gave rise to the injury.

[34] In *Resurfice*, this Court summarized the cases as holding that a material contribution approach may be appropriate where it is “impossible” for the plaintiff to prove causation on the “but for” test and where it is clear that the defendant breached its duty of care (acted negligently) in a way that exposed the plaintiff to an unreasonable risk of injury. As a summary of the jurisprudence, this is accurate. However, as a test it is incomplete. A clear picture of when “but for” causation can be replaced by material contribution to risk requires further exploration of what is meant by “impossible to prove” (*Resurfice*, at para. 28) and what substratum of negligence must be shown. I will discuss each of these related concepts in turn.

d'affirmer que c'est l'un d'eux en particulier qui l'a effectivement causé. Dans une telle situation, des considérations d'équité et de politique générale justifient d'assouplir le critère du facteur déterminant. Dans chacune de ces affaires, le demandeur n'aurait pas contracté la maladie « n'eût été » la négligence des défendeurs en tant que groupe. Comme je l'expliquerai davantage plus loin, permettre aux défendeurs d'échapper à toute responsabilité en se montrant mutuellement du doigt aurait été contraire aux objectifs d'équité, de dissuasion et de justice réparatrice du droit de la négligence.

3. Dans quelles circonstances peut-on recourir au critère de la contribution appréciable au risque?

[33] Nous avons vu que, selon la jurisprudence, bien que la responsabilité délictuelle requière généralement la preuve que, « n'eût été » la négligence du défendeur, le préjudice ne se serait pas produit, la preuve de la causalité factuelle peut exceptionnellement être remplacée par la preuve d'une contribution appréciable au risque qui a entraîné le préjudice.

[34] Dans *Resurfice*, notre Cour a résumé ainsi la jurisprudence pertinente : il peut s'avérer indiqué de recourir au critère de la contribution appréciable dans les cas où il est « impossible » pour le demandeur de prouver la causalité au moyen du critère du facteur déterminant, et où il est clair que le défendeur a manqué à son obligation de diligence (en agissant négligemment) d'une manière qui a exposé le demandeur à un risque déraisonnable de préjudice. Ce qui précède résume fidèlement la jurisprudence, mais ne décrit pas de façon complète l'analyse pertinente. Pour brosser un tableau précis des circonstances dans lesquelles la causalité fondée sur un facteur déterminant peut être remplacée par la contribution appréciable au risque, il faut examiner plus en profondeur ce que l'on entend par l'expression « impossib[le] de prouver » (*Resurfice*, par. 28) et quel est le substrat de négligence à établir. Je vais analyser chacune de ces notions connexes à tour de rôle.

(a) “*Impossibility*”

[35] The idea running through the jurisprudence that to apply the material contribution approach it must be “impossible” for the plaintiff to prove that the defendant’s negligence caused the plaintiff’s injury using the “but for” test has produced uncertainty in this case and elsewhere.

[36] Some have suggested that “but for” proof must be logically or conceptually impossible before material contribution to risk is available, arguing that *Cook* and the toxic agent cases show impossibility in this sense. But it is difficult to know what this means. As a matter of pure logic, it is conceivable that ballistics tests could have revealed which shotgun fired the shot that injured Mr. Lewis. It is also conceivable that with further understanding, medical science may someday be able to say which employer supplied the particle of asbestos that caused the plaintiffs in *Barker* to develop mesothelioma. Clearly the impossibility in those examples was related to difficulties with factual proof, not to logical problems inherent in the peculiarities of the case.

[37] However, the option of finding that a material contribution to risk approach is available whenever proof of “but for” causation cannot be made on the facts is equally problematic. First, how does one distinguish between a case of true impossibility of factual proof and a situation where the plaintiff simply fails to meet her burden of establishing “but for” causation on the evidence? Unless one can make a clear distinction, one effectively undermines the requirement that the plaintiff bears the burden of showing that, “but for” the defendant’s negligence, she would not have been injured. In any

a) « *Impossibilité* »

[35] L’idée dominante dans la jurisprudence — à savoir que, pour que le tribunal puisse recourir au critère de la contribution appréciable, il doit être « impossible » pour le demandeur de prouver, au moyen du critère du « facteur déterminant », que son préjudice a été causé par la négligence du défendeur — n’a pas manqué de créer de l’incertitude dans la présente espèce ainsi que dans d’autres affaires.

[36] Il faut, ont avancé certains, qu’il soit logiquement ou conceptuellement impossible de prouver la causalité selon le critère du facteur déterminant pour que le tribunal puisse appliquer le critère de la contribution appréciable au risque, soutenant que l’arrêt *Cook* et les affaires d’exposition à des agents toxiques sont des exemples d’impossibilité de cette nature. Il est cependant difficile de savoir exactement ce que l’on entend par là. En effet, d’un point de vue purement logique, on peut concevoir que des expertises balistiques auraient pu révéler de quel fusil provenaient les plombs qui ont blessé M. Lewis. On peut aussi concevoir que les progrès de la science médicale permettront peut-être un jour de déterminer de quel employeur provenait la particule d’amiante qui a causé le développement du mésothéliome chez les demandeurs dans *Barker*. De toute évidence, l’impossibilité dans ces divers exemples tenait à des difficultés liées à la preuve factuelle, et non à des problèmes de logique inhérents aux particularités de l’instance.

[37] Toutefois, la faculté de recourir au critère de la contribution appréciable au risque chaque fois que les faits ne permettent pas d’établir la causalité suivant le critère du facteur déterminant pose tout autant problème. Tout d’abord, comment fait-on pour distinguer les cas où il est vraiment impossible d’apporter une preuve factuelle de ceux où le demandeur est simplement incapable de s’acquitter du fardeau qui lui incombe et d’établir, à partir de la preuve, un lien de causalité fondé sur un facteur déterminant? À moins de pouvoir distinguer nettement ces deux types de situations,

difficult case, the plaintiff would be able to claim impossibility of proof of causation. Such a result would fundamentally change the law of negligence and sever it from its anchor in corrective justice that makes the defendant liable for the consequences, but only the consequences, of his negligent act.

[38] “Scientific impossibility”, relied on by the trial judge in this case, is merely a variant of factual impossibility and attracts the same objections. In many cases of causal uncertainty, it is conceivable that with better scientific evidence, causation could be clarified. Scientific uncertainty was referred to in *Resurfice* in the course of explaining the difficulties that have arisen in the cases. However, this should not be read as ousting the “but for” test for causation in negligence actions. The law of negligence has never required scientific proof of causation; to repeat yet again, common sense inferences from the facts may suffice. If scientific evidence of causation is not required, as *Snell* makes plain, it is difficult to see how its absence can be raised as a basis for ousting the usual “but for” test.

[39] What then are the cases referring to when they say that it must be “impossible” to prove “but for” causation as a precondition to a material contribution to risk approach? The answer emerges from the facts of the cases that have adopted such an approach. Typically, there are a number of tortfeasors. All are at fault, and one or more has in fact caused the plaintiff’s injury. The plaintiff would not have been injured “but for” their negligence, viewed globally. However, because each can point the finger at the other, it is impossible for the plaintiff to show on a balance of probabilities that

on se trouve en fait à atténuer l’obligation qu’a le demandeur de démontrer que, « n’eût été » la négligence du défendeur, il n’aurait pas subi de préjudice. Dans tous les cas épineux, le demandeur serait donc en mesure de plaider l’impossibilité de prouver la causalité. Un tel résultat aurait pour effet de modifier fondamentalement le droit de la négligence et de le détacher de son point d’ancrage dans la justice réparatrice, à savoir que le défendeur est responsable des conséquences de sa négligence, mais uniquement de ces conséquences.

[38] L’« impossibilité scientifique » sur laquelle s’est fondé le juge de première instance en l’espèce n’est qu’une variante de l’impossibilité factuelle, et on peut lui opposer les mêmes critiques. Dans bien des cas où la causalité est incertaine, il est concevable qu’une meilleure preuve scientifique permettrait de préciser le lien de causalité. La Cour a évoqué l’incertitude scientifique dans *Resurfice* lorsqu’elle a expliqué les difficultés qui se sont présentées dans la jurisprudence. Cela n’a toutefois pas pour effet d’écarter l’application du critère du facteur déterminant pour établir la causalité dans les actions en négligence. Le droit de la négligence n’a jamais exigé la preuve scientifique de la causalité; je tiens à rappeler que des inférences factuelles conformes au bon sens peuvent suffire. Si la preuve scientifique de la causalité n’est pas nécessaire, comme l’indique clairement l’arrêt *Snell*, il est difficile de voir en quoi son absence peut être invoquée pour justifier l’exclusion du critère habituellement applicable, soit celui du facteur déterminant.

[39] Que veulent donc dire les tribunaux lorsqu’ils affirment que, pour que puisse être appliqué le critère de la contribution appréciable au risque, il doit être « impossible » pour le demandeur de prouver la causalité suivant le critère du facteur déterminant? La réponse à cette question ressort des faits des affaires dans lesquelles les tribunaux ont adopté cette approche. On compte généralement plusieurs auteurs de délit dans ces affaires. Tous sont fautifs, et un ou plusieurs d’entre eux ont effectivement causé le préjudice du demandeur. Ce dernier n’aurait pas subi de préjudice « n’eût été » leur

any one of them in fact caused her injury. This is the impossibility of which *Cook* and the multiple-employer mesothelioma cases speak.

(b) *Substratum of Negligence Involving Multiple Possible Tortfeasors*

[40] The cases that have dispensed with the usual requirement of “but for” causation in favour of a less onerous material contribution to risk approach are generally cases where, “but for” the negligent act of one or more of the defendants, the plaintiff would not have been injured. This excludes recovery where the injury “may very well be due to factors unconnected to the defendant and not the fault of anyone”: *Snell, per Sopinka J.*, at p. 327. The plaintiff effectively has established that the “but for” test, viewed globally, has been met. It is only when it is applied separately to each defendant that the “but for” test breaks down because it cannot be shown which of several negligent defendants actually launched the event that led to the injury. The plaintiff thus has shown negligence and a relationship of duty owed by each defendant, but faces failure on the “but for” test because it is “impossible”, in the sense just discussed, to show which act or acts were injurious. In such cases, each defendant who has contributed to the risk of the injury that occurred can be faulted.

[41] In these circumstances, permitting the plaintiff to succeed on a material contribution to risk basis meets the underlying goals of the law of negligence. Compensation for injury is achieved. Fairness is satisfied; the plaintiff has suffered a loss due to negligence, so it is fair that she turns to tort law for compensation. Further, each

négligence, considérée globalement. Toutefois, parce que tous les défendeurs peuvent se montrer du doigt mutuellement, il est impossible pour le demandeur d’établir, suivant la prépondérance des probabilités, que l’un ou l’autre d’entre eux a bel et bien causé son préjudice. Voilà l’impossibilité dont il est question dans l’arrêt *Cook* et dans les décisions sur le mésothéliome mettant en cause plusieurs employeurs.

b) *Le substrat de la négligence impliquant plusieurs auteurs possibles de délit*

[40] Les affaires dans lesquelles le critère ordinaire du facteur déterminant a été écarté au profit du critère moins exigeant de la contribution appréciable au risque sont généralement des affaires où, « n’eût été » l’acte de négligence d’un ou de plusieurs des défendeurs, le demandeur n’aurait pas subi de préjudice. L’indemnisation est toutefois exclue dans le cas où le préjudice « peut très bien découler de facteurs qui ne sont pas reliés au défendeur et qui ne résultent de la faute de personne » : *Snell*, le juge Sopinka, p. 327. Le demandeur a effectivement établi que, globalement, le critère du facteur déterminant est respecté. Ce n’est que lorsque ce critère est appliqué à chaque défendeur négligent séparément qu’il cesse d’être utile, car il s’avère impossible d’établir lequel d’entre eux est véritablement à l’origine de l’événement qui a entraîné le préjudice. Le demandeur a donc prouvé la négligence ainsi que l’existence d’une obligation incombant à chaque défendeur, mais il échoue suivant le critère du facteur déterminant, parce qu’il lui est « impossible », au sens que l’on vient tout juste d’expliquer, de démontrer lequel ou lesquels des actes ont été préjudiciables. Dans de tels cas, chaque défendeur qui a contribué au risque ayant entraîné le préjudice peut être déclaré fautif.

[41] Dans ces circonstances, donner gain de cause au demandeur sur la base du critère de la contribution appréciable au risque permet de réaliser les objectifs qui sous-tendent le droit relatif de la négligence. Il y a réparation du préjudice. L’équité est respectée; comme le demandeur a subi un préjudice par suite de la négligence d’autrui, il est juste qu’il

defendant failed to act with the care necessary to avoid potentially causing the plaintiff's loss, and each may well have in fact caused the plaintiff's loss. Deterrence is also furthered; potential tortfeasors will know that they cannot escape liability by pointing the finger at others. And these goals are furthered in a manner consistent with corrective justice; the deficit in the relationship between the plaintiff and the defendants viewed as a group that would exist if the plaintiff were denied recovery is corrected. The plaintiff has shown that she is in a correlative relationship of doer and sufferer of the same harm with the group of defendants as a whole, if not necessarily with each individual defendant.

[42] The only case to apply a material contribution to risk approach to a single tortfeasor is *Sienkiewicz*. A plaintiff suffering from mesothelioma had only been exposed to asbestos from a *single* negligent source and on the trial judge's findings, "but for" causation could not be inferred. The United Kingdom Supreme Court took the view that it was bound by precedent to apply a material contribution to risk approach in all mesothelioma cases. Several members of the court in *Sienkiewicz* noted the difficulty with such a result. Lady Hale observed that she found it hard to believe that a defendant "whose wrongful exposure might or might not have led to the disease would be liable in full for the consequences even if it was more likely than not that some other cause was to blame (let alone that it was not more likely than not that he was to blame)" (para. 167). In my view, nothing compels a similar result in Canada, and thus far, although Sopinka J.'s remarks in *Snell* (quoted above at para. 20) do not preclude it, courts in Canada have not applied a material contribution to risk test in a case with a single tortfeasor.

invoque le droit des délits pour obtenir réparation. De plus, tous les défendeurs ont omis de faire montre de la diligence nécessaire pour éviter de causer préjudice au demandeur, et chacun d'eux peut fort bien avoir effectivement causé le préjudice. La dissuasion est elle aussi favorisée; les éventuels auteurs de délit sauront qu'ils ne peuvent échapper à toute responsabilité en montrant autrui du doigt. En outre, la réalisation de ces objectifs est favorisée d'une manière conforme à la justice réparatrice; en effet, la lacune dont souffrirait le rapport entre le demandeur et les défendeurs — considérés en tant que groupe — si le demandeur se voyait refuser une indemnité est corrigée. Le demandeur a su démontrer qu'il existe entre lui et le groupe de défendeurs — même si ce n'est pas nécessairement avec chacun d'eux individuellement — un rapport de réciprocité les unissant en tant que victime et auteurs d'un même préjudice.

[42] L'arrêt *Sienkiewicz* est la seule affaire où le critère de la contribution appréciable au risque a été appliqué à un seul et même auteur de délit. Dans cette affaire, le demandeur atteint du mésothéliome n'avait été exposé à l'amiante que par un *seul* défendeur négligent et, d'après les conclusions du juge de première instance, aucune inférence de causalité fondée sur un facteur déterminant ne pouvait être tirée. La Cour suprême du Royaume-Uni a estimé qu'elle était liée par les précédents et qu'elle devait appliquer le critère de la contribution appréciable au risque dans toutes les affaires relatives au mésothéliome. Plusieurs juges ont cependant souligné le problème que pose un tel résultat. Par exemple, lady Hale a affirmé éprouver de la difficulté à accepter qu'un défendeur [TRADUCTION] « ayant fautivement exposé une personne [à l'amiante] — facteur qui a pu ou non entraîner la maladie — soit tenu entièrement responsable des conséquences, même si la situation était probablement imputable à une autre cause (d'autant plus qu'il était improbable qu'il en fût responsable) » (par. 167). À mon avis, rien ne commande un tel résultat au Canada et, jusqu'à présent, bien que les observations du juge Sopinka dans *Snell* (citées plus tôt, par. 20) ne l'écartent pas, les tribunaux canadiens n'ont pas appliqué le critère de la contribution appréciable au risque dans les cas où un seul auteur de délit est en cause.

[43] It is important to reaffirm that in the usual case of multiple agents or actors, the traditional “but for” test still applies. The question, as discussed earlier, is whether the plaintiff has shown that the negligence of one or more of the defendants was a necessary cause of the injury. Degrees of fault are reflected in calculations made under contributory negligence legislation. By contrast, the material contribution to risk approach applies where “but for” causation cannot be proven against any of multiple defendants, all negligent in a manner that might have in fact caused the plaintiff’s injury, because each can use a “point the finger” strategy to preclude a finding of causation on a balance of probabilities.

[44] This is not to say that new situations will not raise new considerations. I leave for another day, for example, the scenario that might arise in mass toxic tort litigation with multiple plaintiffs, where it is established statistically that the defendant’s acts induced an injury on some members of the group, but it is impossible to know which ones.

[45] The Court of Appeal reached a similar view of the law to that here proposed. It pointed out that the material contribution to risk exception to “but for” causation is not a test for proving factual causation, but a basis for finding “legal” causation where fairness and justice demand deviation from the “but for” test. It correctly identified the critical element for application of a material contribution to risk approach — the impossibility of proving which of two or more possible tortious causes is in fact the cause of the injury. And it correctly suggested that the approach could apply to situations where,

[43] Il importe de réaffirmer que le critère traditionnel du facteur déterminant continue de s’appliquer dans les affaires ordinaires mettant en cause plusieurs agents ou auteurs. Comme je l’ai expliqué précédemment, la question consiste à déterminer si le demandeur a établi que la négligence d’un ou de plusieurs des défendeurs a constitué une cause nécessaire du préjudice. Les degrés de faute respectifs de ceux-ci sont pris en compte lors des calculs effectués en application des dispositions législatives sur la négligence contributive. En revanche, c’est le critère de la contribution appréciable au risque qui s’applique dans les cas où il est impossible de prouver la causalité suivant le critère du facteur déterminant à l’égard d’aucun des différents défendeurs — qui ont par ailleurs tous fait preuve de négligence d’une manière susceptible d’avoir effectivement causé le préjudice du demandeur —, parce que chacun peut « montrer du doigt » les autres et ainsi empêcher l’établissement d’un lien de causalité suivant la prépondérance des probabilités.

[44] Cela ne signifie pas que de nouvelles situations ne soulèveront pas de nouvelles questions. Par exemple, je reporte à une autre occasion l’examen de la situation susceptible de se produire lorsque de nombreux demandeurs engagent une action en dommages-intérêts pour exposition à des agents toxiques et où, bien qu’il soit statistiquement démontré que les actes du défendeur ont causé préjudice à certains membres du groupe, il est par ailleurs impossible de déterminer quels sont ces membres.

[45] En l’espèce, l’interprétation qu’a donnée la Cour d’appel du droit applicable est semblable à celle proposée dans les présents motifs. Elle a souligné que la notion de contribution appréciable au risque — l’exception à la notion de causalité fondée sur un facteur déterminant — ne constitue pas un critère visant à établir la causalité factuelle, mais se veut plutôt un fondement permettant de conclure à l’existence de la causalité « juridique » lorsque l’équité et la justice exigent que l’on déroge au critère du facteur déterminant. Elle a bien cerné l’élément essentiel à l’application du critère de la

as in *Walker Estate*, a defendant attempts to defeat “but for” causation by pointing the finger at the hypothetical negligence of a third party that might have caused the loss in any event. It was unnecessary, in my view, to hang the analysis on “circular causation”, and “dependency causation”, which may complicate the matter rather than simplify it. However, in broad terms, the Court of Appeal correctly identified the circumstances where a material contribution to risk approach may exceptionally be imposed.

C. Summary

[46] The foregoing discussion leads me to the following conclusions as to the present state of the law in Canada:

- (1) As a general rule, a plaintiff cannot succeed unless she shows as a matter of fact that she would not have suffered the loss “but for” the negligent act or acts of the defendant. A trial judge is to take a robust and pragmatic approach to determining if a plaintiff has established that the defendant’s negligence caused her loss. Scientific proof of causation is not required.
- (2) Exceptionally, a plaintiff may succeed by showing that the defendant’s conduct materially contributed to risk of the plaintiff’s injury, where (a) the plaintiff has established that her loss would not have occurred “but for” the negligence of two or more tortfeasors, each possibly in fact responsible for the loss; and (b) the plaintiff, through no fault of her own, is unable to show that any one of the possible tortfeasors in fact was the necessary or “but for” cause of her injury, because each can point to one another as the possible “but for” cause

contribution appréciable au risque — l’impossibilité de prouver lequel de plusieurs facteurs délictuels possibles est effectivement la cause du préjudice. De plus, elle a mentionné avec raison que ce critère pourrait s’appliquer dans des cas où, comme dans *Walker*, un défendeur tente de réfuter l’existence d’un lien de causalité fondé sur un facteur déterminant en montrant du doigt un tiers dont la négligence hypothétique pourrait en tout état de cause avoir causé le préjudice. Il n’était pas nécessaire, selon moi, de fonder l’analyse sur la [TRADUCTION] « causalité circulaire » et sur la « causalité tributaire de la conduite d’un tiers », ces notions étant susceptibles de compliquer l’analyse plutôt que de la simplifier. De manière générale toutefois, la Cour d’appel a bien su dégager les circonstances dans lesquelles le critère de la contribution appréciable au risque peut exceptionnellement être appliqué.

C. Résumé

[46] L’analyse qui précède m’amène à tirer les conclusions suivantes quant à l’état actuel du droit au Canada :

- (1) En règle générale, le demandeur ne saurait avoir gain de cause à moins de prouver que, dans les faits, il n’aurait pas subi de préjudice « n’eût été » l’acte ou les actes négligents du défendeur. Le juge de première instance doit décider, de manière décisive et pragmatique, si le demandeur a établi que la négligence du défendeur a causé le préjudice. La preuve scientifique de la causalité n’est pas requise.
- (2) Exceptionnellement, le demandeur peut avoir gain de cause en démontrant que la conduite du défendeur a contribué de façon appréciable au risque que le demandeur subisse un préjudice si les conditions suivantes sont réunies : a) le demandeur a établi qu’il n’aurait pas subi de préjudice « n’eût été » la négligence de plusieurs auteurs du délit, dont chacun pourrait concrètement être responsable de ce préjudice; b) sans aucune faute de sa part, le demandeur est incapable de démontrer que l’un ou l’autre des auteurs possibles du délit a été la cause

of the injury, defeating a finding of causation on a balance of probabilities against anyone.

D. Application

[47] The trial judge made two errors.

[48] The first error was to insist on scientific reconstruction evidence as a necessary condition of finding “but for” causation. The trial judge stated, at para. 66, that

the plaintiff through no fault of her own is unable to prove that “but for” the defendant’s breaches, she would not have been injured. This is because after the fact, it is not possible through accident reconstruction modeling to determine at what combination of lower speed and lesser weight recovery from the weave instability would have been practicable.

[49] As discussed above, the cases consistently hold that scientific precision is not necessary to a conclusion that “but for” causation is established on a balance of probabilities. It follows that the trial judge erred in insisting on scientific precision in the evidence as a condition of finding “but for” causation.

[50] The trial judge’s second error was to apply a material contribution to risk test. The special conditions that permit resort to a material contribution approach were not present in this case. This is not a case where we know that the loss would not have occurred “but for” the negligence of two or more possible tortfeasors, but the plaintiff cannot establish on a balance of probabilities which negligent actor or actors caused the injury. This is a simple

nécessaire ou « déterminante » de son préjudice, parce que tous les défendeurs peuvent se montrer du doigt mutuellement comme étant la possible cause déterminante du préjudice et empêcher ainsi un tribunal de conclure, suivant la prépondérance des probabilités, à l’existence d’un lien de causalité à l’égard de qui que ce soit.

D. Application

[47] Le juge de première instance a commis deux erreurs.

[48] Sa première erreur a été d’insister sur la nécessité d’une preuve de reconstitution scientifique pour que le tribunal puisse conclure à l’existence d’un lien de causalité fondé sur un facteur déterminant. Il a affirmé ce qui suit au par. 66 :

[TRADUCTION] . . . sans aucune faute de sa part, la demanderesse est incapable de prouver que, « n’eût été » les manquements du défendeur à son obligation de diligence, elle n’aurait pas été blessée. Il en est ainsi parce qu’il n’est pas possible de déterminer après coup, au moyen d’un modèle de reconstitution de l’accident, la combinaison de vitesse et de poids inférieurs qui aurait permis de reprendre la maîtrise du véhicule devenu instable en raison des zigzags.

[49] Comme je l’ai expliqué précédemment, il est de jurisprudence constante que la précision scientifique n’est pas nécessaire pour permettre au tribunal de conclure qu’un lien de causalité fondé sur un facteur déterminant a été établi suivant la prépondérance des probabilités. Il s’ensuit que le juge de première instance a fait erreur en exigeant une preuve d’une précision scientifique pour être en mesure de conclure à l’existence d’un lien de causalité fondé sur un facteur déterminant.

[50] La deuxième erreur du juge de première instance a été d’appliquer le critère de la contribution appréciable au risque. Les conditions spéciales permettant de recourir à ce critère n’étaient pas réunies en l’espèce. Nous ne sommes pas en présence d’un cas où nous savons que le préjudice n’aurait pas été subi, « n’eût été » la négligence de plusieurs auteurs possibles du délit, mais où le demandeur ne peut établir, suivant la prépondérance des probabilités,

single-defendant case: the only issue was whether “but for” the defendant’s negligent conduct, the injury would have been sustained.

[51] The judge accepted evidence to the effect that overloading would have increased instability in the event of a weave caused by tire deflation (para. 41). He also noted expert evidence to the effect that instability due to tire deflation increases with speed and that it was impossible to predict without tests whether the capsizing would have occurred at a lower speed (para. 42). However, the trial judge rejected the evidence of the expert witness, Mr. MacInnis, that the accident would have happened even if the defendant had not negligently overloaded his bike and driven too fast (para. 62). He gave a number of reasons for rejecting this evidence. The judge noted that his own findings of fact on the issues of speed and weight were markedly different than the facts assumed by the expert in formulating his opinion. The judge found as a fact that the motorcycle was overloaded to the extent of more than 100 pounds, in other words by a factor of nearly 10 percent, while the expert assumed considerably less overloading — no more than 5 percent. The judge found as a fact that the defendant had exceeded a proper speed by at least 30 km/h (based on a safe travelling speed of approximately 90 km/h in all of the circumstances, as found by the trial judge), whereas the expert assumed an excess speed of about 12.5 km/h (para. 60). The judge further noted that the expert had “readily conceded” that his opinion that the excess speed and weight were non-contributing factors was “largely conjectural” because it “could not be supported scientifically” (para. 60 (emphasis added)).

[52] Having rejected the defendant’s expert evidence that the accident would have happened regardless of the excess speed and excess weight, the judge was left with the fact that while there was no

lequel ou lesquels des acteurs négligents ont causé le préjudice. Il s’agit d’une affaire ordinaire mettant en cause un seul défendeur : la seule question litigieuse consistait à se demander si, « n’eût été » la conduite négligente du défendeur, le préjudice aurait été subi.

[51] Le juge a retenu la preuve indiquant qu’une surcharge aurait pour effet d’accroître l’instabilité en cas de zigzags causés par le dégonflement d’un pneu (par. 41). Il a aussi fait état de la preuve d’expert indiquant que l’instabilité due au dégonflement d’un pneu augmente avec la vitesse et qu’il était impossible, en l’absence de tests, de déterminer si la moto se serait renversée à une vitesse moindre (par. 42). Le juge du procès a cependant rejeté le témoignage de l’expert, M. MacInnis, selon lequel l’accident se serait produit même si le défendeur n’avait pas fait montre de négligence en surchargeant sa moto et en la conduisant trop rapidement (par. 62). Il a donné plusieurs raisons pour motiver le rejet de cette preuve. Le juge a souligné que ses propres conclusions de fait sur la vitesse et le poids de la moto différaient de façon marquée des faits sur lesquels s’était basé l’expert pour formuler son opinion. Le juge a retenu le fait que la moto était surchargée de plus de 100 livres, autrement dit dans une proportion de presque 10 p. 100, alors que l’expert avait supposé une surcharge considérablement inférieure — au plus 5 p. 100. Le juge a également retenu le fait que le défendeur avait dépassé d’au moins 30 km/h la vitesse convenable (sur la base de sa conclusion que, eu égard à l’ensemble des circonstances, une vitesse de 90 km/h aurait été sécuritaire), tandis que l’expert avait supposé que le défendeur l’avait dépassée d’environ 12,5 km/h (par. 60). Le juge a ajouté que l’expert avait [TRADUCTION] « volontiers concédé » que son opinion — selon laquelle la vitesse et le poids excessifs n’avaient pas contribué à l’accident — relevait « en grande partie de la conjecture » parce qu’elle « ne pouvait pas être étayée scientifiquement » (par. 60 (je souligne)).

[52] Ayant rejeté le témoignage de l’expert du défendeur selon lequel l’accident se serait produit indépendamment de la vitesse et du poids excessifs, il restait néanmoins le fait que, malgré l’absence de

scientific proof one way or the other, “[o]rdinary common sense” supported the causal relationship between the injury and the excessive speed and weight (paras. 63-64). He noted, at para. 64, that the motorcycle’s manual itself stated that “[h]igh speed increases the influence of any other condition affecting stability and possibility of loss of control”, and that the defendant agreed the speed at which he was travelling and the load he was carrying were factors that contributed to the accident (para. 33). Finally, the trial judge used language tantamount to finding actual “but for” causation, stating (at para. 67):

I conclude on all of the evidence that the defendant’s breaches of duty materially contributed to the injuries suffered by the plaintiff as a result of the accident. In short, her injuries were the result of her husband driving too fast with too heavy a load when his rear tire unexpectedly deflated. Causation is therefore established within the parameters discussed by the Supreme Court of Canada in *Athey* and *Resurfice*. [Emphasis added.]

[53] We cannot be certain what the trial judge would have concluded had he not made the errors I earlier described. All that can be said is that the parties did not receive a trial based on correct legal principles. In my view, the appropriate remedy in these circumstances is an order for a new trial.

[54] I would allow the appeal and order a new trial. The appellant will have her costs in this Court. The orders for costs below are set aside.

The reasons of LeBel and Rothstein JJ. were delivered by

[55] LEBEL J. (dissenting) — I have read the Chief Justice’s reasons. I agree with the substance of her analysis of the law of causation and the nature of the “but for” test. But, in my respectful opinion,

preuve scientifique appuyant une thèse ou l’autre, le [TRADUCTION] « [b]on sens ordinaire » étayait l’existence d’un lien de causalité entre, d’une part, le préjudice et, d’autre part, la vitesse et le poids excessifs (par. 63-64). Il a souligné que, aux termes mêmes du manuel d’utilisation de la moto, [TRADUCTION] « [l]a conduite à haute vitesse accroît l’influence de tous les autres facteurs touchant la stabilité et le risque de perte de maîtrise » (par. 64), et que le défendeur avait admis que la vitesse à laquelle il conduisait et la charge qu’il transportait avaient contribué à l’accident (par. 33). Enfin, le juge de première instance a utilisé des termes assimilables à une véritable conclusion de causalité fondée sur un facteur déterminant (par. 67) :

[TRADUCTION] Je conclus de l’ensemble de la preuve que les manquements du défendeur à son obligation de diligence ont contribué de façon appréciable aux blessures subies par la demanderesse en conséquence de l’accident. Bref, ses blessures sont le résultat de la conduite trop rapide de son mari et de la surcharge qu’il transportait au moment où le pneu arrière de sa moto s’est dégonflé de façon inattendue. La causalité est donc établie dans le respect des paramètres examinés par la Cour suprême du Canada dans *Athey* et *Resurfice*. [Je souligne.]

[53] On ne saurait dire avec certitude quelle aurait été la conclusion du juge de première instance s’il n’avait pas commis les erreurs décrites précédemment. Tout ce que l’on peut dire, c’est que les parties n’ont pas eu droit à un procès fondé sur les bons principes juridiques. À mon avis, la réparation convenable dans les circonstances consiste à ordonner un nouveau procès.

[54] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès. L’appelante a droit à ses dépens devant notre Cour. Les ordonnances des juridictions inférieures relativement aux dépens sont annulées.

Version française des motifs des juges LeBel et Rothstein rendus par

[55] LE JUGE LEBEL (dissident) — J’ai pris connaissance des motifs de la Juge en chef. Je souscris pour l’essentiel à son analyse du droit relatif à la causalité et de la nature du critère du

there is no basis in fact and law for ordering a new trial. I would uphold the judgment of the Court of Appeal and dismiss the appeal.

[56] The key finding of fact made by the trial judge was that the plaintiff had not proven causation on the basis of the “but for” test. The trial judge specifically stated, at para. 66, that the plaintiff had been “unable to prove that ‘but for’ the defendant’s breaches, she would not have been injured” (2009 BCSC 112 (CanLII)). Given this finding, it would be exceedingly difficult to draw a common sense inference that those breaches caused the accident. Such inferences cannot be pulled out of thin air at the whim of the trier of fact. They must have a reliable factual foundation.

[57] In this case, a factual foundation that would support an inference that the overloading of the motorcycle and excessive speed caused the accident is quite simply lacking. The only evidence directly related to the issue came from the respondent’s expert, Mr. MacInnis. According to his evidence, the accident would have happened even if the motorcycle had been travelling at a lower, legal speed and without a pound of excess baggage. The trial judge evidently rejected this opinion. The fact remains, however, that no evidence was adduced regarding the exact (or even approximate) speed and weight at which the respondent would have been able to regain control of his motorcycle. The state of the evidence therefore leaves precious little room for speculating about robust common sense inferences as to the cause of the accident.

[58] The Chief Justice takes a different view. She states, at para. 52, that the trial judge “used language tantamount to finding actual ‘but for’ causation”. She quotes the following passage from para. 67 of the trial judge’s reasons:

« facteur déterminant » (critère parfois décrit aussi au moyen des mots « n’eût été »). À mon humble avis toutefois, rien ne justifie, en fait ou en droit, la tenue d’un nouveau procès. Je confirmerais donc l’arrêt de la Cour d’appel et rejetterais le pourvoi.

[56] Selon la principale conclusion de fait du juge de première instance, la demanderesse n’a pas établi l’existence d’un lien de causalité suivant le critère du « facteur déterminant ». Au paragraphe 66 de ses motifs, le juge mentionne explicitement que la demanderesse a été [TRADUCTION] « incapable de prouver que, “n’eût été” les manquements du défendeur, elle n’aurait pas été blessée » (2009 BCSC 112 (CanLII)). Compte tenu de cette conclusion, il serait excessivement difficile d’inférer, d’une manière conforme au bon sens, que ces manquements ont causé l’accident. Une telle inférence ne peut être tirée dans l’abstrait, au gré du juge des faits; elle doit reposer sur un fondement factuel fiable.

[57] Les faits de l’espèce ne permettent tout simplement pas d’inférer que la surcharge de la moto et la vitesse excessive ont causé l’accident. La seule preuve portant directement sur ce point a été produite par M. MacInnis, l’expert cité par l’intimé. Selon la déposition de cet expert, l’accident se serait produit même si l’intimé avait conduit plus lentement, à une vitesse respectant la limite permise et sans aucune surcharge. Le juge de première instance a de toute évidence rejeté cette opinion. Le fait est, toutefois, qu’il n’a été présenté aucun élément de preuve sur la combinaison exacte (ou même approximative) de vitesse et de poids à laquelle l’intimé aurait été en mesure de reprendre la maîtrise de sa moto. La preuve disponible laisse donc très peu de place pour les conjectures et pour de solides inférences conformes au bon sens sur la cause de l’accident.

[58] La Juge en chef adopte un point de vue différent. Elle affirme, au par. 52, que le juge de première instance « a utilisé des termes assimilables à une véritable conclusion de causalité fondée sur un facteur déterminant ». Elle cite le passage suivant du par. 67 des motifs du juge du procès :

I conclude on all of the evidence that the defendant's breaches of duty materially contributed to the injuries suffered by the plaintiff as a result of the accident. In short, her injuries were the result of her husband driving too fast with too heavy a load when his rear tire unexpectedly deflated. Causation is therefore established within the parameters discussed by the Supreme Court of Canada in *Athey* [*v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458] and *Resurfice* [*Corp. v. Hanke*, 2007 SCC 7, [2007] 1 S.C.R. 333].

[59] The trial judge's comments must be read in the context of his decision as a whole. He had determined that, in view of the impossibility of proving how, or whether, each factor had contributed to the accident, "but for" causation should be dispensed with and a "material contribution" test applied. The quoted comments were made in the context of his application of the latter test. They constituted his conclusion that the material contribution test had been satisfied.

[60] For the reasons given by the Chief Justice, the application of the material contribution test by the trial judge was inappropriate. Further, as the Chief Justice states, at para. 14, the "but for" and material contribution tests are "two different beasts". The material contribution test does not require a factual inquiry into what likely happened, but imposes liability as a matter of policy. The trial judge's finding that the material contribution test was satisfied cannot be reinterpreted as a finding that "but for" causation was established without seriously undermining the important distinction between the two tests and the clarity of the analysis pertaining to causation.

[61] Moreover, I wonder whether the order for a new trial itself represents sound judicial policy. I am not arguing that this Court lacks jurisdiction to issue this order and that the order is therefore illegal. But, on policy grounds related to the administration of justice and the conduct of civil appeals,

[TRANSLATION] Je conclus de l'ensemble de la preuve que les manquements du défendeur à son obligation de diligence ont contribué de façon appréciable aux blessures subies par la demanderesse en conséquence de l'accident. Bref, ses blessures sont le résultat de la conduite trop rapide de son mari et de la surcharge qu'il transportait au moment où le pneu arrière de sa moto s'est dégonflé de façon inattendue. La causalité est donc établie dans le respect des paramètres examinés par la Cour suprême du Canada dans *Athey* [*c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458] et *Resurfice* [*Corp. c. Hanke*, 2007 CSC 7, [2007] 1 R.C.S. 333].

[59] Il faut interpréter les commentaires du juge de première instance au regard de l'ensemble de sa décision. En effet, ce dernier a décidé que, compte tenu de l'impossibilité d'établir comment chacun des facteurs avait contribué à l'accident ou encore s'il y avait effectivement contribué, il convenait de faire l'économie du critère de la causalité fondée sur un facteur déterminant et d'appliquer celui de la « contribution appréciable ». Les propos cités ont été tenus dans le contexte de l'application du second critère et ils constituent la conclusion du juge selon laquelle ce critère avait été respecté.

[60] Pour les raisons qu'a données la Juge en chef, il ne convenait pas que le juge du procès applique le critère de la contribution appréciable. De plus, comme l'affirme la Juge en chef au par. 14, le critère du facteur déterminant et celui de la contribution appréciable sont « deux choses bien différentes ». Le second n'exige pas un examen des faits qui se sont vraisemblablement produits, mais il attribue la responsabilité pour des raisons de politique générale. On ne saurait considérer que la conclusion du juge de première instance selon laquelle il a été satisfait au critère de la contribution appréciable vaut également pour le critère de la causalité fondée sur un facteur déterminant, sans atténuer sérieusement la distinction importante qui existe entre les deux critères ainsi que la clarté de l'analyse relative au lien de causalité.

[61] En outre, je me demande si le fait d'ordonner la tenue d'un nouveau procès participe d'une saine politique judiciaire. Je ne prétends pas que notre Cour n'a pas compétence pour rendre cette ordonnance et que celle-ci est, de ce fait, illégale. Mais, pour des considérations de politique

this Court and courts of appeal should be mindful of the need for finality and efficiency in the civil litigation process. Where it is appropriate to do so, an attempt should be made to resolve the issues and thereby avoid sending the matter back for a new trial, which might itself trigger a new round of appeals.

[62] In this appeal, I am unable to find any basis in the trial judge's judgment for inferring that the overloading of the motorcycle and excessive speed could have been the "cause" of the accident as that term is understood in the context of the "but for" test. Nor is this a case in which it would be appropriate to send the matter back for a new trial.

[63] For those reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal allowed, LEBEL and ROTHSTEIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Dick Byl Law Corporation, Prince George.

Solicitors for the respondent: Miller Thomson, Vancouver.

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

générale touchant à l'administration de la justice et à la conduite des appels en matière civile, notre Cour et les cours d'appel doivent demeurer soucieuses d'assurer le caractère définitif et efficace du processus judiciaire en matière civile. Lorsqu'il convient de le faire, il faut tenter de résoudre les questions en litige et éviter ainsi de renvoyer l'affaire pour la tenue d'un nouveau procès, lui-même susceptible de donner lieu à une nouvelle série d'appels.

[62] En l'espèce, je ne peux trouver dans le jugement du juge du procès quelque fondement permettant d'inférer que la surcharge et la vitesse excessive de la moto ont pu être la « cause » de l'accident au sens où s'entend ce terme dans le contexte du critère du facteur déterminant. Nous ne sommes pas non plus en présence d'une affaire où il conviendrait d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[63] Pour ces motifs, je rejeterais le pourvoi avec dépens.

Pourvoi accueilli, les juges LEBEL et ROTHSTEIN sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : Dick Byl Law Corporation, Prince George.

Procureurs de l'intimé : Miller Thomson, Vancouver.

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Carmelo Venneri *Respondent*

INDEXED AS: R. v. VENNERI

2012 SCC 33

File No.: 34523.

2012: April 16; 2012: July 6.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Rothstein, Cromwell and Moldaver JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Narcotics — Possession for purpose of trafficking — Constructive or joint possession — Trial judge finding that accused conspired with others to engage in drug trafficking — Whether accused jointly possessed cocaine seized at co-conspirators' homes — Whether possession of cocaine was foreseeable consequence of conspiring to traffic in cocaine — Whether conviction of accused amounted to unreasonable verdict within meaning of s. 686(1)(a)(i) of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46 — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 5(2).

Criminal law — Criminal organization — Instructing commission of offence for criminal organization — Accused purchasing drugs from and supplying drugs to large drug-trafficking organization — Degree of organization or structure required to support finding that group constitutes “criminal organization” — Whether trial judge erred in finding that accused was member of criminal organization — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 467.1 “criminal organization”, s. 467.13.

Criminal law — Criminal organization — Commission of offence for criminal organization — Accused purchasing drugs from and supplying drugs to large drug-trafficking organization — Whether trial judge erred in finding that accused operated in association with criminal organization when he acted as its client and its supplier — Meaning of phrase “in association with” in s. 467.12 of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Carmelo Venneri *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. VENNERI

2012 CSC 33

N° du greffe : 34523.

2012 : 16 avril; 2012 : 6 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Rothstein, Cromwell et Moldaver.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Stupéfiants — Possession de drogue en vue d'en faire le trafic — Possession imputée ou conjointe — Conclusion du juge du procès selon laquelle l'accusé avait comploté avec d'autres en vue de se livrer au trafic de la drogue — L'accusé était-il en possession conjointe de la cocaïne saisie aux domiciles de cocomploteurs? — La possession de cocaïne était-elle une conséquence prévisible du complot en vue de faire le trafic de la cocaïne? — La condamnation de l'accusé équivaut-elle à un verdict déraisonnable au sens du sous-al. 686(1)a(i) du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(2).

Droit criminel — Organisation criminelle — Charger une personne de commettre une infraction au profit d'une organisation criminelle — Achat et vente de drogue par l'accusé à une vaste organisation de trafic de stupéfiants — Degré d'organisation ou de structure nécessaire pour fonder la conclusion qu'un groupe constitue une « organisation criminelle » — Le juge du procès a-t-il fait erreur en concluant que l'accusé était membre d'une organisation criminelle? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 467.1 « organisation criminelle », art. 467.13.

Droit criminel — Organisation criminelle — Pénétration d'une infraction au profit d'une organisation criminelle — Achat et vente de drogue par l'accusé à une vaste organisation de trafic de stupéfiants — Le juge du procès a-t-il fait erreur en concluant que l'accusé agissait en association avec l'organisation criminelle lorsqu'il était son client et son fournisseur? — Interprétation de l'expression « en association avec » à l'art. 467.12 du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

A police investigation called “Operation Piranha” revealed that D was operating a large drug-trafficking network in the Montréal area. The wiretap and physical surveillance eventually led to two large seizures of cocaine in October of 2005, from the homes of two accomplices of D. Following the seizures, D turned to V for assistance when his previous source refused to supply him with additional cocaine. It was then that V, who previously had purchased drugs from D, began to supply D instead. This arrangement ended in March of 2006 when V was arrested following a search of his home, where the police seized, among other things, nine grams of cocaine, a firearm, and a large sum of cash. The trial judge convicted V of eight offences, including the commission of an offence for a criminal organization (count 3), instructing the commission of an offence for a criminal organization (count 5), and possession of cocaine for the purpose of trafficking (count 4). The majority of the Court of Appeal entered acquittals for both criminal organization offences. It found that V was not a member of a criminal organization and had not trafficked in cocaine “for the benefit of” or “in association with” a criminal organization. It also quashed V’s conviction for possession of cocaine for the purpose of trafficking.

Held: The appeal should be allowed for the sole purpose of setting aside V’s acquittal on count 3.

The Crown failed to prove that the drugs seized bore any relation to the conspiracy of which V was a part. Absent that evidence, V’s conviction on the count of possession of cocaine for the purpose of trafficking amounts to an unreasonable verdict.

To secure a conviction under s. 467.13 of the *Criminal Code*, the Crown must prove, as a preliminary matter, the existence of a “criminal organization”, as defined in s. 467.1, and membership in it. By insisting that criminal groups be “organized”, Parliament has made plain that some form of structure and degree of continuity are required to engage the organized crime provisions that are part of the exceptional regime it has established under the *Criminal Code*. Courts must not limit the scope of the provision to the stereotypical model of organized crime. In this case, V was an associate of D rather than a member of his criminal organization. V operated with a high degree of independence and showed little or no apparent loyalty to D and his associates. They did not share mutual

Une enquête policière appelée « Opération Piranha » a révélé que D exploitait un vaste réseau de trafic de stupéfiants dans la région de Montréal. L’écoute électronique et la surveillance physique ont finalement mené à deux saisies importantes de cocaïne en octobre 2005, aux domiciles de deux complices de D. Après les saisies, D a demandé l’aide de V, car sa source refusait de lui fournir d’autre cocaïne. C’est alors que V, qui avait jusque-là acheté de la drogue de D, a commencé à l’approvisionner. Cet arrangement a pris fin en mars 2006 lorsque V a été arrêté à la suite d’une perquisition dans sa résidence, au cours de laquelle la police a saisi notamment neuf grammes de cocaïne, une arme à feu et une importante somme d’argent. Le juge du procès a déclaré V coupable de huit infractions, notamment de perpétration d’une infraction au profit d’une organisation criminelle (troisième chef); d’avoir chargé une personne de commettre une infraction au profit d’une organisation criminelle (cinquième chef); et de possession de cocaïne en vue d’en faire le trafic (quatrième chef). Les juges majoritaires de la Cour d’appel l’ont acquitté des deux infractions d’organisation criminelle. Ils ont conclu que V n’était pas membre d’une organisation criminelle et qu’il ne s’était pas livré au trafic de cocaïne « au profit » d’une organisation criminelle, ou « en association avec » elle. La Cour d’appel a également annulé la condamnation de V pour possession de cocaïne en vue d’en faire le trafic.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli à seule fin d’annuler l’acquiescement de V relativement au troisième chef.

Le ministère public n’a pas démontré que la drogue saisie avait un lien quelconque avec le complot dont V faisait partie. À défaut de preuve en ce sens, la condamnation de V relativement au chef de possession de cocaïne en vue d’en faire le trafic équivaut à un verdict déraisonnable.

Pour obtenir une déclaration de culpabilité sous le régime de l’art. 467.13 du *Code criminel*, le ministère public doit prouver, à titre préliminaire, l’existence d’une « organisation criminelle » au sens de l’art. 467.1 et l’appartenance à une organisation. En insistant sur l’existence d’un « mode d’organisation » du groupe criminel, le législateur indique clairement que l’application des dispositions sur le crime organisé incluses dans le régime exceptionnel qu’il a établi dans le *Code criminel* est assujettie à l’existence d’une structure quelconque et d’une certaine continuité. Les tribunaux ne doivent pas limiter le champ d’application de la définition législative au modèle stéréotypé du crime organisé. En l’espèce, V était un associé de D plutôt qu’un membre de son organisation

clients. Nor did V have any real stake or financial interest in D's organization. The dealings between V and D were autonomous transactions between like-minded criminals, each guided by their own self-interest. At all times, V was only a client or supplier of the organization — an independent opportunist. He played no role within the organization.

The fact that V was not a member of D's organization does not preclude a finding that V operated "in association with" the organization when he acted as its client and its supplier contrary to s. 467.12 of the *Criminal Code*. The phrase "in association with" captures offences that advance, at least to some degree, the interests of a criminal organization. It requires a connection between the predicate offence and the organization, as opposed to simply an association between the accused and the organization. The Crown must also demonstrate that an accused knowingly dealt with a criminal organization. There is ample evidence that V knew that D was operating a large drug-trafficking organization — or made himself wilfully blind to that obvious fact. And the evidence leaves no room for doubt as to the required nexus between D's organization and the offence of trafficking committed by V. The organization received a direct benefit from the commission of the offence.

Cases Cited

Distinguished: *Zanini v. The Queen*, [1967] S.C.R. 715; **referred to:** *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869; *R. v. Atkins*, 2010 ONCJ 262 (CanLII); *R. v. Speak*, 2005 CanLII 51121; *R. v. Sharifi*, [2011] O.J. No. 3985 (QL); *R. v. Battista*, 2011 ONSC 4771; *R. v. Terezakis*, 2007 BCCA 384, 223 C.C.C. (3d) 344; *R. v. Lindsay*, 2005 CanLII 24240; *R. v. Drecic*, 2011 ONCA 118, 276 O.A.C. 198; *R. v. Lindsay* (2004), 70 O.R. (3d) 131, aff'd 2009 ONCA 532, 245 C.C.C. (3d) 301.

Statutes and Regulations Cited

Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 5(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21, 465(1), 467.1 "criminal organization", 467.12, 467.13, 686(1)(a)(i).

criminelle. V agissait avec une grande indépendance et ne démontrait apparemment guère de loyauté, voire aucune, envers D et ses acolytes. Ils ne partageaient pas la même clientèle. V n'avait pas non plus de véritable intérêt, notamment financier, dans l'organisation de D. Les transactions entre V et D étaient des transactions autonomes entre deux criminels animés par les mêmes aspirations, chacun étant guidé par son propre intérêt. En tout temps, V n'a été que le client ou le fournisseur de l'organisation — un opportuniste indépendant. Il n'a joué aucun rôle au sein de l'organisation.

Le fait que V n'était pas membre de l'organisation de D n'empêche pas de conclure qu'il agissait « en association avec » l'organisation lorsqu'il était son client et son fournisseur et qu'il a ainsi commis l'infraction prévue à l'art. 467.12 du *Code criminel*. L'expression « en association avec » vise les infractions qui servent, au moins dans une certaine mesure, les intérêts d'une organisation criminelle. Cette expression exige un lien entre l'infraction sous-jacente et l'organisation, par opposition à un simple lien entre l'accusé et l'organisation. Le ministère public doit également démontrer que l'accusé faisait sciemment affaire avec une organisation criminelle. Une preuve abondante indique que V savait que D était à la tête d'une importante organisation de trafic de drogue — ou qu'il a délibérément ignoré cette évidence. Et cette preuve ne laisse place à aucun doute quant à l'existence du lien requis entre l'organisation de D et l'infraction de trafic commise par V. L'organisation a tiré un avantage direct de la perpétration de l'infraction.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt : *Zanini c. The Queen*, [1967] R.C.S. 715; **arrêts mentionnés :** *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *R. c. Atkins*, 2010 ONCJ 262 (CanLII); *R. c. Speak*, 2005 CanLII 51121; *R. c. Sharifi*, [2011] O.J. No. 3985 (QL); *R. c. Battista*, 2011 ONSC 4771; *R. c. Terezakis*, 2007 BCCA 384, 223 C.C.C. (3d) 344; *R. c. Lindsay*, 2005 CanLII 24240; *R. c. Drecic*, 2011 ONCA 118, 276 O.A.C. 198; *R. c. Lindsay* (2004), 70 O.R. (3d) 131, conf. par 2009 ONCA 532, 245 C.C.C. (3d) 301.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21, 465(1), 467.1 « organisation criminelle », 467.12, 467.13, 686(1)(a)(i).
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(2).

International Documents

United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2225 U.N.T.S. 275, arts. 2(a) “Organized criminal group”, (c) “Structured group”, 5.

Authors Cited

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence of the Standing Committee on Justice and Human Rights*, 1st Sess., 37th Parl., May 8, 2001 (online: <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=652649&Language=E&Mode=1&Parl=37&Ses=1>).

Grand Robert de la langue française (electronic version), “organisation”, “organiser”.

Hastie, Miles. “The Separate Offence of Committing a Crime ‘In Association with’ a Criminal Organization: Gang Symbols and Signs of Constitutional Problems” (2010), 14 *Can. Crim. L. Rev.* 79.

Orlova, Alexandra V., and James W. Moore. “‘Umbrellas’ or ‘Building Blocks’?: Defining International Terrorism and Transnational Organized Crime in International Law” (2005), 27 *Hous. J. Int’l L.* 267.

Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, 6th ed., vol. 2. Oxford: Oxford University Press, 2007, “organized”.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Beauregard, Rochon and Duval Hesler J.J.A.), 2011 QCCA 1957, [2011] J.Q. n° 15190 (QL), 2011 CarswellQue 11387, setting aside in part the convictions entered by St-Cyr J.C.Q., 2009 QCCQ 1916, [2009] J.Q. n° 1712 (QL), 2009 CarswellQue 1865. Appeal allowed in part.

Marc Cigana and Gaston Paul Langevin, for the appellant.

Marie-Hélène Giroux, Clément Monterosso and Vincent Desbiens, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

FISH J. —

I

[1] The respondent, Carmelo Venneri, was tried jointly with two other alleged members of a

Documents internationaux

Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 2225 R.T.N.U. 303, art. 2a) « groupe criminel organisé », c) « groupe structuré », 5.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages devant le Comité permanent de la justice et des droits de la personne*, 1^{re} sess., 37^e lég., 8 mai 2001 (en ligne : <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=652649&Language=F&Mode=1&Parl=37&Ses=1>).

Grand Robert de la langue française (version électronique), « organisation », « organiser ».

Hastie, Miles. « The Separate Offence of Committing a Crime “In Association with” a Criminal Organization : Gang Symbols and Signs of Constitutional Problems » (2010), 14 *R.C.D.P.* 79.

Orlova, Alexandra V., and James W. Moore. « “Umbrellas” or “Building Blocks”?: Defining International Terrorism and Transnational Organized Crime in International Law » (2005), 27 *Hous. J. Int’l L.* 267.

Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, 6th ed., vol. 2. Oxford : Oxford University Press, 2007, « organized ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Beauregard, Rochon et Duval Hesler), 2011 QCCA 1957, [2011] J.Q. n° 15190 (QL), 2011 CarswellQue 11387, qui a annulé en partie les déclarations de culpabilité inscrites par le juge St-Cyr de la Cour du Québec, 2009 QCCQ 1916, [2009] J.Q. n° 1712 (QL), 2009 CarswellQue 1865. Pourvoi accueilli en partie.

Marc Cigana et Gaston Paul Langevin, pour l’appelante.

Marie-Hélène Giroux, Clément Monterosso et Vincent Desbiens, pour l’intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE FISH —

I

[1] L’intimé, Carmelo Venneri, a subi son procès conjointement avec deux autres personnes,

criminal organization on a multi-count indictment. The trial judge convicted Venneri of eight offences, including the commission of an offence for a criminal organization, contrary to s. 467.12 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (count 3); instructing the commission of an offence for a criminal organization, contrary to s. 467.13 of the *Code* (count 5); and possession of cocaine for the purpose of trafficking, contrary to s. 5(2) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 (count 4) (2009 QCCQ 1916 (CanLII)).

[2] The Quebec Court of Appeal entered acquittals on counts 3 and 5, which both alleged criminal organization offences. For the majority, Beauregard J.A. found that Venneri was not a member of a criminal organization and had neither trafficked nor instructed anyone to traffic in cocaine “for the benefit of” or “in association with” a criminal organization, within the meaning of ss. 467.12 and 467.13 of the *Code* (2011 QCCA 1957 (CanLII)).

[3] The Court of Appeal also quashed Venneri’s conviction for possession of cocaine for the purpose of trafficking (count 4). The majority held, correctly in my view, that the evidence failed to demonstrate that Venneri jointly possessed the cocaine seized at the homes of two unindicted co-conspirators in October of 2005.

[4] In dissent, Duval Hesler J.A. (as she then was) found that the verdicts rendered by the trial judge were supported by the evidentiary record.

[5] I agree with Beauregard J.A. that the Crown failed to prove that Venneri was a member of a criminal organization. Unlike Beauregard J.A., however, I am satisfied that Venneri trafficked in cocaine “in association with” a criminal organization, as alleged in count 3 of the indictment.

supposément membres d’une organisation criminelle, pour répondre à plusieurs chefs d’accusation. Le juge du procès a déclaré M. Venneri coupable de huit infractions, notamment de perpétration d’une infraction au profit d’une organisation criminelle, infraction prévue à l’art. 467.12 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (troisième chef); d’avoir chargé une personne de commettre une infraction au profit d’une organisation criminelle, infraction prévue à l’art. 467.13 du *Code* (cinquième chef); et de possession de cocaïne en vue d’en faire le trafic, infraction prévue au par. 5(2) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19 (quatrième chef) (2009 QCCQ 1916 (CanLII)).

[2] La Cour d’appel du Québec l’a acquitté des troisième et cinquième chefs, qui portaient sur des infractions d’organisation criminelle. S’exprimant pour la majorité, le juge Beauregard a conclu que M. Venneri n’était pas membre d’une organisation criminelle et qu’il ne s’était pas livré ni n’avait chargé qui que ce soit de se livrer au trafic de la cocaïne « au profit » d’une organisation criminelle, ou « en association avec elle », au sens des art. 467.12 et 467.13 du *Code* (2011 QCCA 1957 (CanLII)).

[3] La Cour d’appel a également annulé la condamnation de M. Venneri pour possession de cocaïne en vue d’en faire le trafic (quatrième chef). Les juges majoritaires ont conclu, avec raison selon moi, que la preuve ne démontrait pas que M. Venneri était en possession conjointe de la cocaïne saisie aux domiciles de deux cocomploteurs non accusés en octobre 2005.

[4] En dissidence, la juge Duval Hesler (maintenant Juge en chef du Québec) a conclu que les verdicts prononcés par le juge du procès étaient étayés par la preuve au dossier.

[5] Je conviens avec le juge Beauregard que le ministère public n’a pas réussi à démontrer que M. Venneri était membre d’une organisation criminelle. Contrairement à lui, cependant, je suis convaincu que M. Venneri se livrait au trafic de la cocaïne « en association avec » une organisation criminelle, comme l’indiquait le troisième chef d’accusation.

[6] I would therefore affirm the acquittals entered by the Court of Appeal on counts 4 and 5, but restore Venneri's conviction on count 3.

II

[7] The charges against Venneri arose out of a police investigation called "Operation Piranha", which lasted nine months and, in March of 2006, resulted in the arrests of 23 individuals. During the course of the investigation, the police obtained two wiretap authorizations, pursuant to which they intercepted over 137,750 telephone conversations.

[8] The investigation revealed that Louis-Alain Dauphin was operating a large drug-trafficking network in the Montréal area. At the direction of Dauphin, an accomplice, Michael Russell, would transport the drugs from British Columbia to Quebec, where they were then stored at the homes of two other co-conspirators, Jean Bilodeau and Robert Marchand.

[9] The surveillance revealed as well that in the summer and fall of 2005, Venneri regularly purchased cocaine from Dauphin for the purpose of trafficking.

[10] The wiretap and physical surveillance eventually led to two large seizures of cocaine in October of 2005, from the homes of Marchand and Bilodeau. Following the seizures, Dauphin turned to Venneri for assistance when his previous source refused to supply him with additional cocaine. It was then that Venneri, who previously had *purchased* drugs from Dauphin, began to *supply* Dauphin instead.

[11] The trial judge found that Venneri then became [TRANSLATION] "an important pillar" in securing Dauphin's supply (para. 95). This arrangement ended in March of 2006 when Venneri was arrested following a search of his home, where the police seized, among other things, nine grams of cocaine, a firearm, and a large sum of cash.

[6] Je serais donc d'avis de confirmer les acquittements prononcés par la Cour d'appel à l'égard des quatrième et cinquième chefs, mais je rétablirais la condamnation de M. Venneri quant au troisième chef.

II

[7] Les accusations portées contre M. Venneri font suite à une enquête policière appelée « Opération Piranha », qui a duré neuf mois et mené à l'arrestation de 23 personnes en mars 2006. Au cours de l'enquête, la police a obtenu deux autorisations d'écoute électronique qui lui ont permis d'intercepter plus de 137 750 conversations téléphoniques.

[8] L'enquête a révélé que Louis-Alain Dauphin exploitait un vaste réseau de trafic de stupéfiants dans la région de Montréal. Suivant les ordres de M. Dauphin, un complice, Michael Russell, transportait la drogue de la Colombie-Britannique au Québec et l'entreposait chez deux autres cocomploters, Jean Bilodeau et Robert Marchand.

[9] La surveillance a également permis de découvrir que, pendant l'été et l'automne 2005, M. Venneri avait régulièrement acheté de la cocaïne auprès de M. Dauphin en vue d'en faire le trafic.

[10] L'écoute électronique et la surveillance physique ont finalement mené à deux saisies importantes de cocaïne en octobre 2005, chez M. Marchand et chez M. Bilodeau. Après les saisies, M. Dauphin a demandé l'aide de M. Venneri, car sa source refusait de lui fournir d'autre cocaïne. C'est alors que M. Venneri, qui avait jusque-là *acheté* de la drogue de M. Dauphin, a commencé à *l'approvisionner*.

[11] Le juge du procès a conclu que M. Venneri est alors devenu « un pilier important » en assurant l'approvisionnement de M. Dauphin (par. 95). Cet arrangement a pris fin en mars 2006 lorsque M. Venneri a été arrêté à la suite d'une perquisition dans sa résidence, au cours de laquelle la police a saisi notamment neuf grammes de cocaïne, une arme à feu et une importante somme d'argent.

[12] The trial judge found as well that Venneri had conspired with several others to engage in drug trafficking between July of 2005 and March of 2006. He based this conclusion on numerous intercepted telephone conversations, during which Venneri and others used coded language to negotiate prices and arrange deliveries of cocaine (paras. 55-57 and 104-11).

[13] Finally, with respect to the criminal organization offences, the trial judge concluded that Venneri was a member of Dauphin's organization and had instructed one of his co-accused, Jean-Daniel Blais, to traffic in drugs on the organization's behalf (para. 370).

[14] In the result, the trial judge convicted Venneri of conspiracy to traffic in narcotics; trafficking in narcotics; committing an offence for a criminal organization; possession of cocaine for the purpose of trafficking (two counts); instructing the commission of an offence for a criminal organization; possession of a prohibited weapon; and, possession of a restricted firearm.

III

[15] The Crown seeks to have Venneri's conviction on count 4 restored.

[16] The Court of Appeal quashed that conviction on the ground that it was unreasonable within the meaning of s. 686(1)(a)(i) of the *Code*. I agree with that conclusion: No properly instructed jury acting judicially could reasonably have rendered that verdict: *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at para. 36.

[17] The only evidence linking Venneri to the drugs seized at the homes of Marchand and Bilodeau was the presence of symbols and expressions on the cocaine packaging that were consistent with expressions used by Venneri in telephone conversations concerning drug deals. But nothing

[12] Le juge du procès a également conclu que M. Venneri avait comploté avec plusieurs autres personnes en vue de se livrer au trafic de stupéfiants entre juillet 2005 et mars 2006. Il a fondé cette conclusion sur les nombreuses conversations téléphoniques interceptées lors desquelles M. Venneri et d'autres personnes employaient un langage codé pour négocier le prix de la cocaïne et en organiser les livraisons (par. 55-57 et 104-111).

[13] Enfin, s'agissant des infractions d'organisation criminelle, le juge du procès a conclu que M. Venneri faisait partie de l'organisation de M. Dauphin et qu'il avait chargé l'un de ses coaccusés, Jean-Daniel Blais, de se livrer au trafic de stupéfiants pour le compte de l'organisation (par. 370).

[14] En définitive, le juge du procès a reconnu M. Venneri coupable de complot en vue de faire le trafic de stupéfiants; de trafic de stupéfiants; de perpétration d'une infraction au profit d'une organisation criminelle; de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic (deux chefs); d'avoir chargé une personne de commettre une infraction au profit d'une organisation criminelle; de possession d'une arme prohibée; et de possession d'une arme à feu à autorisation restreinte.

III

[15] Le ministère public demande que la déclaration de culpabilité de M. Venneri à l'égard du quatrième chef soit rétablie.

[16] La Cour d'appel a annulé cette condamnation pour le motif qu'elle était déraisonnable au sens du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code*. Je souscris à cette conclusion : aucun jury ayant reçu les directives appropriées et agissant d'une manière judiciaire n'aurait pu rendre ce verdict : *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 36.

[17] Le seul élément de preuve liant M. Venneri aux stupéfiants saisis chez M. Marchand et chez M. Bilodeau consistait en la présence, sur l'emballage de la cocaïne, de symboles et d'expressions correspondant aux expressions employées par M. Venneri au cours des conversations téléphoniques

indicates that those symbols were not used in other drug transactions completely unrelated to Venneri. In oral argument, the Crown conceded that there were no intercepted communications which explicitly linked Venneri to the drugs seized in 2005.

[18] The Crown contends that Venneri's conviction can be upheld pursuant to s. 21(2) of the *Code* because possession of cocaine was a foreseeable consequence of conspiring to traffic in cocaine.

[19] In this regard, the Crown relies on *Zanini v. The Queen*, [1967] S.C.R. 715, where, on the basis of s. 21(2), the accused was found guilty of possessing housebreaking instruments. Zanini formed a common intention with two others to carry out a break and enter, and then waited in a car with the motor running while his accomplices broke into the home with a screwdriver. The trial judge instructed the jury that they could find the accused guilty pursuant to s. 21(2) if they found that he knew or ought to have known that his accomplices would possess the tools necessary to carry out their joint purpose — the burglary they were found committing.

[20] On its facts, *Zanini* is plainly distinguishable from this case. In *Zanini*, there was a clear nexus between the housebreaking instruments found on the co-conspirators and the burglary they committed. As the Court explained, the housebreaking instrument in question, a screwdriver, "was in fact used to break in by the back door" (*Zanini*, at p. 720). In the present matter, no such nexus was established between the conspiracy involving Venneri and the drugs seized from the homes of Marchand and Bilodeau in 2005. Venneri was not Dauphin's only customer and the Crown failed to prove that the drugs seized bore any relation to the conspiracy of which he was a part.

portant sur les transactions de drogue. Or, rien n'indique que ces symboles n'ont pas servi à l'occasion d'autres transactions dans lesquelles M. Venneri n'a absolument rien à voir. À l'audition, le ministre public a admis qu'aucune des communications interceptées ne liait explicitement M. Venneri aux stupéfiants saisis en 2005.

[18] Le ministère public prétend que la déclaration de culpabilité de M. Venneri peut être rétablie par l'application du par. 21(2) du *Code*, parce que la possession de cocaïne est une conséquence prévisible du complot en vue de faire le trafic de la cocaïne.

[19] À cet égard, le ministère public cite l'affaire *Zanini c. The Queen*, [1967] R.C.S. 715, dans laquelle l'accusé a été reconnu coupable de possession d'instruments d'effraction sur le fondement du par. 21(2). M. Zanini avait formé avec deux autres personnes le projet de s'introduire par effraction dans une maison et avait attendu dans une voiture en marche pendant que ses complices entraient dans la maison à l'aide d'un tournevis. Le juge du procès a informé le jury qu'il pouvait prononcer un verdict de culpabilité en application du par. 21(2) s'il estimait que l'accusé savait ou aurait dû savoir que ses complices possédaient les outils nécessaires pour mettre leur projet commun à exécution — le cambriolage qu'ils ont commis.

[20] Sur le plan factuel, l'affaire *Zanini* se distingue manifestement de la présente espèce. Dans *Zanini*, il existait un lien clair entre les instruments d'effraction trouvés entre les mains des cocoploteurs et le cambriolage qu'ils ont commis. Comme la Cour l'a expliqué, l'instrument de cambriolage en question, un tournevis, [TRADUCTION] « avait en fait servi à entrer par effraction par la porte arrière » (*Zanini*, p. 720). En l'espèce, aucun lien de la sorte n'a été établi entre le complot auquel M. Venneri était partie et les stupéfiants saisis chez M. Marchand et chez M. Bilodeau en 2005. M. Venneri n'était pas le seul client de M. Dauphin et le ministère public n'a pas démontré que la drogue saisie avait un lien quelconque avec le complot dont il faisait partie.

[21] Absent that evidence, Venneri's conviction on count 4 amounts to an unreasonable verdict, a conclusion supported by the absence in the judgment at trial of any reasons to support a finding that Venneri had constructive or joint possession of the cocaine seized in 2005: see *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, at paras. 34 and 38.

[22] The Crown also argues that the conviction can be upheld solely on the basis of the conspiracy between Venneri and others to traffic in cocaine. In essence, the Crown maintains that the ongoing communications between Venneri and other members of the conspiracy demonstrate that he must have possessed cocaine, alone or in common with others, at some point between July of 2005 and March of 2006. In my view, the Crown is not relieved of proving the elements of possession simply by establishing the existence of a conspiracy to traffic in cocaine.

IV

[23] I turn now to consider the criminal organization offences alleged against Venneri.

[24] The Crown maintains that Venneri, as a *member* of Dauphin's organization, instructed another individual to traffic in cocaine for the "benefit of, at the direction of, or in association with" the organization, contrary to s. 467.13 of the *Code*. Section 467.13 provides:

467.13 (1) Every person who is one of the persons who constitute a criminal organization and who knowingly instructs, directly or indirectly, any person to commit an offence under this or any other Act of Parliament for the benefit of, at the direction of, or in association with, the criminal organization is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life.

(2) In a prosecution for an offence under subsection (1), it is not necessary for the prosecutor to prove that

[21] À défaut de preuve en ce sens, la condamnation de M. Venneri relativement au quatrième chef équivaut à un verdict déraisonnable — conclusion étayée par l'absence, dans le jugement de première instance, de motifs permettant de conclure à la possession imputée ou conjointe par M. Venneri de la cocaïne saisie en 2005 : voir *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, par. 34 et 38.

[22] Le ministère public soutient en outre que la déclaration de culpabilité peut être rétablie sur le seul fondement du complot entre M. Venneri et d'autres personnes en vue de faire le trafic de la cocaïne. Essentiellement, le ministère public soutient que la continuité des communications entre M. Venneri et les autres participants au complot démontre que M. Venneri doit avoir été en possession de la cocaïne, seul ou avec les autres, à un moment donné entre juillet 2005 et mars 2006. À mon avis, le ministère public n'est pas dispensé du fardeau de prouver les éléments de la possession simplement parce qu'il a établi l'existence d'un complot en vue du trafic de cocaïne.

IV

[23] J'examinerai maintenant les infractions d'organisation criminelle que l'on reproche à M. Venneri.

[24] Le ministère public soutient que M. Venneri, en tant que *membre* de l'organisation de M. Dauphin, a chargé un autre individu de se livrer au trafic de la cocaïne « au profit ou sous la direction » de l'organisation ou « en association avec elle », et a commis ainsi l'infraction prévue à l'art. 467.13 du *Code*, qui prévoit :

467.13 (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement à perpétuité quiconque fait partie d'une organisation criminelle et, sciemment, charge directement ou indirectement une personne de commettre une infraction prévue à la présente loi ou à une autre loi fédérale au profit ou sous la direction de l'organisation criminelle, ou en association avec elle.

(2) Dans une poursuite pour l'infraction prévue au paragraphe (1), le poursuivant n'a pas à établir les faits suivants :

- (a) an offence other than the offence under subsection (1) was actually committed;
- (b) the accused instructed a particular person to commit an offence; or
- (c) the accused knew the identity of all of the persons who constitute the criminal organization.

[25] To secure a conviction under s. 467.13, the Crown must prove, as a preliminary matter, the existence of a criminal organization and Venneri's membership in it. "Criminal organization" is defined in s. 467.1 as follows:

467.1 (1) . . .

"criminal organization" means a group, however organized, that

- (a) is composed of three or more persons in or outside Canada; and
- (b) has as one of its main purposes or main activities the facilitation or commission of one or more serious offences that, if committed, would likely result in the direct or indirect receipt of a material benefit, including a financial benefit, by the group or by any of the persons who constitute the group.

It does not include a group of persons that forms randomly for the immediate commission of a single offence.

[26] The parties disagree as to the degree of organization or structure required to support a finding that a group of three or more persons constitutes a criminal organization under the *Code*.

[27] Some trial courts have found that very little or no organization is required before a group of individuals are potentially captured by the regime: see *R. v. Atkins*, 2010 ONCJ 262 (CanLII); *R. v. Speak*, 2005 CanLII 51121 (Ont. S.C.J.). Others, properly in my view, have held that while the definition must be applied "flexibly", structure and continuity are still important features that differentiate criminal organizations from other groups of offenders who sometimes act in concert: see *R. v. Sharifi*, [2011] O.J. No. 3985 (QL) (S.C.J.), at paras.

- a) une infraction, autre que celle prévue à ce paragraphe, a réellement été commise;
- b) l'accusé a chargé une personne en particulier de commettre l'infraction;
- c) l'accusé connaissait l'identité de toutes les personnes faisant partie de l'organisation criminelle.

[25] Pour obtenir une déclaration de culpabilité sous le régime de l'art. 467.13, le ministère public doit prouver, à titre préliminaire, l'existence d'une organisation criminelle et l'appartenance de M. Venneri à cette organisation. La définition d'une « organisation criminelle » figure à l'art. 467.1 :

467.1 (1) . . .

« organisation criminelle » Groupe, quel qu'en soit le mode d'organisation :

- a) composé d'au moins trois personnes se trouvant au Canada ou à l'étranger;
- b) dont un des objets principaux ou une des activités principales est de commettre ou de faciliter une ou plusieurs infractions graves qui, si elles étaient commises, pourraient lui procurer — ou procurer à une personne qui en fait partie —, directement ou indirectement, un avantage matériel, notamment financier.

La présente définition ne vise pas le groupe d'individus formé au hasard pour la perpétration immédiate d'une seule infraction.

[26] Les parties ne s'entendent pas sur le degré d'organisation ou de structure nécessaire pour fonder la conclusion qu'un groupe de trois personnes ou plus constitue une organisation criminelle au sens du *Code*.

[27] Certains tribunaux de première instance ont conclu qu'il fallait très peu d'organisation, voire aucune, pour qu'un groupe de personnes puisse être visé par le régime : voir *R. c. Atkins*, 2010 ONCJ 262 (CanLII); *R. c. Speak*, 2005 CanLII 51121 (C.S.J. Ont.). D'autres, à juste titre selon moi, ont conclu que, bien que la définition doive être appliquée « avec souplesse », la structure et la continuité demeurent des caractéristiques importantes pour différencier les organisations criminelles des autres groupes de contrevenants qui agissent parfois de concert : voir *R. c. Sharifi*, [2011] O.J. No.

37 and 39; *R. v. Battista*, 2011 ONSC 4771, at para. 16.

[28] In *R. v. Terezakis*, 2007 BCCA 384, 223 C.C.C. (3d) 344, Mackenzie J.A. explained in these terms the need for flexibility in applying the statutory definition of “criminal organization”:

The underlying reality is that criminal organizations have no incentive to conform to any formal structure recognized in law, in part because the law will not assist in enforcing illegal obligations or transactions. That requires a flexible definition that is capable of capturing criminal organizations in all their protean forms. [para. 34]

[29] I agree with Mackenzie J.A. that a flexible approach favours the objectives of the legislative regime. In this context, flexibility signifies a purposive approach that eschews undue rigidity. That said, by insisting that criminal groups be “organized”, Parliament has made plain that some form of structure and degree of continuity are required to engage the organized crime provisions that are part of the exceptional regime it has established under the *Code*.

[30] Qualifying “organized” in s. 467.1 by “however” cannot, as a matter of language or logic, be taken to signify that no element of organization is required at all. “Organized” necessarily connotes *some form* of structure and co-ordination, as appears from the definition of “organized” in the *Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (6th ed. 2007), vol. 2:

Formed into a whole with interdependent parts; coordinated so as to form an orderly structure; systematically arranged. [Emphasis added; p. 2023.]

In French, the definitions in *Le Grand Robert de la langue française* (electronic version) are consistent with this: it defines the noun “*organisation*” as the [TRANSLATION] “[a]ction of organizing (something); the result of such an action” and the verb “*organiser*” as “[t]o give a specific structure

3985 (QL) (C.S.J.), par. 37 et 39; *R. c. Battista*, 2011 ONSC 4771, No. 08-G30391, 9 août 2011, par. 16.

[28] Dans *R. c. Terezakis*, 2007 BCCA 384, 223 C.C.C. (3d) 344, le juge Mackenzie a expliqué dans les termes suivants qu’il était nécessaire de faire preuve de souplesse dans l’application de la définition légale d’une « organisation criminelle » :

[TRADUCTION] La réalité sous-jacente est que les organisations criminelles n’ont aucune raison de se conformer à une quelconque structure reconnue légalement, notamment parce que le droit n’est d’aucun secours pour obtenir l’exécution d’obligations ou d’opérations illégales. Il faut donc appliquer une définition souple pouvant englober les organisations criminelles dans toutes leurs formes les plus diverses. [par. 34]

[29] Je partage l’opinion du juge Mackenzie qu’une approche souple favorise la réalisation des objectifs du régime législatif. Dans le présent contexte, faire preuve de souplesse signifie adopter une approche téléologique qui exclut toute rigidité excessive. Cela dit, en insistant sur l’existence d’un « mode d’organisation » du groupe criminel, le législateur indique clairement que l’application des dispositions sur le crime organisé incluses dans le régime exceptionnel qu’il a établi dans le *Code* est assujettie à l’existence d’une structure quelconque et d’une certaine continuité.

[30] Sur le plan linguistique ou logique, le concept d’« organisation » nuancé par les termes « quel qu’en soit le mode » figurant à l’art. 467.1 ne peut pas être considéré comme n’exigeant absolument aucun élément d’organisation. Le terme « organisation » sous-entend nécessairement une *certaine forme* de structure et de coordination, comme le confirme *Le Grand Robert de la langue française* (version électronique), qui définit le terme « organisation » comme l’« [a]ction d’organiser (qqch.); son résultat » et selon lequel le terme « organiser » signifie « [d]oter d’une structure ou d’une constitution déterminée, d’un ordre, d’un mode de fonctionnement, d’administration ». En anglais, le *Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (6^e éd. 2007), vol. 2, va dans le même sens, définissant ainsi le terme « *organized* » : [TRADUCTION] « Constitué de parties interdépendantes formant un

or composition, order, or method of functioning or administration to” (emphasis added).

[31] “However” and “organized” — the two words read together, as they are written — are complementary and not contradictory. Thus, the phrase “*however organized*” is meant to capture differently structured criminal organizations. But the group must nonetheless, at least to some degree, be organized. Disregarding the requirement of organization would cast a net broader than that intended by Parliament.

[32] The *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 2225 U.N.T.S. 275, also suggests that some degree of structure is required of a group before the statutory scheme is triggered. Canada has an obligation under the Convention to establish criminal offences which target participation in the activities of an “organized criminal group” (see Art. 5). The Convention defines “organized criminal group” this way:

(a) “Organized criminal group” shall mean a structured group of three or more persons, existing for a period of time and acting in concert with the aim of committing one or more serious crimes or offences established in accordance with this Convention, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit;

. . .

(c) “Structured group” shall mean a group that is not randomly formed for the immediate commission of an offence and that does not need to have formally defined roles for its members, continuity of its membership or a developed structure; [Art. 2]

[33] The similarities between the definition of “criminal organization” in the *Code* and the definition of “organized criminal group” in the Convention are self-evident. And, notably, while the Convention does not require a “developed

ensemble; coordonné de façon à former une structure ordonnée; agencé de façon systématique » (p. 2023 (je souligne)).

[31] Les termes « quel qu’en soit le mode » et « organisation » — tels qu’ils sont agencés — sont complémentaires, et non contradictoires. Ainsi, l’expression « *quel qu’en soit le mode d’organisation* » vise à englober les organisations criminelles structurées de différentes façons. Le groupe doit toutefois, au moins dans une certaine mesure, avoir un mode d’organisation. Faire abstraction de cet élément d’organisation qui est essentiel conférerait à la définition une portée plus large que celle voulue par le législateur.

[32] La *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, 2225 R.T.N.U. 303, indique également que le groupe doit être structuré, dans une certaine mesure, pour être assujéti au régime législatif. La Convention impose au Canada l’obligation de créer des infractions criminelles visant la participation aux activités d’un « groupe criminel organisé » (voir l’Art. 5). La Convention définit ainsi l’expression « groupe criminel organisé » :

a) L’expression « groupe criminel organisé » désigne un groupe structuré de trois personnes ou plus existant depuis un certain temps et agissant de concert dans le but de commettre une ou plusieurs infractions graves ou infractions établies conformément à la présente Convention, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel;

. . .

c) L’expression « groupe structuré » désigne un groupe qui ne s’est pas constitué au hasard pour commettre immédiatement une infraction et qui n’a pas nécessairement de rôles formellement définis pour ses membres, de continuité dans sa composition ou de structure élaborée; [Art. 2]

[33] Les similitudes entre la définition d’une « organisation criminelle », dans le *Code*, et celle d’un « groupe criminel organisé », dans la Convention, sautent aux yeux. Et il faut souligner que, bien que la Convention n’exige pas de « structure élaborée »,

structure”, an “organized criminal group” must nonetheless be “structured”.

[34] Comments made by the Minister of Justice and Attorney General of Canada during the enactment of Bill C-24 confirm that its target was *organized* crime. As the then-Minister explained:

One of the major initiatives of Bill C-24 addresses participation in the activities of criminal organizations in a new and powerful way. First, we have proposed a new definition of “criminal organization” with new offences and sentencing regimes, which will make it easier to target and punish organized criminal activity. [Emphasis added.]

(Hon. Anne McLellan, *Evidence of the Standing Committee on Justice and Human Rights*, No. 11, 1st Sess., 37th Parl., May 8, 2001, at 8:45)

[35] The structured nature of targeted criminal organizations also sets them apart from criminal conspiracies: see *Sharifi*, at para. 39. Stripped of the features of continuity and structure, “organized crime” simply becomes all serious crime committed by a group of three or more persons for a material benefit. Parliament has already criminalized that activity through the offences of conspiracy, aiding and abetting, and the “common intention” provisions of the *Code* (see, e.g., ss. 21 and 465(1)). The increased penalties and stigma associated with the organized crime regime distinguish it from these offences.

[36] Working collectively rather than alone carries with it advantages to criminals who form or join organized groups of like-minded felons. Organized criminal entities thrive and expand their reach by developing specializations and dividing labour accordingly; fostering trust and loyalty within the organization; sharing customers, financial resources, and insider knowledge; and, in some circumstances, developing a reputation for violence. A group that operates with even a minimal degree of organization over a period of time is bound to capitalize

un « groupe criminel organisé » doit néanmoins être « structuré ».

[34] Les commentaires formulés par le ministre de la Justice et le procureur général du Canada avant l’adoption du projet de loi C-24 confirment qu’il visait le crime *organisé*. Comme le ministre de l’époque l’a expliqué :

Une des grandes initiatives du projet de loi C-24 consiste à considérer la participation aux activités d’organisations criminelles de manière nouvelle et très ferme. Premièrement, nous avons proposé une nouvelle définition de l’expression « organisation criminelle », avec de nouvelles infractions et de nouveaux régimes de sanctions qui permettront aux autorités de cibler et de sanctionner les activités d’organisations criminelles. [Je souligne.]

(Hon. Anne McLellan, *Témoignages devant le Comité permanent de la justice et des droits de la personne*, n^o 11, 1^{re} sess., 37^e lég., 8 mai 2001, à 8 h 45)

[35] La nature structurée des organisations criminelles visées les distingue également des complots criminels : voir *Sharifi*, par. 39. Amputé de ses caractéristiques de continuité et de structure, le « crime organisé » correspondrait simplement à tous les crimes graves commis par un groupe de trois personnes ou plus pour en tirer un avantage matériel. Le législateur a déjà criminalisé cette activité au moyen des dispositions du *Code* traitant des infractions de complot, de complicité et d’« intention commune » (voir, p. ex., l’art. 21 et le par. 465(1)). La réprobation sociale et les peines plus importantes associées au crime organisé le distinguent de ces infractions.

[36] Travailler collectivement plutôt qu’individuellement comporte des avantages pour les criminels qui créent des groupes organisés de malfaiteurs animés par les mêmes aspirations ou qui se joignent à ces groupes. Les entités criminelles organisées prospèrent et étendent leur emprise en développant des spécialités et en divisant le travail en conséquence; en favorisant un climat de confiance et de loyauté au sein de l’organisation; en partageant la clientèle, les ressources financières et l’information privilégiée; et, dans certaines

on these advantages and acquire a level of sophistication and expertise that poses an enhanced threat to the surrounding community.

[37] Counsel for Venneri suggests that the criteria outlined in *R. v. Lindsay*, 2005 CanLII 24240 (Ont. S.C.J.), and considered in *Battista*, should be accepted by this Court as a means by which to gauge whether a given group has the necessary attributes of a criminal organization (see paras. 854-62). The “common” characteristics of criminal organizations identified in *Lindsay* may well be “common” to highly sophisticated criminal entities, such as notorious motorcycle gangs, Colombian drug cartels, and American “crime families”.

[38] Care must be taken, however, not to transform the shared attributes of one type of criminal organization into a “checklist” that needs to be satisfied in every case. None of these attributes are explicitly required by the *Code*, and a group that lacks them all may nonetheless satisfy the statutory definition of “criminal organization”.

[39] The difficulty and disadvantage of setting out what may be perceived as a prescriptive “checklist” is aptly described by Alexandra Orlova and James Moore in the following passage:

It is notable that while the definition of an “organized criminal group” refers to some elements that characterize such groups, other equally valid elements, frequently discussed in legal and academic debates, are omitted. For example, no references are made to the potential for the utilization of violence and corruption, which are arguably some of the most commonly utilized methods by organized criminal entities. In part, the omissions are understandable as it is rather difficult and arguably not that useful to create a “check-list” definition of organized crime that incorporates all possible elements of organized criminal groups. The challenge of creating a comprehensive “check-list” stems in part from the lack of consistency between organized criminal groups as well as their constantly changing and evolving nature as a response to changes in

circumstances, en se taillant une réputation fondée sur la violence. Tout groupe un tant soit peu organisé qui exerce ses activités pendant un certain temps tire forcément parti de ces avantages et atteint un niveau de complexité et d’expertise qui pose un risque plus élevé pour la collectivité environnante.

[37] L’avocate de M. Venneri fait valoir que la Cour devrait retenir les critères établis dans *R. c. Lindsay*, 2005 CanLII 24240 (C.S.J. Ont.), et mentionnés dans *Battista*, comme méthode servant à déterminer si un groupe donné possède les attributs nécessaires d’une organisation criminelle (voir par. 854-862). Les caractéristiques [TRADUCTION] « courantes » des organisations criminelles décrites dans *Lindsay* peuvent fort bien être « courantes » pour les entités criminelles complexes telles que les groupes de motards connus, les cartels de la drogue de la Colombie et les « familles mafieuses » américaines.

[38] Il faut toutefois se garder de convertir les attributs courants d’un type d’organisation criminelle en une « liste de contrôle » applicable dans tous les cas. Aucun de ces attributs n’est expressément requis par le *Code*, et un groupe qui n’en posséderait aucun pourrait néanmoins répondre à la définition d’« organisation criminelle ».

[39] La difficulté et l’inconvénient d’établir ce qui pourrait ressembler à une « liste de contrôle » normative sont bien décrits par Alexandra Orlova et James Moore dans le passage suivant :

[TRADUCTION] On constate que, bien que la définition d’un « groupe criminel organisé » renvoie à certains éléments qui caractérisent ces groupes, d’autres éléments tout aussi valables et fréquemment évoqués dans les milieux juridiques et universitaires ne sont pas mentionnés. Par exemple, il n’est pas fait allusion au recours potentiel à la violence et à la corruption, qui pourraient sans doute être considérées comme des moyens parmi les plus couramment employés par les entités criminelles organisées. En partie, ces omissions sont compréhensibles puisqu’il n’est pas vraiment facile, et peut-être pas très utile, de définir le crime organisé au moyen d’une « liste de contrôle » incorporant tous les éléments possibles d’un groupe criminel organisé. La difficulté d’établir une « liste de contrôle » exhaustive tient en partie à l’hétérogénéité des groupes criminels

legitimate societal structures. [Emphasis added; footnotes omitted.]

(“Umbrellas’ or ‘Building Blocks’?: Defining International Terrorism and Transnational Organized Crime in International Law” (2005), 27 *Hous. J. Int’l L.* 267, at p. 284)

[40] It is preferable by far to focus on the goal of the legislation, which is to identify and undermine groups of three or more persons that pose an elevated threat to society due to the ongoing and organized association of their members. All evidence relevant to this determination must be considered in applying the definition of “criminal organization” adopted by Parliament. Groups of individuals that operate on an *ad hoc* basis with little or no organization cannot be said to pose the type of increased risk contemplated by the regime.

[41] Courts must not limit the scope of the provision to the stereotypical model of organized crime — that is, to the highly sophisticated, hierarchical and monopolistic model. Some criminal entities that do not fit the conventional paradigm of organized crime may nonetheless, on account of their cohesiveness and endurance, pose the type of heightened threat contemplated by the legislative scheme.

[42] In the present matter, the trial judge found that Dauphin operated a large drug-trafficking organization in the Montréal area. This finding is not seriously contested. The more contentious issue is whether Venneri was a member of that organization, exposing him to conviction under s. 467.13 of the *Code*. In this regard, I agree with Beauregard J.A. that Venneri was an *associate* of Dauphin rather than a *member* of his organization.

[43] Venneri was an autonomous, albeit regular, customer of Dauphin in the summer and fall of 2005. But Dauphin was not his sole supplier.

organisés, ainsi qu’au fait que ces groupes changent et évoluent sans cesse pour s’adapter aux changements dans les structures sociétales légitimes. [Je souligne; notes de bas de page omises.]

(« “Umbrellas” or “Building Blocks”?: Defining International Terrorism and Transnational Organized Crime in International Law » (2005), 27 *Hous. J. Int’l L.* 267, p. 284)

[40] Il est de loin préférable de se concentrer sur l’objet de la loi, qui consiste à identifier et à déstabiliser les groupes de trois personnes ou plus qui présentent un risque élevé pour la société en raison des liens continus et organisés entre leurs membres. Tous les éléments de preuve utiles à cette identification doivent être pris en compte dans l’application de la définition d’une « organisation criminelle » adoptée par le législateur. Les groupes de personnes qui agissent de façon ponctuelle et qui ne sont que peu ou pas organisés ne posent pas véritablement le type de risque accru visé par le régime.

[41] Les tribunaux ne doivent pas limiter le champ d’application de la définition législative au modèle stéréotypé du crime organisé — c’est-à-dire, au modèle très complexe, hiérarchique et monopolistique. Certaines entités criminelles qui ne correspondent pas au paradigme classique du crime organisé peuvent néanmoins, en raison de leur cohésion et de leur longévité, représenter le genre de menace très sérieuse visée par le régime législatif.

[42] En l’espèce, le juge du procès a conclu que M. Dauphin dirigeait une importante organisation de trafic de stupéfiants dans la région de Montréal. Cette conclusion n’est pas véritablement contestée. La question controversée est de savoir si M. Venneri était membre de cette organisation, ce qui le rendrait passible d’une déclaration de culpabilité de l’infraction prévue à l’art. 467.13 du *Code*. Sur ce point, je conviens avec le juge Beauregard que M. Venneri était un *associé* de M. Dauphin plutôt qu’un *membre* de son organisation.

[43] M. Venneri était un client autonome, quoique assidu, de M. Dauphin au cours de l’été et de l’automne 2005. M. Dauphin n’était toutefois pas

Venneri operated with a high degree of independence and showed little or no apparent loyalty to Dauphin and his associates. They did not share mutual clients. Nor did Venneri have any real stake or financial interest in Dauphin's organization. These strike me as the most relevant factors in the circumstances of this case.

[44] Moreover, Russell, Bilodeau and Marchand all took direction from Dauphin and performed clearly defined functions. Venneri, on the contrary, operated at arm's length from the organization. Nothing in the record indicates that Dauphin exercised any measure of control over Venneri. While Dauphin did at times ask Venneri to provide drugs to other sub-distributors, he did so only when Venneri was unable to sell the drugs quickly to satisfy his debt. In those circumstances, Dauphin was simply diverting the drugs Venneri could not sell to a more solvent customer.

[45] Venneri's later activity as a supplier to Dauphin was nothing more than an arm's length, mutually beneficial arrangement. Venneri did not provide Dauphin with drugs out of loyalty or direct interest in the viability of Dauphin's business. Venneri simply exploited a business opportunity brought about by Dauphin's misfortune.

[46] In sum, the dealings between Venneri and Dauphin were autonomous transactions between like-minded criminals, each guided by their own self-interest. At all times, Venneri was only a client or supplier of the organization — an independent opportunist. He played no role *within* the organization. With respect, the trial judge erred in law in concluding, on the facts as he found them, that Venneri was a member of Dauphin's criminal organization.

son seul fournisseur. M. Venneri agissait avec une grande indépendance et ne démontrait apparemment guère de loyauté, voire aucune, envers M. Dauphin et ses acolytes. MM. Venneri et Dauphin ne partageaient pas la même clientèle. M. Venneri n'avait pas non plus de véritable intérêt, notamment financier, dans l'organisation de M. Dauphin. Ces facteurs me paraissent être les plus pertinents en l'espèce.

[44] De plus, MM. Russell, Bilodeau et Marchand recevaient leurs ordres de M. Dauphin et exerçaient des fonctions bien déterminées. En revanche, M. Venneri n'avait aucun lien de dépendance avec l'organisation. Rien au dossier ne permet de croire que M. Dauphin exerçait une forme de contrôle quelconque sur M. Venneri. Bien que M. Dauphin ait parfois demandé à M. Venneri de fournir de la drogue à d'autres sous-distributeur, il ne le faisait que lorsque M. Venneri ne parvenait pas à vendre la drogue rapidement pour s'acquitter de sa dette. Dans ces circonstances, M. Dauphin se limitait à confier la drogue que M. Venneri ne parvenait pas à vendre à un client plus solvable.

[45] La dernière activité de M. Venneri en tant que fournisseur de M. Dauphin n'était rien de plus qu'une transaction mutuellement avantageuse entre deux parties qui n'avaient aucun lien de dépendance. M. Venneri n'a pas fourni la drogue à M. Dauphin par loyauté ou parce qu'il avait un intérêt direct dans la viabilité de son entreprise. M. Venneri a simplement saisi l'occasion d'affaires générée par la malchance de M. Dauphin.

[46] En résumé, les transactions entre MM. Venneri et Dauphin étaient des transactions autonomes entre deux criminels animés par les mêmes aspirations, chacun étant guidé par son propre intérêt. En tout temps, M. Venneri n'a été que le client ou le fournisseur de l'organisation — un opportuniste indépendant. Il n'a joué aucun rôle *au sein* de l'organisation. Avec égard, j'estime que le juge du procès a commis une erreur de droit en concluant, à partir de ses constatations de fait, que M. Venneri était membre de l'organisation criminelle de M. Dauphin.

[47] In the alternative, the Crown contends that even if Venneri was not a member of Dauphin's larger criminal organization, Venneri, Dauphin, Gauthier and Blais constituted a separate and overlapping criminal organization whose sole purpose was to traffic in cocaine.

[48] I agree with Beauregard J.A. that the Crown has failed to show that these four individuals were part of a criminal organization within the meaning of the *Code*. On the evidence accepted by the trial judge, Gauthier and Dauphin may well have operated as "a gang of two". Venneri, on the other hand, appears to have acted independently and has not been shown to have constituted, with Gauthier and Dauphin, a "gang of three". Finally, the trial judge was not persuaded that Blais had conspired with Dauphin, Russell *or* Venneri.

[49] The Crown's alternative submission fails essentially for these reasons.

V

[50] The Crown contends that Venneri trafficked in drugs "for the benefit of, at the direction of, or in association with" Dauphin's criminal organization, contrary to s. 467.12 of the *Code*.

[51] The fact that Venneri was not a member of Dauphin's organization does not preclude a conviction on this count. And, in my view, the evidence fully supports the trial judge's finding that Venneri operated "in association with" the organization when he acted as its client and its supplier.

[52] Section 467.12 of the *Code* provides:

467.12 (1) Every person who commits an indictable offence under this or any other Act of Parliament for the benefit of, at the direction of, or in association with, a criminal organization is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

(2) In a prosecution for an offence under subsection (1), it is not necessary for the prosecutor to prove that

[47] Subsidièrement, le ministère public soutient que, même si M. Venneri n'était pas membre de la grande organisation criminelle de M. Dauphin, il formait avec MM. Dauphin, Gauthier et Blais, une organisation criminelle distincte, mais parallèle, dont le seul but était le trafic de la cocaïne.

[48] Je suis d'accord avec le juge Beauregard que le ministère public n'a pas réussi à démontrer que ces quatre individus faisaient partie d'une organisation criminelle au sens du *Code*. Selon la preuve retenue par le juge du procès, il se peut bien que MM. Gauthier et Dauphin aient formé un « gang de deux ». Par contre, M. Venneri semble avoir agi de façon indépendante, et il n'a pas été démontré qu'il formait un « gang de trois » avec MM. Gauthier et Dauphin. Enfin, le juge du procès n'était pas convaincu que M. Blais avait comploté avec MM. Dauphin, Russell *ou* Venneri.

[49] L'argument subsidiaire du ministère public ne tient pas, essentiellement pour ces motifs.

V

[50] Le ministère public soutient que M. Venneri s'est livré au trafic de la drogue « au profit ou sous la direction » de l'organisation criminelle de M. Dauphin, ou « en association avec elle », et qu'il a ainsi commis l'infraction prévue à l'art. 467.12 du *Code*.

[51] Le fait que M. Venneri n'était pas membre de l'organisation de M. Dauphin ne le met pas à l'abri d'une déclaration de culpabilité relativement à ce chef. J'estime que la preuve étaye entièrement la conclusion du juge du procès selon laquelle M. Venneri agissait « en association avec » l'organisation lorsqu'il était son client et son fournisseur.

[52] L'article 467.12 du *Code* dispose :

467.12 (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans quiconque commet un acte criminel prévu à la présente loi ou à une autre loi fédérale au profit ou sous la direction d'une organisation criminelle, ou en association avec elle.

(2) Dans une poursuite pour l'infraction prévue au paragraphe (1), le poursuivant n'a pas à établir que

the accused knew the identity of any of the persons who constitute the criminal organization.

[53] The phrase “in association with” should be interpreted in accordance with its plain meaning and statutory context. It is accompanied here by the terms “at the direction of” and “for the benefit of”. These phrases are not mutually exclusive. On the contrary, they have a shared purpose and will often overlap in their application. Their common objective is to suppress organized crime. To this end, they especially target offences that are connected to the activities of criminal organizations and advance their interests.

[54] Considered in this light, the phrase “in association with” captures offences that advance, at least to some degree, the interests of a criminal organization — *even if they are neither directed by the organization nor committed primarily for its benefit*. As noted by Miles Hastie:

The phrase “in association with” should capture, like its siblings, an interest of the criminal organization in the predicate offence. The accused need not carry out the predicate offence exclusively for the criminal organization: the accused may (and, as an organization member, will usually) entertain other selfish motives. But offences committed for wholly selfish purposes should not generate liability. On some level, the offence must only capture actions with and for the criminal organization. [Emphasis added; emphasis in original deleted; footnote omitted.]

(“The Separate Offence of Committing a Crime ‘In Association with’ a Criminal Organization: Gang Symbols and Signs of Constitutional Problems” (2010), 14 *Can. Crim. L. Rev.* 79, at p. 91)

[55] The phrase “in association with” requires a connection between the predicate offence and the organization, as opposed to simply an association between *the accused* and the organization: see *R. v. Drecic*, 2011 ONCA 118, 276 O.A.C. 198, at para. 3. In *R. v. Lindsay* (2004), 70 O.R. (3d) 131 (S.C.J.), *aff’d* 2009 ONCA 532, 245 C.C.C. (3d) 301, the

l'accusé connaissait l'identité de quiconque fait partie de l'organisation criminelle.

[53] L'expression « en association avec » doit être interprétée selon son sens ordinaire et dans le contexte de la disposition. En l'occurrence, elle est accompagnée des expressions « sous la direction » de et « au profit » de. Ces expressions ne s'excluent pas l'une l'autre. Au contraire, elles ont le même objectif et se chevauchent souvent dans leur application. Elles ont pour objet commun d'éliminer le crime organisé. À cette fin, elles ciblent spécifiquement les infractions qui sont liées aux organisations criminelles et en servent les intérêts.

[54] Envisagée sous cet angle, l'expression « en association avec » vise les infractions qui servent, au moins dans une certaine mesure, les intérêts d'une organisation criminelle — *même si elles ne sont commises ni sous la direction de l'organisation, ni principalement à son profit*. Comme l'a souligné Miles Hastie :

[TRADUCTION] L'expression « en association avec » devrait, tout comme ses semblables, inclure un intérêt de l'organisation criminelle dans l'infraction sous-jacente. Il n'est pas nécessaire que l'accusé ait commis l'infraction sous-jacente exclusivement pour le compte de l'organisation criminelle : l'accusé peut avoir (et il aura normalement, comme membre d'une organisation criminelle) des motifs purement personnels. Les infractions commises à des fins entièrement personnelles ne devraient toutefois pas engager sa responsabilité. Dans une certaine mesure, l'infraction ne devrait couvrir que les actions commises avec l'organisation criminelle et pour elle. [Je souligne; italiques omis; notes de bas de page omises.]

(« The Separate Offence of Committing a Crime ‘In Association with’ a Criminal Organization : Gang Symbols and Signs of Constitutional Problems » (2010), 14 *R.C.D.P.* 79, p. 91)

[55] L'expression « en association avec » exige un lien entre l'infraction sous-jacente et l'organisation, par opposition à un simple lien entre *l'accusé* et l'organisation : voir *R. c. Drecic*, 2011 ONCA 118, 276 O.A.C. 198, par. 3. Dans *R. c. Lindsay* (2004), 70 O.R. (3d) 131 (C.S.J.), *conf. par* 2009 ONCA 532, 245 C.C.C. (3d) 301, le juge du procès

trial judge, correctly in my view, interpreted the phrase “in association with” as follows:

The phrase “in association with” is not impermissibly vague. The phrase is intended to apply to those persons who commit criminal offences in linkage with a criminal organization, even though they are not formal members of the group. *The Oxford English Dictionary* (10th ed.) defines the phrase “associate oneself with” to mean, “allow oneself to be connected with or seen to be supportive of”. The phrase “in association with” requires that the accused commit a criminal offence in connection with the criminal organization. Whether the particular connection is sufficient to satisfy the “in association with” requirement will be for a court to determine, based on the facts of the case. [Emphasis added; para. 59.]

[56] As mentioned earlier, an offender may commit an offence “in association with” a criminal organization of which the offender is not a member. Membership in an organization, however, remains a relevant factor in determining whether the required nexus between the offence and the organization has been made out (see *Drecic*, at para. 3).

[57] The Crown must also demonstrate that an accused *knowingly* dealt with a criminal organization. The stigma associated with the offence requires that the accused have a subjective *mens rea* with respect to his or her association with the organization (see *Lindsay* (2004 S.C.J.), at para. 64).

[58] There is ample evidence that Venneri knew that Dauphin was operating a large drug-trafficking organization — or made himself willfully blind to that obvious fact. And the evidence leaves no room for doubt as to the required nexus between Dauphin’s organization and the offence of trafficking committed by Venneri. The organization received a direct benefit from the commission of the offence.

[59] This was particularly evident after the 2005 seizures of cocaine when, as noted by the trial judge, Venneri became [TRANSLATION] “an important pillar” in terms of supply. The evidence establishes that Dauphin was unable to secure cocaine without the assistance of Venneri. Manifestly,

a, à juste titre selon moi, interprété les termes « en association avec » de la façon suivante :

[TRADUCTION] L’expression « en association avec » n’est pas d’une imprécision inacceptable. Elle vise les personnes qui commettent des infractions criminelles en lien avec une organisation criminelle, même si elles n’en font pas officiellement partie. Selon l’*Oxford English Dictionary* (10^e éd.), le terme « *associate oneself with* » (« s’associer avec ») signifie [TRADUCTION] « accepter d’avoir un lien avec ou d’être considéré comme appuyant ». Les termes « en association avec » exigent que l’accusé commette une infraction criminelle en lien avec l’organisation criminelle. Il appartiendra au tribunal de déterminer, en fonction des faits de l’affaire, si le lien en question est suffisant pour répondre à l’exigence établie par les termes « en association avec ». [Je souligne; par. 59.]

[56] Rappelons qu’un contrevenant peut commettre une infraction « en association avec » une organisation criminelle dont il n’est pas membre. Le fait d’être membre d’une organisation demeure toutefois un facteur pertinent pour déterminer si le lien requis entre l’infraction et l’organisation a été établi (voir *Drecic*, par. 3).

[57] Le ministère public doit également démontrer que l’accusé faisait *sciemment* affaire avec une organisation criminelle. La réprobation sociale associée à l’infraction exige de l’accusé une *mens rea* subjective quant à son association avec l’organisation (voir *Lindsay* (2004 C.S.J.), par. 64).

[58] Une preuve abondante indique que M. Venneri savait que M. Dauphin était à la tête d’une importante organisation de trafic de stupéfiants — ou qu’il a délibérément ignoré cette évidence. Et cette preuve ne laisse place à aucun doute quant à l’existence du lien requis entre l’organisation de M. Dauphin et l’infraction de trafic commise par M. Venneri. L’organisation a tiré un avantage direct de la perpétration de l’infraction.

[59] Cet avantage est particulièrement ressorti après les saisies de cocaïne de 2005 alors que, comme l’a signalé le juge du procès, M. Venneri est devenu « un pilier important » au chapitre de l’approvisionnement. La preuve démontre que M. Dauphin était incapable de se procurer de la

Venneri trafficked “in association with” the organization when he secured for it a source of supply following the 2005 seizures.

cocaïne sans l’aide de M. Venneri. De toute évidence, M. Venneri se livrait au trafic de stupéfiants « en association avec » l’organisation lorsqu’il lui a assuré une source d’approvisionnement après les saisies de 2005.

VI

[60] For all of these reasons, as stated at the outset, I would allow the appeal for the sole purpose of setting aside Venneri’s acquittal on count 3, and otherwise affirm the judgment of the Court of Appeal.

Appeal allowed in part.

Solicitor for the appellant: Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.

Solicitors for the respondent: Monterosso Giroux, Montréal.

VI

[60] Pour tous ces motifs, comme je l’ai précisé dès le début, je suis d’avis d’accueillir l’appel à seule fin d’annuler l’acquittement de M. Venneri relativement au troisième chef et je confirmerais, pour le reste, l’arrêt rendu par la Cour d’appel.

Pourvoi accueilli en partie.

Procureur de l’appelante : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.

Procureurs de l’intimé : Monterosso Giroux, Montréal.

ISSN 0045-4230

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://publications.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2012 Vol. 2

2^e cahier, 2012 Vol. 2

Cited as [2012] 2 S.C.R. 231-488

Renvoi [2012] 2 R.C.S. 231-488

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
GENEVIÈVE DOMEY
LEE ANN GORMAN

SÉBASTIEN LAFRANCE
KAREN LEVASSEUR
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD

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

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME

NANCY MCCAUGHAN
PAULINE MCTAVISH

ANNE-MARIE NOËL
JEAN-FRANÇOIS SCHAAN

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ
MANON PLOUFFE

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to 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.

CONTENTS

Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) 345

Intellectual property — Copyright — Infringement — Exception — Fair dealing — Teachers making photocopies of excerpts of textbooks and other copyrighted works to distribute to students as part of class instruction — Collective society seeking to collect royalties for photocopies of excerpts — Whether elementary and secondary schools can claim the benefit of “fair dealing” exception for copies of works made at the teachers’ initiative with instructions to students that they read the material — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 29.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Copyright Board deeming that photocopies of excerpts of textbooks and other copyrighted works did not constitute fair dealing — Whether decision reviewable on standard of reasonableness or correctness — Whether Board made reviewable error.

Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada 231

Intellectual property — Copyright — Right to communicate a work to the public by telecommunication — Copyright Board certifying tariff for communication rights in copyrighted music contained in video games sold for download on Internet — Whether transmission of musical works contained in a video game through an Internet download is a communication to the public — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 3(1)(f).

R. v. Knott 470

Criminal law — Sentencing — Probation — Courts empowered to issue probation orders in addition to imprisonment for a term not exceeding two years — Whether “imprisonment for a term not exceeding two years” relates only to imprisonment imposed by a sentencing court at a single sitting or aggregate of all sentences imposed on offender — Whether probation can be ordered where offender is subject to multiple sentences that, if aggregated, exceed two years — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 731(1)(b).

R. v. Punko 396

Criminal law — Issue estoppel — Application — Crown seeking to prove that Hells Angels is criminal organization — Whether doctrine of issue estoppel applies on basis that issue was decided adversely to Crown in prior multi-issue jury trial.

Continued on next page

SOMMAIRE

Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) 345

Propriété intellectuelle — Droit d’auteur — Violation — Exception — Utilisation équitable — Photocopie d’extraits de manuels et d’autres ouvrages protégés par le droit d’auteur, par des enseignants, pour distribution en classe aux élèves — Demande présentée par une société de gestion collective afin qu’elle puisse percevoir des redevances pour la photocopie d’extraits — Les écoles des niveaux élémentaire et secondaire peuvent-elles bénéficier de l’exception de l’« utilisation équitable » à l’égard des copies que l’enseignant fait de son propre chef et qu’il donne à lire aux élèves? — Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 29.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Conclusion de la Commission du droit d’auteur selon laquelle la photocopie de passages de manuels et d’autres ouvrages protégés par le droit d’auteur n’équivaut pas à une utilisation équitable — La décision est-elle assujettie à la norme de contrôle de la décision raisonnable ou à celle de la décision correcte? — La Commission a-t-elle commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire?

Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique 231

Propriété intellectuelle — Droit d’auteur — Droit de communiquer une œuvre au public par télécommunication — Homologation d’un tarif par la Commission du droit d’auteur relativement au droit de communication d’une œuvre musicale protégée contenue dans un jeu vidéo vendu par téléchargement Internet — La transmission d’une œuvre musicale contenue dans un jeu vidéo par téléchargement Internet constitue-t-elle une communication au public? — Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 3(1)(f).

R. c. Knott 470

Droit criminel — Détermination de la peine — Probation — Pouvoir des tribunaux de rendre une ordonnance de probation en plus d’un emprisonnement maximal de deux ans — L’expression « emprisonnement maximal de deux ans » s’entend-elle uniquement de la période d’emprisonnement imposée par un tribunal lors d’une seule et même séance ou plutôt de la somme de toutes les peines infligées au délinquant? — Une ordonnance de probation peut-elle être rendue à l’égard d’un délinquant faisant l’objet de multiples peines d’emprisonnement qui, additionnées, excéderaient deux ans? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 731(1)(b).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. v. Vu 411

Criminal law — Offences — Kidnapping — Whether kidnapping is a continuing offence encompassing subsequent confinement of victim — Whether persons who willingly or knowingly choose to participate in subsequent confinement become parties to the offence of kidnapping — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21(1), 279(1).

R. v. Walle 438

Criminal law — Murder — Elements of offence — Mens rea — Accused convicted of second degree murder after shooting victim in chest at close range — Whether trial judge erred in resorting to common sense inference that person usually knows predictable consequences of actions and means to bring them about without first considering whole of evidence bearing on accused's mental state at time of shooting.

Criminal law — Evidence — Admissibility — New evidence — Accused seeking to admit psychiatric evidence on appeal — Whether evidence could have been adduced at trial with due diligence — Whether evidence could reasonably be expected to have affected result at trial.

Re:Sound v. Motion Picture Theatre

Associations of Canada 376

Intellectual Property — Copyright — Whether pre-existing recording incorporated into soundtrack of cinematographic work constitutes a sound recording subject to payment of tariff — Whether soundtrack of cinematographic work consists of aggregate of sounds or component parts — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2 “sound recording”, 19.

Rogers Communications Inc. v.

Society of Composers, Authors and

Music Publishers of Canada 283

Intellectual property — Copyright — Right to communicate a work to the public by telecommunication — Copyright Board certifying tariff for communication rights in copyrighted music downloaded and streamed from the Internet — Meaning of “to the public” — Whether a point-to-point transmission from the website of an online music service to an individual customer is a private communication — Whether streaming of files from the Internet triggered by individual users constitutes communication to the public of the musical works contained therein by online music services who make the files available for streaming — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 3(1)(f).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

R. c. Punko 396

Droit criminel — Préclusion découlant d'une question déjà tranchée — Application — L' tentative par le ministère public de prouver que les Hells Angels sont une organisation criminelle — La doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique-t-elle en raison d'une conclusion défavorable au ministère public sur cette question dans un procès antérieur tenu devant jury et soulevant plus d'une question?

R. c. Vu 411

Droit criminel — Infractions — Enlèvement — L'infraction d'enlèvement est-elle une infraction continue qui englobe la séquestration subséquente de la victime? — Les personnes qui choisissent volontairement et sciemment de prendre part à la séquestration subséquente participent-elles à l'infraction d'enlèvement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21(1), 279(1).

R. c. Walle 438

Droit criminel — Meurtre — Éléments de l'infraction — Mens rea — Accusé reconnu coupable de meurtre au deuxième degré après avoir tué la victime d'un coup de feu tiré à courte distance dans la poitrine — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en appliquant la déduction conforme au bon sens selon laquelle une personne connaît généralement les conséquences prévisibles de ses actes et pose ces actes afin d'entraîner ces conséquences, sans avoir au préalable examiné l'ensemble de la preuve relative à l'état mental de l'accusé au moment du coup de feu?

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Nouvelle preuve — Demande de l'accusé en vue de faire admettre une preuve d'ordre psychiatrique en appel — La preuve aurait-elle pu être produite au procès si on avait fait montre de diligence raisonnable? — Peut-on raisonnablement penser que la preuve aurait influé sur le résultat du procès?

Ré:Sonne c. Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada 376

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Un enregistrement préexistant incorporé à la bande sonore d'une œuvre cinématographique constitue-t-il un enregistrement sonore qui donne droit à une rémunération fondée sur un tarif? — La bande sonore d'une œuvre cinématographique est-elle constituée d'un ensemble de sons ou de composantes? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2 « enregistrement sonore », 19.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Copyright Board certifying tariff for communication rights in copyrighted music downloaded and streamed from the Internet — Whether decision reviewable on standard of reasonableness or correctness.

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada 326

Intellectual property — Copyright — Infringement — Exception — Fair dealing — Online music service providers giving customers the ability to listen to free previews of musical works prior to purchase of musical works — Collective society seeking to collect royalties for use of previews — Whether the use of previews constitutes “fair dealing” — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 29.

SOMMAIRE (Fin)

Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique 283

Propriété intellectuelle — Droit d’auteur — Droit de communiquer une œuvre au public par télécommunication — Homologation d’un tarif par la Commission du droit d’auteur relativement au droit de communiquer par téléchargement ou transmission en continu une œuvre musicale protégée — Signification d’« au public » — La transmission point à point du site Web d’un service de musique en ligne à un consommateur individuel constitue-t-elle une communication privée? — La transmission en continu de fichiers sur Internet à la demande d’utilisateurs individuels constitue-t-elle une communication au public, par le service de musique en ligne qui l’offre, des œuvres musicales contenues dans les fichiers? — Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 3(1)f).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Homologation d’un tarif par la Commission du droit d’auteur relativement au droit de communiquer par téléchargement ou transmission en continu une œuvre musicale protégée — La décision est-elle susceptible de contrôle au regard de la norme de la décision raisonnable ou de la norme de la décision correcte?

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada 326

Propriété intellectuelle — Droit d’auteur — Violation — Exception — Utilisation équitable — Services de musique en ligne offrant au consommateur, avant l’achat d’une œuvre musicale, la possibilité d’en écouter gratuitement un extrait — Société de gestion collective alléguant le droit de percevoir une redevance pour l’écoute préalable d’un extrait — Cette écoute constitue-t-elle une « utilisation équitable »? — Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 29.

**Entertainment Software Association and
Entertainment Software Association of
Canada** *Appellants*

v.

**Society of Composers, Authors and Music
Publishers of Canada** *Respondent*

and

**CMRRA-SODRAC Inc., Samuelson-
Glushko Canadian Internet Policy and Public
Interest Clinic and Cineplex Entertainment
LP** *Intervenors*

**INDEXED AS: ENTERTAINMENT SOFTWARE
ASSOCIATION v. SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS
AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA**

2012 SCC 34

File No.: 33921.

2011: December 6; 2012: July 12.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps,
Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and
Karakatsanis JJ.

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

Intellectual property — Copyright — Right to communicate a work to the public by telecommunication — Copyright Board certifying tariff for communication rights in copyrighted music contained in video games sold for download on Internet — Whether transmission of musical works contained in a video game through an Internet download is a communication to the public — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 3(1)(f).

The appellants ESA represent a coalition of video game publishers and distributors who enable customers to download copies of video games from the Internet. These copies are identical to copies purchased in stores or shipped to customers by mail. The video games contain copyrighted musical works. The royalties for the reproduction of those musical works are negotiated before the games are sold to the public. The respondent

**Entertainment Software Association et
Association canadienne du logiciel de
divertissement** *Appelantes*

c.

**Société canadienne des auteurs, compositeurs
et éditeurs de musique** *Intimée*

et

**CMRRA-SODRAC Inc., Clinique d'intérêt
public et de politique d'internet du
Canada Samuelson-Glushko et Cineplex
Divertissement LP** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : ENTERTAINMENT SOFTWARE
ASSOCIATION c. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES
AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE**

2012 CSC 34

N° du greffe : 33921.

2011 : 6 décembre; 2012 : 12 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges
LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell,
Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Droit de communiquer une œuvre au public par télécommunication — Homologation d'un tarif par la Commission du droit d'auteur relativement au droit de communication d'une œuvre musicale protégée contenue dans un jeu vidéo vendu par téléchargement Internet — La transmission d'une œuvre musicale contenue dans un jeu vidéo par téléchargement Internet constitue-t-elle une communication au public? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 3(1)(f).

Les appelantes, ESA, représentent une coalition d'éditeurs et de distributeurs de jeux vidéo qui permettent à leurs clients de télécharger des jeux vidéo sur Internet. La copie téléchargée est identique à l'exemplaire acheté en magasin ou expédié par la poste. Les jeux vidéo renferment des œuvres musicales protégées par le droit d'auteur. Les redevances de reproduction de l'œuvre musicale sont négociées avant la vente au public

SOCAN, which administers the right to “communicate” musical works on behalf of copyright owners, applied to the Copyright Board for a tariff covering downloads of musical works over the Internet. The Copyright Board concluded that the download of a file containing a musical work is a communication to the public by telecommunication within the meaning of s. 3(1)(f) of the *Copyright Act*, entitling SOCAN’s members to compensation in accordance with an approved tariff. On judicial review, the Federal Court of Appeal upheld the Copyright Board’s decision.

Held (LeBel, Fish, Rothstein and Cromwell JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Moldaver and Karakatsanis JJ.: The Copyright Board’s conclusion that the Internet delivery of a permanent copy of a video game containing musical works amounted to a “communication” under s. 3(1)(f) of the *Copyright Act* should be set aside.

The Board’s conclusion that a separate, “communication” tariff applies to downloads of musical works violates the principle of technological neutrality. This principle requires that the *Act* apply equally between traditional and more technologically advanced media forms. There is no practical difference between buying a durable copy of the work in a store, receiving a copy in the mail, or downloading an identical copy using the Internet. ESA has already paid reproduction royalties to the copyright owners for the video games. Absent evidence of Parliamentary intent to the contrary, we interpret the *Act* in a way that avoids imposing an additional layer of protections and fees based solely on the method of delivery of the work to the end user. To do otherwise would effectively impose a gratuitous cost for the use of more efficient, Internet-based technologies. The Internet should be seen as a technological taxi that delivers a durable copy of the same work to the end user. The traditional balance in copyright between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works and obtaining a just reward for the creators of those works should be preserved in the digital environment.

The term “communicate” in s. 3(1)(f) is not defined in the *Act*, but the legislative history of the *Act* demonstrates that the right to “communicate” is historically connected to the right to perform a work and not the

du jeu qui la renferme. L’intimée, la SOCAN, qui gère le droit de « communiquer » une œuvre musicale pour le compte du titulaire du droit d’auteur, a demandé à la Commission du droit d’auteur d’homologuer un tarif applicable au téléchargement Internet d’œuvres musicales. La Commission du droit d’auteur a conclu que télécharger un fichier contenant une œuvre musicale équivaut à communiquer celle-ci au public par télécommunication pour l’application de l’al. 3(1)(f) de la *Loi sur le droit d’auteur* et donne droit aux membres de la SOCAN à une rémunération selon le tarif homologué. Saisie d’une demande de contrôle judiciaire, la Cour d’appel fédérale a confirmé la décision de la Commission.

Arrêt (les juges LeBel, Fish, Rothstein et Cromwell sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Abella, Moldaver et Karakatsanis : La conclusion de la Commission du droit d’auteur selon laquelle livrer par Internet une copie permanente d’un jeu vidéo qui renferme une œuvre musicale équivaut à « communiquer » cette œuvre pour l’application de l’al. 3(1)(f) de la *Loi sur le droit d’auteur* doit être annulée.

La conclusion de la Commission voulant qu’un tarif distinct s’applique au téléchargement pour la « communication » d’une œuvre musicale va à l’encontre du principe de la neutralité technologique, à savoir que la *Loi* s’applique uniformément aux supports traditionnels et aux supports plus avancés sur le plan technologique. Dans les faits, il n’y a aucune différence entre acheter un exemplaire durable de l’œuvre en magasin, recevoir un exemplaire par la poste ou télécharger une copie identique dans Internet. ESA a déjà versé aux titulaires du droit d’auteur des redevances pour la reproduction de l’œuvre dans le jeu vidéo. Sauf intention contraire avérée du législateur, nous interprétons la *Loi* de manière à ne pas créer un palier supplémentaire de protection et d’exigibilité de redevances qui soit uniquement fondé sur le mode de livraison de l’œuvre à l’utilisateur. Toute autre interprétation imposerait en fait un coût injustifié pour l’utilisation de technologies Internet à l’efficacité accrue. Internet doit être considéré comme un taxi technologique assurant la livraison d’une copie durable de la même œuvre à l’utilisateur. L’équilibre que commande traditionnellement l’application du droit d’auteur entre, d’une part, la promotion, dans l’intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres et, d’autre part, l’obtention d’une juste récompense pour le créateur, doit être préservé dans le monde numérique.

Le verbe « communiquer » employé à l’al. 3(1)(f) n’est pas défini dans la *Loi*, mais l’historique législatif confirme que le droit de « communiquer » a toujours été lié à celui d’exécuter ou de représenter une œuvre, et

right to reproduce permanent copies of the work. The 1988 amendment in the *Act* from “communicate . . . by radio communication” to “communicate . . . by telecommunication” does not demonstrate Parliament’s intent to remove all reference in s. 3(1)(f) to conventional performance or broadcasting activities, or to expand the communication right to technologies such as downloading that involve transmitting data in a way that gives end users a permanent copy of the work. Instead, the replacement of the words “radio communication” with “telecommunication” should be understood as merely expanding the *means* of communicating a work — that is, from radio waves to cable and other future technologies. By substituting the word “telecommunication” in 1988, Parliament did not intend to change the fundamental nature of the communication right, which has been concerned with performance-based activities for over 50 years.

Applying the dictionary definition of the word “communicate” has the effect of ignoring a solid line of legislative history connecting the term “communicate” to performance-based activities. The term “communicate” in s. 3(1)(f) should not be transformed by the use of the word “telecommunication” in a way that would capture activities that resemble reproduction. Such transformation would result in abandoning the traditional distinction in the *Act* between performance-based rights and rights of reproduction.

Per LeBel, Fish, Rothstein and Cromwell JJ. (dissenting): The creators of works downloaded from the Internet are entitled to both communication and reproduction rights. Copyright is a creature of statute comprised of a bundle of independent statutory rights. Although a technologically neutral copyright law is desirable, the *Act* cannot be interpreted in a manner that divests these rights of their independent content. The right of reproduction continues to apply to copies made through downloads notwithstanding that they are digital copies and the communication right continues to apply to digital communications notwithstanding that they may differ from traditional broadcasting technologies.

The general rules of statutory interpretation require that the words of the *Act* are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the *Act*, the object of the *Act*, and the intention of Parliament. The word “communicate” is not defined in the *Act*. Parliament is

non au droit de créer une copie permanente de l’œuvre. La modification apportée à la *Loi* en 1988 (substituant à l’expression « au moyen de la radiophonie » les mots « par télécommunication ») n’atteste pas l’intention du législateur de supprimer, à l’al. 3(1)(f), toute mention des activités traditionnelles d’exécution ou de représentation, ou encore, de radiodiffusion, non plus que celle d’étendre la portée du droit de communication de manière à englober des technologies de transmission de données, tel le téléchargement, qui permettent à l’utilisateur de conserver une copie permanente de l’œuvre. En fait, on ne doit voir dans le remplacement de « radiophonie » par « télécommunication » que l’élargissement des *modes* de communication d’une œuvre, de sorte qu’aux ondes radio s’ajoutent la câblodistribution ainsi que les nouvelles technologies qui verront le jour. Lorsqu’il a substitué le mot « télécommunication » en 1988, le législateur n’avait pas l’intention de changer la nature fondamentale du droit de communication, lequel se rapportait depuis plus de 50 ans aux activités d’exécution ou de représentation.

L’effet du recours à la définition lexicographique du verbe « communiquer » est de faire abstraction du long historique législatif qui relie fermement ce terme aux activités d’exécution ou de représentation. Le verbe « communiquer » employé à l’al. 3(1)(f) ne doit pas être transformé par la présence du mot « télécommunication » de telle sorte qu’il englobe des activités apparentées à la reproduction. Une telle mutation équivaldrait à l’abandon de la distinction traditionnelle établie dans la *Loi* entre droit d’exécution ou de représentation et droit de reproduction.

Les juges LeBel, Fish, Rothstein et Cromwell (dissidents) : L’auteur d’une œuvre téléchargée sur Internet a droit à des redevances à la fois pour la communication et pour la reproduction. Le droit d’auteur tire son origine de la loi et il est constitué d’un ensemble de droits légaux distincts. Même si la neutralité technologique est souhaitable en matière de droit d’auteur, la *Loi* ne doit pas être interprétée de manière à dépouiller ces droits de leur objet distinct. Le droit de reproduction demeure applicable à l’exemplaire obtenu par téléchargement même si celui-ci est numérique, et le droit de communication s’applique toujours aux communications numériques même si elles peuvent différer des technologies de diffusion traditionnelles.

Suivant les règles générales d’interprétation législative, 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. Le mot « communiquer » n’est pas défini dans la *Loi*. Le législateur est présumé

presumed to use words in their ordinary meaning and dictionary definitions give “communicate” and “transmit” overlapping meanings. Nothing in the context in which the words are used in the *Act* indicates that “communicate” is distinct in meaning from “transmit” or is limited to transmissions of information in a humanly perceptible form for immediate perceiving and listening.

The communication right set out in s. 3(1)(f) of the *Act* is a self-standing right that is independent of the performance right set out in the introductory portion of s. 3(1). The rights listed in paragraphs 3(1)(a) to 3(1)(i) are in addition to the rights to produce or reproduce, perform or publish. Nor does the legislative history of s. 3(1)(f) confine the communication right to being only a variation of the performance right. Although there is an historic relationship between the right of public performance and the right to communicate to the public, the legislation has evolved. By adopting the word “telecommunication”, Parliament removed the historic reference to conventional broadcasting and encompassed evolving technologies. The current language of the *Act* does not support a conclusion that s. 3(1)(f) only applies to traditional broadcasting technologies.

The application of the communication right does not depend on the purpose of the communication. The fact that the Internet transmission delivers a copy of a video game, which contains a musical work, does not change the fact that there is an Internet communication requiring authorization of the copyright holder.

No policy concern arises because the reproduction right and the communication right are distinct and separate rights. The fact that there are two protected rights does not restrict the protection afforded by each right. To characterize an Internet transmission as a mere “method of delivery” of a work and limit the copyright to reproduction rights would pre-empt the application of the communication right. Inferring limits into the communication right for policy reasons is beyond the function of the courts.

Cases Cited

By Abella and Moldaver JJ.

Referred to: *Robertson v. Thomson Corp.*, 2006 SCC 43, [2006] 2 S.C.R. 363; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467;

employer les mots dans leur sens ordinaire. Suivant les définitions lexicographiques, il y a chevauchement sémantique entre les verbes « communiquer » et « transmettre ». Aucun élément du contexte dans lequel ces termes sont employés dans la *Loi* ne permet de conclure que « communiquer » n'a pas le même sens que « transmettre » ou qu'il ne s'entend que de la transmission d'une information sous une forme perceptible par l'être humain pour écoute ou visualisation immédiates.

Le droit de communication prévu à l'al. 3(1)(f) de la *Loi* est autonome et distinct du droit d'exécution ou de représentation énoncé dans la partie introductive de l'article. Les droits énumérés aux al. 3(1)(a) à (i) s'ajoutent au droit de produire ou de reproduire l'œuvre, de la représenter ou de l'exécuter ou encore, de la publier. L'historique législatif de l'al. 3(1)(f) ne ramène pas non plus le droit de communiquer à une simple variante du droit d'exécution ou de représentation. Même s'il a déjà existé un lien historique entre le droit d'exécution et de représentation en public et le droit de communication au public, la loi a évolué. La disposition emploie le terme « télécommunication » et ne fait plus mention de la diffusion traditionnelle, de sorte qu'elle peut s'appliquer aux nouvelles technologies. Le libellé actuel de la *Loi* ne permet pas de conclure que l'al. 3(1)(f) ne s'applique qu'aux technologies de diffusion traditionnelle.

Le but de la communication n'est pas déterminant aux fins de décider si le droit de communiquer s'applique ou non. Que la transmission Internet fasse parvenir un exemplaire du jeu vidéo qui renferme une œuvre musicale ne change rien au fait qu'il y a communication Internet devant être autorisée par le titulaire du droit d'auteur.

Aucune considération de principe n'entre en jeu du fait que le droit de reproduction et le droit de communication sont distincts. L'existence de deux droits protégés ne restreint pas la protection conférée par chacun d'eux. Assimiler une transmission Internet à un simple « mode de livraison » de l'œuvre et limiter le droit d'auteur au droit de reproduction neutralisent l'application du droit de communiquer. Les tribunaux outrepassent leurs pouvoirs en déduisant, pour des considérations de politique générale, l'existence de limites applicables au droit de communication.

Jurisprudence

Citée par les juges Abella et Moldaver

Arrêts mentionnés : *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, [2006] 2 R.C.S. 363; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467;

Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd., [1968] S.C.R. 676; *Canadian Wireless Telecommunications Assn. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2008 FCA 6, [2008] 3 F.C.R. 539; *Canadian Admiral Corp. v. Rediffusion, Inc.*, [1954] Ex. C.R. 382; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *Ash v. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd.*, [1936] 2 All E.R. 1496; *Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 F.C. 173.

By Rothstein J. (dissenting)

Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc., 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467; *SOCAN Statement of Royalties, Public Performance of Musical Works 1996, 1997, 1998 (Tariff 22, Internet) (Re)* (1999), 1 C.P.R. (4th) 417; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *SOCAN Statement of Royalties, Internet — Other Uses of Music 1996-2006 (Tariffs 22.B-22.G)* (2008), 70 C.P.R. (4th) 81; *Bell Canada v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2010 FCA 220, 409 N.R. 102; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339; *Canadian Wireless Telecommunications Assn. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2008 FCA 6, [2008] 3 F.C.R. 539, leave to appeal refused, [2008] 2 S.C.R. vi; *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.*, [1968] S.C.R. 676; *Canadian Admiral Corp. v. Rediffusion, Inc.*, [1954] Ex. C.R. 382; *United States v. American Society of Composers, Authors and Publishers*, 627 F.3d 64 (2010), cert. denied (U.S.S.C., October 3, 2011, No. 10-1337); *Robertson v. Thomson Corp.*, 2006 SCC 43, [2006] 2 S.C.R. 363.

Statutes and Regulations Cited

17 U.S.C. §§ 101, 106(4) (2000).
Act to amend the Copyright Act, S.C. 1993, c. 23, s. 3.
Act to amend the Copyright Act, S.C. 1997, c. 24, ss. 18, 45.
Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act, S.C. 1988, c. 65, ss. 61 to 65.

Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. c. CTV Television Network Ltd., [1968] R.C.S. 676; *Assoc. canadienne des télécommunications sans fil c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2008 CAF 6, [2008] 3 R.C.F. 539; *Canadian Admiral Corp. c. Rediffusion, Inc.*, [1954] R.C. de l'É. 382; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *Ash c. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd.*, [1936] 2 All E.R. 1496; *Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173.

Citée par le juge Rothstein (dissident)

Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc., 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; *Tarif des redevances, Exécution publique d'œuvres musicales 1996, 1997, 1998 (Tarif 22, Internet)*, www.cb-cda.gc.ca/decisions/1999/19991027-m-b.pdf; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Tarif de redevances, Exécution publique d'œuvres musicales (Tarif 22.B à 22.G)*, www.cb-cda.gc.ca/decisions/2008/20081024-m-b.pdf; *Shaw Cablesystems G.P. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2010 CAF 220 (CanLII); *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; *Assoc. canadienne des télécommunications sans fil c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2008 CAF 6, [2008] 3 R.C.F. 539, autorisation d'appel refusée, [2008] 2 R.C.S. vi; *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. c. CTV Television Network Ltd.*, [1968] R.C.S. 676; *Canadian Admiral Corp. c. Rediffusion, Inc.*, [1954] R.C. de l'É. 382; *United States c. American Society of Composers, Authors and Publishers*, 627 F.3d 64 (2010), cert. refusé (C.S.É.-U., 3 octobre 2011, n° 10-1337); *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, [2006] 2 R.C.S. 363.

Lois et règlements cités

17 U.S.C. §§ 101, 106(4) (2000).
Loi de 1921 concernant le droit d'auteur, S.C. 1921, ch. 24, art. 2d) « exécution », 3(1).
Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada — États-Unis, L.C. 1988, ch. 65, art. 61 à 65.
Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur, L.C. 1993, ch. 23, art. 3.

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2 “telecommunication”, 2.2(1) “publication”, 2.4(1)(c), 3(1)(f), 15(1), 27(2), 29.4(2), 30.8(1), 67 to 68.2.

Copyright Act, 1921, S.C. 1921, c. 24, ss. 2(q) “performance”, 3(1).

Copyright Amendment Act, 1931, S.C. 1931, c. 8, ss. 2(3) “performance”, 3.

Statement of Proposed Royalties to Be Collected by SOCAN for the Public Performance or the Communication to the Public by Telecommunication, in Canada, of Musical or Dramatico-Musical Works, (2005) 139 Can. Gaz. I (Suppl.).

Treaties and Other International Instruments

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 828 U.N.T.S. 221, September 9, 1886; rev. in Berlin November 13, 1908, art. 11, 13, 14; rev. in Rome June 2, 1928, art. 11bis.

Canada-U.S. Free Trade Agreement, 1987, arts. 2005, 2006.

North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, Can. T.S. 1994 No. 2.

Authors Cited

Canada. *Canada-U.S. Free Trade Agreement*. Ottawa: External Affairs, 1987.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 1, 2nd Sess., 17th Parl., April 23, 1931, pp. 899-900.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 3, 2nd Sess., 17th Parl., June 8, 1931, p. 2399.

Craig, Carys. “Locking Out Lawful Users: Fair Dealing and Anti-Circumvention in Bill C-32”, in Michael Geist, ed., *From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright”: Canadian Copyright and the Digital Agenda*. Toronto: Irwin Law, 2010, 177.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Goldstein, Paul, and P. Bernt Hugenholtz. *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2010.

Handa, Sunny. *Copyright Law in Canada*. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

Judge, Elizabeth F., and Daniel J. Gervais. *Intellectual Property: The Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2011.

Katz, Ariel. “Commentary: Is Collective Administration of Copyrights Justified by the Economic Literature?”, in Marcel Boyer, Michael Trebilcock and David Vaver, eds., *Competition Policy and Intellectual Property*. Toronto: Irwin Law, 2009, 449.

Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur, L.C. 1997, ch. 24, art. 18, 45.

Loi modificative du droit d'auteur, 1931, S.C. 1931, ch. 8, art. 2(3) « représentation », 3.

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2 « télécommunication », 2.2(1) « publication », 2.4(1)(c), 3(1)(f), 15(1), 27(2), 29.4(2), 30.8(1), 67 à 68.2.

Projet de tarifs des redevances à percevoir par la SOCAN pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales, (2005) 139 Gaz. Can. I (suppl.).

Traité et autres instruments internationaux

Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis, 1987, art. 2005, 2006.

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, R.T. Can. 1994 n° 2.

Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 828 R.T.N.U. 221, 9 septembre 1886; rev. à Berlin le 13 novembre 1908, art. 11, 13, 14; rev. à Rome le 2 juin 1928, art. 11bis.

Doctrine et autres documents cités

Canada. *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*. Ottawa : Affaires extérieures, 1987.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 1, 2^e sess., 17^e lég., 23 avril 1931, p. 892-893.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 3, 2^e sess., 17^e lég., 8 juin 1931, p. 2373-2374.

Craig, Carys. « Locking Out Lawful Users : Fair Dealing and Anti-Circumvention in Bill C-32 », in Michael Geist, ed., *From « Radical Extremism » to « Balanced Copyright » : Canadian Copyright and the Digital Agenda*. Toronto : Irwin Law, 2010, 177.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

Gervais, Daniel J., et Elizabeth F. Judge, avec la collaboration de Mistrale Goudreau. *Le droit de la propriété intellectuelle*. Toronto : Thomson/Carswell, 2006.

Goldstein, Paul, and P. Bernt Hugenholtz. *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, 2nd ed. New York : Oxford University Press, 2010.

Handa, Sunny. *Copyright Law in Canada*. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

Katz, Ariel. « Commentary : Is Collective Administration of Copyrights Justified by the Economic Literature? », in Marcel Boyer, Michael Trebilcock and David Vaver, eds., *Competition Policy and Intellectual Property*. Toronto : Irwin Law, 2009, 449.

McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2009 (loose-leaf updated 2012, release 1).

Merriam-Webster's Collegiate Dictionary, 11th ed. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 2003, "communicate", "transmit".

Moyse, Pierre-Emmanuel. *Le droit de distribution: analyse historique et comparative en droit d'auteur*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2007.

Oxford English Dictionary (online: www.oed.com), "communicate", "transmit".

Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, 6th ed., vol. 1. Oxford: Oxford University Press, 2007, "communicate".

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2007.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Létourneau, Nadon and Pelletier J.J.A.), 2010 FCA 221, 406 N.R. 288, 323 D.L.R. (4th) 62, 86 C.P.R. (4th) 258, 14 Admin. L.R. (5th) 151, [2010] F.C.J. No. 1088 (QL), 2010 CarswellNat 3113, affirming a decision of the Copyright Board, www.cb-cda.gc.ca/decisions/2007/20071018-m-e.pdf, (2007), 61 C.P.R. (4th) 353, [2007] C.B.D. No. 7 (QL), 2007 CarswellNat 3466. Appeal allowed, LeBel, Fish, Rothstein and Cromwell JJ. dissenting.

Barry B. Sookman and Daniel G. C. Glover, for the appellants.

Gilles Daigle, D. Lynne Watt, Paul Spurgeon and Henry Brown, Q.C., for the respondent.

Written submissions only by *Casey M. Chisick, Timothy Pinos and Jason Beitchman*, for the intervener CMRRA-SODRAC Inc.

Written submissions only by *Jeremy de Beer and David Fewer*, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Written submissions only by *Tim Gilbert, Sana Halwani and Sundeep Chauhan*, for the intervener Cineplex Entertainment LP.

McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2009 (loose-leaf updated 2012, release 1).

Moyse, Pierre-Emmanuel. *Le droit de distribution: analyse historique et comparative en droit d'auteur*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2007.

Petit Robert (2012), « communiquer ».

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2007.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

Trésor de la langue française (en ligne: <http://atilf.atilf.fr>), « communiquer ».

Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Létourneau, Nadon et Pelletier), 2010 CAF 221, 406 N.R. 288, 323 D.L.R. (4th) 62, 86 C.P.R. (4th) 258, 14 Admin. L.R. (5th) 151, [2010] A.C.F. n° 1088 (QL), 2010 CarswellNat 3113, qui a confirmé une décision de la Commission du droit d'auteur, www.cb-cda.gc.ca/decisions/2007/20071018-m-e.pdf, (2007), 61 C.P.R. (4th) 353, [2007] D.C.D.A. n° 7 (QL), 2007 CarswellNat 3467. Pourvoi accueilli, les juges LeBel, Fish, Rothstein et Cromwell sont dissidents.

Barry B. Sookman et Daniel G. C. Glover, pour les appelantes.

Gilles Daigle, D. Lynne Watt, Paul Spurgeon et Henry Brown, c.r., pour l'intimée.

Argumentation écrite seulement par *Casey M. Chisick, Timothy Pinos et Jason Beitchman*, pour l'intervenante CMRRA-SODRAC Inc.

Argumentation écrite seulement par *Jeremy de Beer et David Fewer*, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

Argumentation écrite seulement par *Tim Gilbert, Sana Halwani et Sundeep Chauhan*, pour l'intervenante Cineplex Divertissement LP.

The judgment of McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Moldaver and Karakatsanis JJ. was delivered by

[1] ABELLA AND MOLDAVER JJ. — In the video game publishing industry, the royalties for the reproduction of any musical works which are incorporated into the games are currently negotiated before the games are packaged for public sale. Once these rights have been negotiated, the owner of the copyright in the musical work has no further rights when the game is sold. The question in this appeal is whether the rights are nonetheless revived when the work is sold over the Internet instead of in a store. In our view, it makes little sense to distinguish between the two methods of selling the same work.

[2] The Copyright Board concluded that video games containing a musical work, the royalties to which have already been negotiated with the copyright owner, were nonetheless subject to a new fee when sold over the Internet ((2007), 61 C.P.R. (4th) 353). Its decision was upheld by the Federal Court of Appeal (2010 FCA 221, 406 N.R. 288). In our respectful view, the Board’s decision misconstrues the provisions at issue in the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, ignoring decades of legislative history, and violates the principle of technological neutrality, which requires that the *Act* apply equally notwithstanding the technological diversity of different forms of media.

Analysis

[3] The provision at issue in this appeal is s. 3(1)(f) of the *Copyright Act*, which states that copyright owners have the sole right

in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to *communicate* the work to the public by *telecommunication*

[4] The focus of this appeal is on the meaning of the word “communicate” in s. 3(1)(f), a term which is not defined in the *Act*. The Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN), which administers the right to “communicate” musical works on behalf of

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Deschamps, Abella, Moldaver et Karakatsanis rendu par

[1] LES JUGES ABELLA ET MOLDAVER — Dans le secteur de l’édition de jeux vidéo, les redevances de reproduction pour toute œuvre musicale qui est intégrée à un jeu sont actuellement négociées avant l’emballage et la vente au public. Une fois ces droits négociés, le titulaire du droit d’auteur sur l’œuvre musicale ne peut plus prétendre à des droits supplémentaires lors de la vente du jeu. La question qui se pose en l’espèce est celle de savoir si les droits renaissent néanmoins lorsque l’œuvre est vendue sur Internet plutôt qu’en magasin. À notre avis, il serait illogique de faire une distinction entre les deux modes de vente d’une même œuvre.

[2] La Commission du droit d’auteur conclut que la vente sur Internet d’un jeu vidéo contenant une œuvre musicale dont les redevances ont déjà été négociées avec le titulaire du droit d’auteur emporte néanmoins l’exigibilité d’une nouvelle redevance (en ligne). La Cour d’appel fédérale confirme sa décision (2010 CAF 221, 406 N.R. 288). À notre humble avis, la Commission interprète mal les dispositions en cause de la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, et elle fait abstraction de décennies d’évolution législative. Sa décision va à l’encontre du principe de la neutralité technologique voulant que la Loi s’applique uniformément malgré la diversité technologique des supports.

Analyse

[3] Le présent pourvoi porte sur l’application de l’al. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d’auteur*, qui confère au titulaire du droit d’auteur le droit exclusif

de *communiquer au public, par télécommunication*, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique.

[4] Le litige porte principalement sur le sens du verbe « communiquer » employé à l’al. 3(1)f), mais non défini dans la *Loi*. Chargée de la gestion du droit de « communiquer » les œuvres pour le compte des titulaires du droit d’auteur, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et

copyright owners, applied to the Board for a tariff under this provision to cover downloads of musical works over the Internet. The Entertainment Software Association and the Entertainment Software Association of Canada (collectively, ESA), which represent a broad coalition of video game publishers and distributors, objected to the tariff, arguing that “downloading” a video game containing musical works did not amount to “communicating” that game to the public by telecommunication under s. 3(1)(f). Instead, a “download” is merely an additional, more efficient way to deliver copies of the games to customers. The downloaded copy is identical to copies purchased in stores or shipped to customers by mail, and the game publishers already pay copyright owners reproduction royalties for *all* of these copying activities.

[5] We agree with ESA. In our view, the Board’s conclusion that a separate, “communication” tariff applied to downloads of musical works violates the principle of technological neutrality, which requires that the *Copyright Act* apply equally between traditional and more technologically advanced forms of the same media: *Robertson v. Thomson Corp.*, [2006] 2 S.C.R. 363, at para. 49. The principle of technological neutrality is reflected in s. 3(1) of the *Act*, which describes a right to produce or reproduce a work “in any material form whatever”. In our view, there is no practical difference between buying a durable copy of the work in a store, receiving a copy in the mail, or downloading an identical copy using the Internet. The Internet is simply a technological taxi that delivers a durable copy of the same work to the end user.

[6] This argument is echoed by David Vaver in his book, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2nd ed. 2011), where he appears to criticize the Board’s decision in this particular case:

éditeurs de musique (la SOCAN) a demandé à la Commission, en application de cette disposition, l’homologation d’un tarif pour le téléchargement d’œuvres musicales sur Internet. Au nom d’une large coalition d’éditeurs et de distributeurs de jeux vidéo, Entertainment Software Association et l’Association canadienne du logiciel de divertissement (collectivement, ESA) se sont opposées au tarif en faisant valoir que « télécharger » un jeu vidéo contenant une œuvre musicale n’équivalait pas à « communiquer » ce jeu au public par télécommunication aux fins de l’al. 3(1)f). En fait, le « téléchargement » ne constitue qu’un mode supplémentaire et plus efficace de distribuer des exemplaires d’un jeu à la clientèle. La copie téléchargée est identique à l’exemplaire acheté en magasin ou expédié au client par la poste, et les éditeurs de jeux versent déjà aux titulaires du droit d’auteur des redevances pour *l’ensemble* de ces activités de reproduction.

[5] Nous sommes d’accord avec ESA. À notre avis, la conclusion de la Commission selon laquelle un tarif distinct s’applique au téléchargement pour la « communication » d’une œuvre musicale va à l’encontre du principe de la neutralité technologique, à savoir que la *Loi sur le droit d’auteur* s’applique uniformément aux supports traditionnels et aux supports plus avancés sur le plan technologique : *Robertson c. Thomson Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 363, par. 49. Le paragraphe 3(1) de la *Loi* adhère au principe de la neutralité technologique en reconnaissant un droit de produire ou de reproduire une œuvre « sous une forme matérielle quelconque ». À notre avis, il n’y a aucune différence d’ordre pratique entre acheter un exemplaire durable de l’œuvre en magasin, recevoir un exemplaire par la poste ou télécharger une copie identique sur le Web. Internet ne représente qu’un taxi technologique assurant la livraison d’une copie durable de la même œuvre à l’utilisateur.

[6] David Vaver reprend cette thèse dans son ouvrage intitulé *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2^e éd. 2011). Il semble critiquer la décision de la Commission rendue dans la présente affaire :

In principle, *substitute delivery systems* should compete on their merits: either both or neither should pay. Copyright law should strive for technological neutrality.

[TRADUCTION] En principe, les *autres modes de distribution* doivent rivaliser en fonction de leurs avantages respectifs : les deux doivent payer ou aucun ne le doit. La législation sur le droit d'auteur doit tendre à la neutralité technologique.

In the past, whether a customer bought a sound recording or video game physically at a store or ordered it by mail made no difference to the copyright holder: it got nothing extra for the clerk's or courier's handover of the record to the customer. Now, because of the telecommunication right, *copyright holders can and do charge extra for electronic delivery of identical content acquired off websites*. [Emphasis added; pp. 172-73.]

Auparavant, lorsqu'un client achetait un enregistrement sonore ou un jeu vidéo en personne dans un magasin ou qu'il le commandait par la poste, le titulaire du droit d'auteur n'y voyait aucune différence : il ne touchait aucun supplément pour la remise au client de l'exemplaire par le commis ou le messenger. Aujourd'hui, en raison du droit de télécommunication, *le titulaire du droit d'auteur peut exiger et exige effectivement un supplément pour la distribution électronique d'un même contenu acquis sur le Web*. [Italiques ajoutés; p. 172-173.]

[7] ESA's argument is also consistent with this Court's caution in *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, that the balance in copyright between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works and obtaining a just reward for the creator requires recognizing the "limited nature" of creators' rights:

[7] De plus, la thèse d'ESA se concilie avec la mise en garde de notre Cour dans l'arrêt *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, c'est-à-dire que, en matière d'application du droit d'auteur, l'équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur commande de reconnaître la « nature limitée » des droits du créateur :

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. In crassly economic terms *it would be as inefficient to overcompensate artists and authors for the right of reproduction as it would be self-defeating to undercompensate them*. Once an authorized copy of a work is sold to a member of the public, it is generally for the purchaser, not the author, to determine what happens to it. [Emphasis added; para. 31.]

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. D'un point de vue grossièrement économique, *il serait tout aussi inefficace de trop rétribuer les artistes et les auteurs pour le droit de reproduction qu'il serait nuisible de ne pas les rétribuer suffisamment*. Une fois qu'une copie autorisée d'une œuvre est vendue à un membre du public, il appartient généralement à l'acheteur, et non à l'auteur, de décider du sort de celle-ci. [Italiques ajoutés; par. 31.]

[8] The traditional balance between authors and users should be preserved in the digital environment: Carys Craig, "Locking Out Lawful Users: Fair Dealing and Anti-Circumvention in Bill C-32", in Michael Geist, ed., *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright": Canadian Copyright and the Digital Agenda* (2010), 177, at p. 192.

[8] L'équilibre traditionnel entre auteurs et utilisateurs doit être préservé dans le monde numérique : Carys Craig, « Locking Out Lawful Users : Fair Dealing and Anti-Circumvention in Bill C-32 », dans Michael Geist, dir., *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright" : Canadian Copyright and the Digital Agenda* (2010), 177, p. 192.

[9] SOCAN has never been able to charge royalties for copies of video games stored on cartridges or discs, and bought in a store or shipped by mail. Yet it argues that identical copies of the games sold and delivered over the Internet are subject to *both* a fee for reproducing the work *and* a fee for communicating the work. The principle of technological neutrality requires that, absent evidence of Parliamentary intent to the contrary, we interpret the *Copyright Act* in a way that avoids imposing an additional layer of protections and fees based solely on the *method of delivery* of the work to the end user. To do otherwise would effectively impose a gratuitous cost for the use of more efficient, Internet-based technologies.

[10] The Board's misstep is clear from its definition of "download" as "a file containing data . . . the user is meant to keep as his own" (para. 13). The Board recognized that downloading is a *copying* exercise that creates an exact, durable copy of the digital file on the user's computer, identical to copies purchased in stores or through the mail. Nevertheless, it concluded that delivering a copy through the Internet was subject to two fees — one for reproduction and one for communication — while delivering a copy through stores or mail was subject only to reproduction fees. In coming to this conclusion, the Board ignored the principle of technological neutrality.

[11] Justice Rothstein argues (at para. 126) that the Board can avoid such "double-dipping" by copyright owners by adjusting the two fees in a way that "divides the pie" between the collective societies administering reproduction rights, on the one hand, and communication rights, on the other. However, this seems to us to undermine Parliament's purpose in creating the collective societies in the first place, namely to efficiently manage and administer different copyrights under the *Act*. This inefficiency harms both end users and copyright owners:

[9] La SOCAN n'a jamais pu percevoir de redevances pour la copie d'un jeu vidéo sur cartouche ou sur disque achetée en magasin ou obtenue par la poste. Or, elle soutient que la copie identique d'un jeu vendu et distribué sur Internet donne droit à une redevance *à la fois* pour la reproduction de l'œuvre *et* pour sa communication. Le principe de la neutralité technologique veut que, sauf intention contraire avérée du législateur, nous interprétions la *Loi sur le droit d'auteur* de manière à ne pas créer un palier supplémentaire de protection et d'exigibilité d'une redevance qui soit uniquement fondé sur le *mode de livraison* de l'œuvre à l'utilisateur. Toute autre interprétation imposerait en fait un coût injustifié pour l'utilisation de technologies Internet plus efficaces.

[10] L'impair de la Commission ressort de sa définition du « téléchargement » : « fichier contenant des données [. . .] que l'utilisateur peut conserver » (par. 13). La Commission reconnaît que le téléchargement est une activité de *reproduction* qui crée une copie exacte et durable du fichier numérique dans l'ordinateur de l'utilisateur, identique à l'exemplaire acheté en magasin ou par la poste. Néanmoins, elle conclut que la distribution d'une copie sur Internet emporte l'exigibilité de deux redevances — une pour la reproduction et une pour la communication —, tandis que la distribution d'un exemplaire en magasin ou par la poste emporte le paiement d'une redevance seulement pour la reproduction. Elle arrive à cette conclusion en méconnaissant le principe de la neutralité technologique.

[11] Le juge Rothstein soutient (au par. 126) que la Commission du droit d'auteur peut éviter cette « double rémunération » du titulaire du droit d'auteur en rajustant les deux redevances de manière à répartir les « parts du gâteau » entre, d'un côté, les sociétés qui gèrent les droits de reproduction et, de l'autre, celles qui gèrent les droits de communication. Cependant, cette avenue paraît contraire à l'intention qui a présidé à la création des sociétés de gestion collective à l'origine, le législateur ayant recherché une gestion et une administration efficaces des différents droits d'auteur en application de la *Loi*. L'inefficacité de cette solution est préjudiciable à la fois aux utilisateurs et aux titulaires du droit d'auteur :

When a single economic activity implicates more than one type of right and each type is administered by a separate collective, the multiplicity of licences required can lead to inefficiency. . . . The result is that the total price the user has to pay for all complements is too high

. . . .

. . . the fragmentation of licences required for single activities among several monopolist-collectives generates inefficiencies, from which copyright owners as a whole also suffer

(Ariel Katz, “Commentary: Is Collective Administration of Copyrights Justified by the Economic Literature?”, in Marcel Boyer, Michael Trebilcock and David Vaver, eds., *Competition Policy and Intellectual Property* (2009), 449, at pp. 461-63)

[12] In our view, the Board improperly concluded that the Internet delivery of copies of video games containing musical works amounts to “communicating” the works to the public. This view is evidenced by the legislative history of the *Copyright Act*, which demonstrates that the right to “communicate” is historically connected to the right to perform a work and not the right to reproduce permanent copies of the work.

[13] As this Court held in *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, at pp. 473-74, the 1921 Canadian *Copyright Act* was based on, and designed to implement, the following provisions of the 1886 *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, as revised in the 1908 Berlin Revision:

Article 11

The stipulations of the present Convention shall apply to the *public representation* of dramatic or dramatico-musical works and to the *public performance* of musical works, whether such works be published or not.

. . . .

Article 13

The authors of musical works shall have the exclusive right of authorizing (1) the adaptation of those

[TRADUCTION] Lorsque, à elle seule, une activité économique emporte l'application de plus d'un type de droit, chacun étant géré par une société de gestion collective distincte, la multiplicité des licences nécessaires peut entraîner une inefficacité. [. . .] Dès lors, le prix que doit verser l'utilisateur au total est trop élevé

. . . .

. . . l'octroi par plusieurs monopoles de gestion collective des licences nécessaires à l'exercice d'une seule activité crée des inefficiences dont souffre également la collectivité des titulaires du droit d'auteur

(Ariel Katz, « Commentary : Is Collective Administration of Copyrights Justified by the Economic Literature? », dans Marcel Boyer, Michael Trebilcock et David Vaver, dir., *Competition Policy and Intellectual Property* (2009), 449, p. 461-463)

[12] À notre avis, la Commission conclut à tort que distribuer sur Internet une copie d'un jeu vidéo qui renferme une œuvre musicale équivaut à « communiquer » cette œuvre au public. L'historique de la *Loi sur le droit d'auteur*, dont il ressort que le droit de « communiquer » a toujours été lié à celui d'exécuter ou de représenter une œuvre, et non au droit de créer une copie permanente de l'œuvre, le confirme.

[13] Comme notre Cour l'a rappelé dans l'arrêt *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, p. 473-474, la *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur* a été conçue pour appliquer les dispositions suivantes de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* de 1886, révisée à Berlin en 1908 :

Article 11

Les stipulations de la présente Convention s'appliquent à la *représentation publique* des œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, et à l'*exécution publique* des œuvres musicales, que ces œuvres soient publiées ou non.

. . . .

Article 13

Les auteurs d'œuvres musicales ont le droit exclusif d'autoriser : (1) l'adaptation de ces œuvres à des

works to instruments which can reproduce them mechanically; (2) the *public performance* of the said works by means of these instruments.

instruments servant à les reproduire mécaniquement; (2) *l'exécution publique* des mêmes œuvres au moyen de ces instruments.

Article 14

Authors of literary, scientific or artistic works shall have the *exclusive right of authorizing the reproduction* and public representation of their works by cinematography.

[14] These articles were reflected in the introductory paragraph to s. 3(1) of the *Copyright Act, 1921*, S.C. 1921, c. 24, which granted

the sole right to *produce or reproduce* the work or any substantial part thereof in any material form whatsoever, *to perform*, or in the case of a lecture to deliver, the work or any substantial part thereof in public; if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof; . . .

[15] In the 1921 Act, “performance” was defined in s. 2(q) as

any acoustic representation of a work and any visual representation of any dramatic action in a work, including such a representation made by means of any mechanical instrument;

[16] The right to perform historically presupposed a live audience that would be present at the site where the performance took place. With the advent of radio broadcasting, however, a debate emerged about how this new technology should be treated under copyright law, reminiscent of the current debate over Internet technologies. The international consensus was that radio broadcasting should be treated as an extension of the existing performance right, in order to cover distant audiences: Paul Goldstein and P. Bernt Hugenholtz, *International Copyright: Principles, Law, and Practice* (2nd ed. 2010), at §9.1.4.3; Pierre-Emmanuel Moyse, *Le droit de distribution: analyse historique et comparative en droit d'auteur* (2007), at pp. 309-10. The Rome Revision (1928) of the Berne Convention therefore extended the Article 11 performance right. The new Article 11*bis* conferred on authors

Article 14

Les auteurs d'œuvres littéraires, scientifiques ou artistiques ont le *droit exclusif d'autoriser la reproduction* et la représentation publique de leurs œuvres par la cinématographie.

[14] La teneur de ces articles a été reprise dans le texte introductif du par. 3(1) de la *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*, S.C. 1921, ch. 24, lequel accordait

le droit exclusif de *produire ou de reproduire* une œuvre sous une forme matérielle quelconque, *d'exécuter ou de représenter* ou, s'il s'agit d'une conférence, de débiter en public, et si l'œuvre n'est pas publiée, de publier l'œuvre ou une partie importante de celle-ci; . . .

[15] Dans la *Loi* de 1921, l'al. 2d) définissait comme suit l'« exécution » ou la « représentation » (en anglais, « *performance* ») :

. . . toute reproduction sonore d'une œuvre, ainsi que toute représentation visuelle d'une action dramatique, contenue dans une œuvre, y compris la représentation effectuée à l'aide d'un instrument mécanique;

[16] À l'époque, le droit d'exécution ou de représentation supposait la présence d'un auditoire sur place. Cependant, avec l'avènement de la radiodiffusion, un débat s'est engagé sur l'application du droit d'auteur à cette nouvelle technologie, un débat qui s'apparentait à celui que suscitent actuellement les technologies Internet. Suivant le consensus international, la radiodiffusion devait être considérée comme un prolongement de l'exécution ou de la représentation de manière à englober l'auditoire éloigné : Paul Goldstein et P. Bernt Hugenholtz, *International Copyright: Principles, Law and Practice* (2^e éd. 2010), §9.1.4.3; Pierre-Emmanuel Moyse, *Le droit de distribution : analyse historique et comparative en droit d'auteur* (2007), p. 309-310. La *Convention de Berne* a donc été révisée à Rome en 1928 pour élargir le droit d'exécution prévu à l'article 11. Le nouvel article 11*bis* conférait aux

the “exclusive right of authorizing the *communication* of their works to the public by *radiocommunication*”.

[17] Canada acceded to the amended *Berne Convention* in 1928, and enacted s. 3(1)(f) of the *Copyright Act* in 1931 to incorporate the new Article 11bis:

(f) In case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to *communicate* such work by *radio communication*.

(*Copyright Amendment Act, 1931, S.C. 1931, c. 8, s. 3*)

[18] At the same time, the 1931 *Copyright Amendment Act* amended the definition of “performance” to accommodate this new concept of performances at a distance:

“performance” means any acoustic representation of a work . . . including a representation made by means of any mechanical instrument *or by radio communication*. [s. 2(3)]

[19] Like a performance, communicating a work by radio communication (i.e., a radio broadcast) under s. 3(1)(f) involved an “acoustic representation” of a work. Also like a performance, communication under s. 3(1)(f) did *not* contemplate the delivery of permanent copies of the work, since such a delivery was not possible through the means of Hertzian radio waves.

[20] This interpretation of the original s. 3(1)(f) is supported by the legislative debates. In explaining the purpose of this provision to Parliament, the Minister responsible for the amendments, C. H. Cahan, stated that s. 3(1)(f) was intended to bring the *Copyright Act* into conformity with the Rome Revision of the *Berne Convention* (*House of Commons Debates*, vol. 1, 2nd Sess., 17th Parl., April 23, 1931, at pp. 899-900), and that “radio communication” was a form of performance:

auteurs le « droit exclusif d’autoriser la *communication* de leurs œuvres au public par la *radiodiffusion* ».

[17] En 1928, le Canada a adhéré à la *Convention de Berne* ainsi révisée puis, en 1931, il a adopté l’al. 3(1)f) de la *Loi du droit d’auteur* qui intégrait le nouvel article 11bis :

f) S’il s’agit d’une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, de *transmettre* cette œuvre au moyen de la *radiophonie*.

(*Loi modificative du droit d’auteur, 1931, S.C. 1931, ch. 8, art. 3*)

[18] Par la même occasion, la *Loi modificative du droit d’auteur* de 1931 modifiait la définition d’« exécution » ou de « représentation » (en anglais, « *performance* ») afin qu’elle englobe la notion nouvelle de communication à distance :

« représentation » ou « exécution » ou « audition » désigne toute reproduction sonore d’une œuvre [. . .] y compris la représentation à l’aide de quelque instrument mécanique *ou par transmission radiophonique*. [par. 2(3)]

[19] À l’instar des représentation, exécution ou audition, la transmission au moyen de la radiophonie (c.-à-d. une émission radiodiffusée) visée à l’al. 3(1)f) supposait la « reproduction sonore » de l’œuvre. En outre, comme la représentation, l’exécution ou l’audition, la transmission visée à l’al. 3(1)f) n’englobait *pas* la distribution d’une copie permanente de l’œuvre, car les ondes hertziennes ne le permettaient pas.

[20] La justesse de cette interprétation de l’al. 3(1)f) initial est étayée par les débats en Chambre. Pour expliquer l’objet de cette disposition au Parlement, le ministre responsable des modifications, C. H. Cahan, a déclaré que l’al. 3(1)f) visait à rendre la *Loi du droit d’auteur* conforme à la *Convention de Berne*, révisée à Rome (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 1, 2^e sess., 17^e lég., 23 avril 1931, p. 892-893), et que la « transmission radiophonique » constituait une forme de représentation (en anglais, « *performance* ») :

In England, *the courts have decided that radio communication comes within the meaning of the word performance*; but in order to make it clear that the author's rights include not only the right of performance by acoustic representation and so forth, but also by radio communication, we have added those words "or by radio communication" to the present definition of performances as contained in the act. . . . I am simply adding the words "or by radio communication" to make it clear that *in respect of radio communication the author has exactly the same rights as he has in relation to other performances of his work*. [Emphasis added.]

(vol. 3, June 8, 1931, at p. 2399)

[21] This was also the interpretation of the original s. 3(1)(f) by this Court in *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.*, [1968] S.C.R. 676. The Court held that signals transmitted from CTV to its affiliates did not communicate "musical works" — at the time defined as "reduced to writing" — but instead communicated a "performance" of the works. In *obiter*, the Court went on to hold that Article 11*bis* of the *Rome Convention*, on which s. 3(1)(f) was based, was intended to cover public performances by radio broadcasting (pp. 680-82). Moreover, it held that "communication" is "apt to include performances in its meaning" (p. 681). As a result, the Court concluded that s. 3(1)(f) must include the exclusive right of public performance by radio broadcasting.

[22] After 1931, there were no changes to s. 3(1)(f) until 1988. In 1988, s. 3(1)(f) was amended to read as follows:

(f) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work *to the public* by *telecommunication*. . . .

(*Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65, s. 62)

[23] SOCAN argues that the 1988 amendment from "radio communication" to "telecommunication" demonstrates Parliament's intent to remove *all* reference in s. 3(1)(f) to conventional performance or broadcasting activities, and to expand the communication right to technologies that involve

En Angleterre *les tribunaux ont décidé que la transmission radiophonique tombe sous le coup du terme « représentation »*; mais afin d'établir clairement que les droits de l'auteur embrassent non seulement toute reproduction sonore, et le reste, mais aussi la transmission par radiophonie, nous avons ajouté à la définition du terme « représentation » dans le présent texte les mots « ou par transmission radiophonique ». [. . .] J'ajoute simplement les mots : « ou par transmission radiophonique » pour établir clairement que *l'auteur a les mêmes droits concernant la radiodiffusion que pour toute autre reproduction de son œuvre*. [Italiques ajoutés.]

(vol. 3, 8 juin 1931, p. 2373-2374)

[21] C'est également ainsi que notre Cour interprète le texte initial de l'al. 3(1)f) dans l'arrêt *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. c. CTV Television Network Ltd.*, [1968] R.C.S. 676. Elle statue alors que les signaux transmis par CTV à ses stations affiliées ne communiquent pas des [TRADUCTION] « œuvres de musique » — alors définies comme étant « manuscrite[s] » —, mais communiquent plutôt leur « exécution ». Dans une remarque incidente, notre Cour ajoute que l'article 11*bis* de la *Convention de Rome*, dont s'inspirent l'al. 3(1)f), vise à englober l'exécution publique par radiodiffusion (p. 680-682). De plus, elle statue que la « communication [. . .] peut s'entendre de l'exécution » (p. 681). Elle conclut donc que l'al. 3(1)f) doit englober le droit exclusif d'exécution publique par radiodiffusion.

[22] Après 1931, le texte de l'al. 3(1)f) n'a été modifié qu'en 1988 pour devenir le suivant :

f) de communiquer *au public*, par *télécommunication*, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique; . . .

(*Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada — États-Unis*, L.C. 1988, ch. 65, art. 62)

[23] La SOCAN allègue que cette modification (substituant à l'expression « au moyen de la radiophonie » le terme « par télécommunication ») atteste l'intention du législateur de supprimer, à l'al. 3(1)f), *toute* mention des activités traditionnelles d'exécution ou de représentation, ou encore,

transmitting data in a way that gives end users a permanent copy of the work.

[24] With respect, we disagree. The 1988 amendments to the *Copyright Act* found at ss. 61 to 65 of the *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, were enacted in order to give effect to Articles 2005 and 2006 of the 1987 *Canada-U.S. Free Trade Agreement (CUFTA)*: see *Canadian Wireless Telecommunications Assn. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2008 FCA 6, [2008] 3 F.C.R. 539 (*CWTA v. SOCAN*), at para. 27. Before *CUFTA*, Canadian courts had held that “radio communication” under the former s. 3(1)(f) was limited to Hertzian radio waves and did *not* extend to communication by co-axial cables: *Canadian Admiral Corp. v. Rediffusion, Inc.*, [1954] Ex. C.R. 382, at p. 410. *CUFTA*, however, required Canada to compensate copyright owners for the retransmission of television signals that were sent over cable lines. The amendments were therefore designed to ensure that cable companies, and not just radio broadcasters, would also be captured under s. 3(1)(f): John S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4th ed. (loose-leaf)), at pp. 21-86, 21-87 and 29-1.

[25] In this context, the replacement of the words “radio communication” with “telecommunication” should be understood as merely expanding the *means of communicating* a work — that is, from radio waves (“by radio communication”) to cable and other future technologies (“to the public by telecommunication”). In our view, by substituting the word “telecommunication” in 1988, Parliament did not intend to change the fundamental nature of the communication right, which had for over 50 years been concerned with performance-based activities. Instead, Parliament only changed the *means of transmitting* a communication. The word “communicate” itself was never altered.

de radiodiffusion, et d’étendre la portée du droit de communication de manière à englober les technologies comportant la transmission de données qui permettent à l’utilisateur de conserver une copie permanente de l’œuvre.

[24] Avec égards, nous ne sommes pas de cet avis. Les modifications de 1988 découlant des art. 61 à 65 de la *Loi de mise en œuvre de l’Accord de libre-échange Canada — États-Unis* visaient à donner effet aux art. 2005 et 2006 de l’*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis* de 1987 : voir *Assoc. canadienne des télécommunications sans fil c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2008 CAF 6, [2008] 3 R.C.F. 539 (*ACTSF c. SOCAN*), par. 27. Avant cet accord, les tribunaux canadiens avaient statué que, pour l’application de l’ancien al. 3(1)f), la « radiophonie » s’entendait seulement des ondes hertziennes, *pas* de la communication par câbles coaxiaux : *Canadian Admiral Corp. c. Rediffusion, Inc.*, [1954] R.C. de l’É. 382, p. 410. L’accord obligeait toutefois le Canada à indemniser les titulaires de droit d’auteur pour la retransmission de signaux de télévision par câble. Les modifications avaient donc pour but de faire en sorte que l’al. 3(1)f) vise les câblodistributeurs, et non uniquement les radiodiffuseurs : John S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4^e éd. (feuilles mobiles)), p. 21-86, 21-87 et 29-1.

[25] Dans ce contexte, on ne doit voir dans le remplacement de « radiophonie » par « télécommunication » que l’élargissement des *modes de communication* d’une œuvre, de sorte qu’aux ondes radio (« au moyen de la radiophonie ») s’ajoutent la câblodistribution puis les nouvelles technologies ultérieures (« au public, par télécommunication »). À notre avis, lorsqu’il a substitué le mot « télécommunication » en 1988, le législateur n’avait pas l’intention de changer la nature fondamentale du droit de communication, lequel se rapportait depuis plus de 50 ans aux activités d’exécution ou de représentation. En fait, il a seulement modifié les *modes de transmission* de la communication. Dans la version anglaise, le mot « *communicate* » n’a jamais été remplacé.

[26] Parliament's addition of the phrase "to the public" to s. 3(1)(f) also supports this interpretation of the 1988 amendments. Before 1988, there was no doubt that all communications were "to the public", as the nature of a broadcast through radio waves was necessarily public. The term "telecommunication", however, risked introducing ambiguity into the *Act*, as telecommunication could also include private communications. By adding the phrase "to the public" with the term "telecommunication" in 1988, Parliament clarified its intent to maintain the communication right as a category of performance right.

[27] Therefore, we agree with Rothstein J. (at para. 98) that there is a "historic relationship" between the performance right and the communication right in the *Copyright Act*, but we disagree with his conclusion that Parliament intended to sever this relationship based on the 1988 amendments. In our view, this historical connection between communication and performance still exists today. With respect, the Board ignored this connection when it concluded that transmitting a download of a musical work over the Internet could amount to a "communication".

[28] The Board's conclusion was based in part on its erroneous view that a "download" is indistinguishable from a "stream". Although a download and a stream are both "transmissions" in technical terms (they both use "data packet technology"), they are not both "communications" for purposes of the *Copyright Act*. This is clear from the Board's definition of a stream as "a transmission of data that allows the user to listen or view the content at the time of transmission and that is not meant to be reproduced" (para. 15). Unlike a download, the experience of a stream is much more akin to a broadcast or performance.

[26] L'ajout des mots « au public » à l'al. 3(1)f) nous conforte dans cette interprétation des modifications de 1988. Avant celles-ci, il ne faisait aucun doute que toutes les communications étaient destinées « au public » puisque la diffusion par ondes hertziennes était nécessairement de nature publique. Or, le terme « télécommunication » risquait de créer une ambiguïté dans la *Loi*, car la télécommunication pouvait également s'entendre d'une communication privée. En juxtaposant « au public » avant « télécommunication », le législateur a clairement signifié son intention que le droit de communication demeure un droit d'exécution ou de représentation.

[27] Par conséquent, nous partageons l'avis du juge Rothstein (par. 98) selon lequel il existe, dans la *Loi sur le droit d'auteur*, un « lien historique » entre le droit d'exécution ou de représentation et le droit de communication, mais nous ne souscrivons pas à sa conclusion voulant que, au vu des modifications de 1988, le législateur ait voulu rompre ce lien. Selon nous, le lien historique entre communication et exécution ou représentation subsiste de nos jours. Soit dit en tout respect, la Commission fait abstraction de son existence lorsqu'elle conclut que la transmission du téléchargement d'une œuvre musicale sur Internet peut équivaloir à une « communication ».

[28] La conclusion de la Commission repose en partie sur le point de vue erroné voulant qu'on ne puisse distinguer le « téléchargement » de la « transmission en continu ». Bien que les deux constituent des « transmissions » sur le plan technique (l'un et l'autre utilisent la « technologie de transmission des données par paquets »), les deux ne sont pas des « communications » pour l'application de la *Loi sur le droit d'auteur*. C'est ce qui ressort de la définition de transmission en continu retenue par la Commission : « une transmission de données permettant à l'utilisateur d'entendre ou de voir le contenu au moment de la transmission et qui n'est pas destinée à la reproduction » (par. 15). À la différence du téléchargement, la transmission en continu s'apparente plutôt à la radiodiffusion ou à l'exécution ou représentation.

[29] The Board also appears to have relied on Binnie J.'s observation in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R. 427 (*SOCAN v. CAIP*), that a work has necessarily been "communicated" when, "[a]t the end of the transmission, the end user has a musical work in his or her possession that was not there before" (at para. 45), and on *CWTA v. SOCAN*, where Sharlow J.A. evoked *SOCAN v. CAIP* to hold that "[t]he word 'communication' connotes the passing of information from one person to another" (paras. 19-20).

[30] As noted by Justice Rothstein, however, the comments in *SOCAN v. CAIP* were *obiter*, as the meaning of "communicate" in s. 3(1)(f) was not directly in issue in that case. Neither *SOCAN v. CAIP* nor *CWTA v. SOCAN* examined the legislative history behind the term "communicate" or the connection between communication and performance.

[31] For the same reason, we cannot agree with Justice Rothstein's dependence on the dictionary definition of the word "communicate" to mean *any* transmission of data, including a download which provides the user with a durable copy of the work. Dictionaries, while often offering a useful range of definitional options, are of little assistance in identifying what a word means when it is orphaned from its context: Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 27; see also *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, at para. 67 (*per* Gonthier J.). In our view, using dictionary definitions in this case has the effect of ignoring a solid line of legislative history connecting the term "communicate" to performance-based activities.

[32] The Board's interpretation of s. 3(1)(f) also ignores the historic distinction between performance-based rights and reproduction-based rights, improperly extending the term "communicate" to

[29] La Commission semble également se fonder sur l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427 (*SOCAN c. ACFI*), où le juge Binnie fait observer que l'œuvre a nécessairement été « communiquée » lorsque, « [à] l'issue de la transmission, l'utilisateur final a en sa possession une œuvre musicale qu'il n'avait pas auparavant » (par. 45), et sur l'arrêt *ACTSF c. SOCAN*, dans lequel le juge Sharlow, invoquant l'arrêt *SOCAN c. ACFI*, affirme que la « "communication" s'entend de la transmission d'informations d'une personne à une autre » (par. 19-20).

[30] Toutefois, comme le souligne le juge Rothstein, les remarques formulées dans l'arrêt *SOCAN c. ACFI* sont incidentes, car la signification du verbe « communiquer » employé à l'al. 3(1)f) n'était pas directement en cause dans cette affaire. Ni l'arrêt *SOCAN c. ACFI* ni l'arrêt *ACTSF c. SOCAN* ne se penchent sur l'historique législatif du verbe « communiquer » ou sur le lien entre communication et exécution ou représentation.

[31] Pour la même raison, nous ne pouvons convenir avec le juge Rothstein que, suivant sa définition lexicographique, le mot « communiquer » s'entend de *toute* transmission de données, y compris le téléchargement qui permet à l'utilisateur de conserver une copie durable de l'œuvre. Bien qu'ils offrent souvent une panoplie utile de définitions possibles, les dictionnaires permettent difficilement de déterminer le sens d'un mot lorsque celui-ci se voit arraché à son contexte : Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd. 2002), p. 27; voir également *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, par. 67 (le juge Gonthier). À notre avis, l'effet du recours aux définitions lexicographiques en l'espèce est de faire abstraction du long historique législatif qui relie fermement le terme « communiquer » aux activités d'exécution ou de représentation.

[32] Dans son interprétation de l'al. 3(1)f), la Commission méconnaît également la distinction traditionnelle entre droit d'exécution ou de représentation et droit de reproduction en élargissant à

capture the Internet delivery of permanent copies of a work. In our view, this interpretation goes far beyond what the term “communicate” was ever intended to capture.

[33] In enacting s. 3(1), Parliament distinguished between rights of reproduction and performance:

3. (1) For the purposes of this Act, “copyright” means the sole right to *produce or reproduce* the work or any substantial part thereof in any material form whatsoever, *to perform*, or in the case of a lecture to deliver, the work or any substantial part thereof *in public*

(*Copyright Act, 1921*)

[34] This distinction between reproduction and performance in s. 3(1) has been maintained all the way through to the current version of the *Act*.

[35] Performing a work is fundamentally different than reproducing it. As this Court concluded in *Bishop v. Stevens*, a performance is impermanent in nature, and does not leave the viewer or listener with a durable copy of the work:

The right to perform (including radio broadcast), and the right to make a recording, are separately enumerated in s. 3(1). They are distinct rights in theory and in practice [T]he rights to perform and to record a work are considered sufficiently distinct that they are generally assigned separately, and administered by different entities.

. . . A performance is by its very nature fleeting, transient, impermanent. When it is over, only the memory remains. . . . Furthermore, no imitation of a performance can be a precise copy. A recording, on the other hand, is permanent. It may be copied easily, privately, and precisely. Once a work has been recorded, the recording takes on a life of its own. . . . Once the composer has made or authorized a recording of his work, he has irrevocably given up much of his control over its presentation to the public. These are the reasons why the rights to perform and to record are recognized as

tort le sens du verbe « communiquer » pour englober la distribution sur Internet d’une copie permanente de l’œuvre. Selon nous, cette interprétation va beaucoup plus loin que le législateur l’a jamais voulu en employant le terme « communiquer ».

[33] Lors de l’adoption du par. 3(1), le législateur a établi une distinction entre droit de reproduction et droit d’exécution ou de représentation :

3. (1) Pour les fins de la présente loi, le « droit d’auteur » désigne le droit exclusif de *produire ou de reproduire* une œuvre sous une forme matérielle quelconque, *d’exécuter ou de représenter* ou, s’il s’agit d’une conférence, de débiter *en public* [. . .] l’œuvre ou une partie importante de celle-ci

(*Loi de 1921 concernant le droit d’auteur*)

[34] Cette distinction a toujours subsisté jusqu’à la version actuelle du par. 3(1) de la *Loi*.

[35] L’exécution d’une œuvre diffère fondamentalement de sa reproduction. Comme le conclut notre Cour dans l’arrêt *Bishop c. Stevens*, une exécution est de nature passagère et ne laisse pas le téléspectateur ou l’auditeur en possession d’une copie durable de l’œuvre :

Le droit d’exécuter une œuvre (notamment celui de la radiodiffuser) et le droit de faire un enregistrement sont mentionnés de façon distincte au par. 3(1). Ce sont des droits distincts en théorie et en pratique [. . .] [L]e droit d’exécuter une œuvre et celui de l’enregistrer sont suffisamment distincts pour être ordinairement cédés séparément et administrés par des organismes différents.

. . . Une exécution est par sa nature même fugace, momentanée, passagère. Lorsqu’elle est terminée, il n’en reste plus que le souvenir [. . .] De plus, aucune imitation d’une exécution n’en est une reproduction parfaite. En revanche, un enregistrement est permanent. Il est facile d’en faire des reproductions exactes et privées. Dès qu’une œuvre a été enregistrée, son enregistrement acquiert une sorte d’autonomie [. . .] Après avoir enregistré son œuvre ou en avoir autorisé l’enregistrement, un compositeur a cédé de façon définitive une large part de contrôle sur la présentation de son œuvre au public.

distinct in the Act, and why in practice a composer may wish to authorize performances but not recordings of his work. [Emphasis added; pp. 477-79.]

[36] In *Bishop*, the alleged infringer argued that the “right to broadcast” a musical work under s. 3(1)(f) included the incidental right to make an ephemeral copy for the sole purpose of facilitating the broadcast. This Court ultimately concluded that the right to perform — including the right to communicate — could not be understood to include the right to reproduce, since performing and communicating are different in nature from making a recording.

[37] Even though *Bishop* interpreted the pre-1988 version of the *Copyright Act* (before the “telecommunication” amendment), the distinction between performance-based and reproduction-based rights established in s. 3(1) is evidenced in the provisions of the current *Act*. For example, in s. 2.2(1), the term “publication” includes “making copies”, but expressly excludes “the performance in public, or the communication to the public by telecommunication” of a work. Similarly, the educational institutions exception in s. 29.4(2) refers to the right to “reproduce” and the right to “communicate by telecommunication to the public” as distinct rights. The same is true of s. 15(1), which categorizes neighbouring rights under the *Act* into two categories: the right to “communicate” and “perform” a performance, and the right to “reproduce” a fixation of the performance.

[38] The distinction between performance and communication rights on the one hand and reproduction rights on the other is also evident in the collective administration of copyright tariffs under the *Copyright Act*. In 1993, SOCAN — a performing rights society — was put in charge of administering the communication right in s. 3(1)(f) in relation to musical works: S.C. 1993, c. 23, s. 3: see McKeown, at pp. 3-12, 27-2 and 27-3. These provisions are contained in a section of the *Act* entitled

C’est pour cela que la Loi établit une distinction entre le droit d’exécuter une œuvre et celui de l’enregistrer et qu’un auteur peut, en pratique, vouloir autoriser l’exécution de son œuvre mais non son enregistrement. [Italiques ajoutés; p. 477-479.]

[36] Dans cette affaire, la personne accusée de violation du droit d’auteur a fait valoir que le « droit de diffuser » une œuvre musicale suivant l’al. 3(1)f) comportait le droit accessoire d’en tirer une copie éphémère à la seule fin de faciliter la radiodiffusion. Notre Cour a finalement conclu que le droit d’exécuter une œuvre — y compris celui de la communiquer — ne pouvait être interprété de façon à englober le droit de la reproduire, puisque l’exécution ou la représentation et la communication diffèrent intrinsèquement de l’enregistrement.

[37] Bien que, dans l’arrêt *Bishop*, notre Cour interprète la version de la *Loi sur le droit d’auteur* antérieure à la modification de 1988 qui a intégré le mot « télécommunication », la distinction entre le droit d’exécution ou de représentation et celui de reproduction établie au par. 3(1) se retrouve dans les dispositions de la *Loi* actuelle. Par exemple, au par. 2.2(1), le terme « publication » s’entend de la « mise à la disposition [. . .] d’exemplaires », mais exclut expressément « la représentation ou l’exécution en public » d’une œuvre ou sa « communication au public par télécommunication ». De même, l’exception que prévoit le par. 29.4(2) au bénéfice des établissements d’enseignement tient pour distincts le droit de « reproduction » et celui de « communication par télécommunication [. . .] au public ». Il en va de même du par. 15(1), qui scinde en deux catégories les droits voisins prévus par la *Loi* : le droit de « communiquer » la prestation et de l’« exécuter », et celui d’en « reproduire » la fixation.

[38] La distinction entre, d’une part, droits d’exécution ou de représentation et de communication et, d’autre part, droit de reproduction ressort également de la gestion collective des tarifs de redevances en vertu de la *Loi sur le droit d’auteur*. En 1993, la SOCAN — une société de gestion du droit d’exécution — s’est vu confier l’administration du droit de communication prévu à l’al. 3(1)f) en liaison avec les œuvres musicales : L.C. 1993, ch. 23, art. 3 : voir McKeown, p. 3-12, 27-2 et 27-3. Les

“Collective Administration of *Performing Rights and of Communication Rights*”: ss. 67 to 68.2 (S.C. 1997, c. 24, s. 45): see McKeown, at p. 26-3. Even the Copyright Board itself categorizes its decisions relating to musical works into two categories: “Public Performance of Music” and “Reproduction of Musical Works”: <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/index-e.html>.

[39] Therefore, the term “communicate” in s. 3(1)(f), which has historically been linked to the right to perform, should not be transformed by the use of the word “telecommunication” in a way that would capture activities akin to reproduction. Such transformation would result in abandoning the traditional distinction in the *Act* between performance-based rights and rights of reproduction. There is no evidence either in 1988 or in subsequent amendments to the *Act* that Parliament intended such abandonment.

[40] SOCAN submits that the distinction between reproduction and performance rights in *Bishop* actually supports its view that downloading a musical work over the Internet can attract two tariffs. Since reproduction and performance-based rights are two separate, independent rights, copyright owners should be entitled to a separate fee under each right. This is based on the Court’s reliance in *Bishop*, at p. 477, on a quote from *Ash v. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd.*, [1936] 2 All E.R. 1496 (C.A.), at p. 1507, *per* Greene L.J.:

Under the Copyright Act, 1911 [on which the Canadian *Act* was based], . . . the rights of the owner of copyright are set out. A number of acts are specified, the sole right to do which is conferred on the owner of the copyright. The right to do each of these acts is, in my judgment, a separate statutory right, *and anyone who without the consent of the owner of the copyright does any of these acts commits a tort; if he does two of them, he commits two torts, and so on.* [Emphasis added.]

dispositions pertinentes figurent dans la partie de la *Loi* intitulée « Gestion collective du *droit d’exécution et de communication* » : art. 67 à 68.2 (L.C. 1997, ch. 24, art. 45) : voir McKeown, p. 26-3. Même la Commission du droit d’auteur répartit ses décisions relatives aux œuvres musicales entre deux catégories : « Exécution publique de la musique » et « Reproduction d’œuvres musicales » : <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/index-f.html>.

[39] Dès lors, le verbe « communiquer » employé à l’al. 3(1)f), qui a de tout temps été lié au droit d’exécution ou de représentation, ne doit pas être transformé par la présence du mot « télécommunication » de telle sorte qu’il englobe des activités apparentées à la reproduction. Une telle mutation équivaldrait à l’abandon de la distinction traditionnelle établie dans la *Loi* entre droit d’exécution ou de représentation et droit de reproduction. Aucune disposition ayant modifié la *Loi* en 1988 ou par la suite n’atteste que le législateur a voulu un tel abandon.

[40] La SOCAN soutient que la distinction entre le droit de reproduction et le droit d’exécution ou de représentation reconnue dans l’arrêt *Bishop* étaye en fait sa thèse selon laquelle le téléchargement d’une œuvre musicale sur Internet peut emporter l’application de deux tarifs. Comme le droit de reproduction et le droit d’exécution ou de représentation sont distincts et indépendants, le titulaire du droit d’auteur devrait avoir droit à une redevance distincte pour l’exercice de chacun d’eux. Cette prétention repose sur le renvoi que fait la Cour, dans l’arrêt *Bishop*, à la p. 477, aux propos tenus par le lord juge Greene dans l’arrêt *Ash c. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd.*, [1936] 2 All E.R. 1496 (C.A.), p. 1507 :

[TRADUCTION] . . . la Copyright Act, 1911 [sur laquelle la *Loi* canadienne est modelée] expose les droits du titulaire d’un droit d’auteur. Il énumère certains actes que seul le titulaire d’un droit d’auteur peut accomplir. Le droit d’accomplir chacun de ces actes est, à mon avis, un droit distinct, créé par la loi, *et quiconque accomplit l’un de ces actes sans le consentement du titulaire du droit d’auteur commet de ce fait un délit; s’il en accomplit deux, il commet deux délits et ainsi de suite.* [Italiques ajoutés.]

[41] In our view, the Court in *Bishop* merely used this quote to emphasize that the rights enumerated in s. 3(1) are distinct. *Bishop* does *not* stand for the proposition that a *single* activity (i.e., a download) can violate two separate rights at the same time. This is clear from the quote in *Ash v. Hutchinson*, which refers to “two acts”. In *Bishop*, for example, there were two activities: 1) the making of an ephemeral copy of the musical work in order to effect a broadcast, and 2) the actual broadcast of the work itself. In this case, however, there is only one activity at issue: downloading a copy of a video game containing musical works.

[42] Nor is the communication right in s. 3(1)(f) a *sui generis* right in addition to the general rights described in s. 3(1). The introductory paragraph defines what constitutes “copyright”. It states that copyright “means” the sole right to produce or reproduce a work in any material form, to perform a work in public, or to publish an unpublished work. This definition of “copyright” is exhaustive, as the term “means” confines its scope. The paragraph concludes by stating that copyright “includes” several other rights, set out in subsections (a) through (i). As a result, the rights in the introductory paragraph provide the basic structure of copyright. The enumerated rights listed in the subsequent subparagraphs are simply illustrative: Sunny Handa, *Copyright Law in Canada* (2002), at p. 195; see also *Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 F.C. 173 (T.D.), at p. 197. The rental rights in s. 3(1)(i) referred to by Justice Rothstein, for example, can fit comfortably into the general category of reproduction rights.

[43] In our view, therefore, the Board’s conclusion that the Internet delivery of a permanent copy of a video game containing musical works amounted to a “communication” under s. 3(1)(f) should be set aside.

[44] We would therefore allow the appeal with costs.

[41] À notre avis, dans l’arrêt *Bishop*, la Cour cite ce passage uniquement pour mettre en évidence le caractère distinct des droits énumérés au par. 3(1). Elle n’affirme *pas* qu’une *seule* activité (le téléchargement) peut porter atteinte à deux droits distincts en même temps. C’est ce qui ressort de l’extrait tiré de l’arrêt *Ash c. Hutchinson*, qui renvoie à [TRADUCTION] « deux actes ». Par exemple, dans l’affaire *Bishop*, deux activités étaient en cause : (1) la réalisation d’une copie éphémère de l’œuvre musicale en vue de sa diffusion et (2) la diffusion effective de celle-ci. Or, une seule activité fait l’objet de la présente espèce : le téléchargement de la copie d’un jeu vidéo contenant une œuvre musicale.

[42] Le droit de communication prévu à l’al. 3(1)f) n’est pas non plus un droit *sui generis* qui s’ajoute aux droits généraux énoncés au par. 3(1). La partie introductive définit ce qui constitue le « droit d’auteur ». Elle dispose que le droit d’auteur « comporte » le droit exclusif de produire ou reproduire une œuvre sous une forme matérielle quelconque, d’exécuter l’œuvre ou de la représenter en public et de publier une œuvre non publiée. Il s’agit d’une définition exhaustive, car dans sa version anglaise, le terme « *means* » en circonscrit la portée. Le texte introductif précise à la fin que le droit d’auteur « comporte, en outre » plusieurs autres droits, qui sont énumérés aux al. a) à i). Partant, les droits énoncés dans la partie introductive constituent l’assise fondamentale du droit d’auteur. Ceux qui font l’objet des alinéas suivants ne sont que des exemples : Sunny Handa, *Copyright Law in Canada* (2002), p. 195; voir également *Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173 (1^{re} inst.), p. 197. Par exemple, le droit de location prévu à l’al. 3(1)i) et auquel renvoie le juge Rothstein entre aisément dans la catégorie générale des droits de reproduction.

[43] À notre avis, la conclusion de la Commission selon laquelle distribuer sur Internet une copie permanente d’un jeu vidéo qui renferme une œuvre musicale équivaut à « communiquer » cette œuvre pour l’application de l’al. 3(1)f) doit donc être annulée.

[44] Par conséquent, nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens.

The reasons of LeBel, Fish, Rothstein and Cromwell JJ. were delivered by

[45] ROTHSTEIN J. (dissenting) — Under the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42 (the “Act”), s. 3(1)(f), a copyright holder has the sole right to “communicate [his or her] work to the public by telecommunication” and to authorize any such communication. The question in this case is whether a musical work is “communicate[d] . . . by telecommunication” when a file containing the musical work is downloaded from the Internet.

[46] When files containing copyright protected works are downloaded, copyright holders are entitled to compensation for the reproduction of their works. This appeal concerns musical works contained in video games which may be downloaded from the Internet. The appellants, the Entertainment Software Association and the Entertainment Software Association of Canada (collectively, the “ESA”), argue that works transmitted over the Internet by downloading should not give rise to further compensation under s. 3(1)(f). The respondent, Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (“SOCAN”), says that reproduction and communication are different and independent rights under the Act and that copyright holders are entitled to remuneration for the communication of their works through Internet downloading.

[47] My colleagues Abella and Moldaver JJ. part company with me on some fundamental principles of copyright law. In my view, precedents of this Court have established the principles that must govern the analysis in this appeal. Copyright is a creature of statute (*Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, at para. 5; *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357, at p. 373; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, at p. 477). Copyright is comprised of a bundle of independent statutory rights (*Bishop v. Stevens*, at p. 477; *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, at p. 373). Courts must give effect to these independent rights as provided by Parliament. While courts must bear in mind that

Version française des motifs des juges LeBel, Fish, Rothstein et Cromwell rendus par

[45] LE JUGE ROTHSTEIN (dissident) — Suivant l’alinéa 3(1)f de la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42 (la « Loi »), le titulaire du droit d’auteur a le droit exclusif de « communiquer [son œuvre] au public, par télécommunication » et d’autoriser pareille communication. La question qui se pose en l’espèce est celle de savoir si l’œuvre musicale est « communiqu[ée] [. . .] par télécommunication » lorsque le fichier qui la contient est téléchargé sur Internet.

[46] Lorsqu’un fichier contenant une œuvre protégée est téléchargé, le titulaire du droit d’auteur a le droit d’être rémunéré pour la reproduction de son œuvre. Le présent pourvoi a pour objet l’œuvre musicale que renferme le jeu vidéo téléchargeable sur Internet. Les appelantes, Entertainment Software Association et l’Association canadienne du logiciel de divertissement (collectivement « ESA »), font valoir que la transmission d’une œuvre qui résulte de son téléchargement sur Internet ne donne pas droit à une rémunération supplémentaire au titre de l’al. 3(1)f. L’intimée, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (« SOCAN »), soutient que, suivant la Loi, droit de reproduction et droit de communication sont distincts et que le titulaire du droit d’auteur doit être rémunéré pour la communication de son œuvre par téléchargement Internet.

[47] Mes collègues les juges Abella et Moldaver sont en désaccord avec moi en ce qui concerne certains principes fondamentaux du droit d’auteur. J’estime que notre Cour a déjà établi les principes devant présider à l’analyse qui s’impose en l’espèce. Le droit d’auteur tire son origine de la loi (*Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 5; *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357, p. 373; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, p. 477) et il est constitué d’un ensemble de droits légaux distincts (*Bishop c. Stevens*, p. 477; *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, p. 373). Les tribunaux doivent appliquer ces droits distincts conformément à la volonté exprimée par

the *Copyright Act* “is . . . 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”, which balance requires “not only . . . recognizing the creator’s rights but in giving due weight to their limited nature” (*Théberge*, at paras. 30-31), courts must still respect the language chosen by Parliament — not override it.

[48] In my respectful opinion, my colleagues’ approach sweeps away these well-established principles. They start from the proposition that once the reproduction rights in the musical work contained in a video game are negotiated, “the owner of the copyright in the musical work has no further rights when the game is sold” (Abella and Moldaver JJ., at para. 1). They support their argument by reference to the principle of technological neutrality: because the production and sale of a *hard copy* of the video game would only engage the right to reproduce the musical works it contains, the sale of a *digital copy* of the game, by transmission over the Internet, must also not trigger protected rights other than the right to reproduce. For my colleagues, the “Internet is simply a technological taxi that delivers a durable copy of the same work to the end user” (para. 5). They say that the question in this appeal is “whether the rights are nonetheless revived when the work is sold over the Internet instead of in a store” (para. 1).

[49] Generally, a technologically neutral copyright law is desirable. However, technological neutrality is not a statutory requirement capable of overriding the language of the Act and barring the application of the different protected rights provided by Parliament. My colleagues’ basic propositions pre-empt the application of other rights of the copyright holder to this set of facts and divest these rights of their independent content. There is no need to revive rights that have never been exhausted.

le législateur. Ils doivent respecter le libellé de la loi et se garder d’y passer outre même s’il leur faut se rappeler que la *Loi sur le droit d’auteur* « établ[ît] 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 », ce qui requiert « non seulement [de reconnaître] les droits du créateur, mais aussi [d’accorder] l’importance qu’il convient à la nature limitée de ces droits » (*Théberge*, par. 30-31).

[48] À mon humble avis, la position de mes collègues écarte ces principes bien établis. Ils estiment d’abord qu’une fois négociés les droits de reproduction de l’œuvre musicale contenue dans le jeu vidéo, « le titulaire du droit d’auteur sur l’œuvre musicale ne peut plus prétendre à des droits supplémentaires lors de la vente du jeu » (les juges Abella et Moldaver, par. 1). Ils invoquent à l’appui le principe de la neutralité technologique selon lequel la vente d’un *exemplaire numérique* du jeu vidéo, par transmission Internet, ne doit pas emporter l’application d’autres droits protégés que celui de reproduire, car la production et la vente d’un exemplaire du jeu sur *support traditionnel* ne met en cause que le droit de reproduire l’œuvre musicale qu’il renferme. Pour mes collègues, « Internet ne représente qu’un taxi technologique assurant la livraison d’une copie durable de la même œuvre à l’utilisateur » (par. 5). Ils affirment que la question en litige dans le pourvoi est celle de savoir « si les droits renaissent néanmoins lorsque l’œuvre est vendue sur Internet plutôt qu’en magasin » (par. 1).

[49] En règle générale, la neutralité technologique est souhaitable en matière de droit d’auteur. Il ne s’agit cependant pas d’une exigence légale susceptible de primer le texte de la Loi ou de faire obstacle à l’application des différents droits protégés par le législateur. Fondamentalement, la thèse défendue par mes collègues empêche l’application d’autres droits du titulaire du droit d’auteur dans les circonstances considérées et dépouille ces droits de leur objet distinct. Point n’est besoin de faire renaître des droits qui n’ont jamais été épuisés.

[50] In many respects, the Internet may well be described as a technological taxi; but taxis need not give free rides.

I. Facts and Procedural History

[51] On judicial review, the Federal Court of Appeal (“FCA”) upheld the determination by the Copyright Board that the download of a file containing a musical work is a “communicat[ion] . . . to the public by telecommunication” within the meaning of s. 3(1)(f) of the Act, entitling SOCAN members to compensation in accordance with an approved tariff. The ESA appeals to this Court from the decision of the FCA.

[52] The ESA is a coalition of video game publishers and distributors. Video games are entertainment software consisting of millions of lines of software code. When installed and run on a computer, the software generates audiovisual effects in response to commands by the user. The audio component may include musical works as part of the game’s soundtrack.

[53] Video games can be sold over the Internet. Customers navigate to the website of an online game provider where the video game program is offered for sale, pay the purchase price and download the program. The site transmits a permanent copy of the software to the customer’s hard drive. This mode of delivery of the purchased program competes with the traditional model, where the video game is stored on a CD or in a cartridge, requiring the customer to buy it at a store.

[54] The customer must then install the program, either downloaded from the Internet or contained on the CD, on his or her computer. Only after the installation is complete may the customer run the game, at which point, the audio and the visual effects of the software become perceptible. The game and its audio and visual effects are not perceptible during the transmission of the file from the vendor to the video game user, a fact that is said to be of crucial significance in this case.

[50] Sous bien des rapports, il est certes légitime de voir dans Internet un taxi technologique; or, celui-ci n’a pas à offrir de courses gratuites.

I. Faits et historique judiciaire

[51] Saisie d’une demande de contrôle judiciaire, la Cour d’appel fédérale (« CAF ») a confirmé la décision de la Commission du droit d’auteur, à savoir que télécharger une œuvre musicale équivaut à la « communiquer au public, par télécommunication » pour l’application de l’al. 3(1)f) de la Loi et emporte le droit des membres de la SOCAN à une rémunération selon le tarif homologué. C’est contre cette décision de la CAF qu’ESA se pourvoit devant notre Cour.

[52] ESA représente les éditeurs et les distributeurs de jeux vidéo. Un jeu vidéo est un logiciel de divertissement constitué de millions de lignes de codes. Une fois installé dans l’ordinateur puis activé, le logiciel crée des effets audiovisuels au gré de l’utilisateur. La bande sonore du jeu peut inclure une œuvre musicale.

[53] On peut acheter un jeu vidéo sur Internet. Le client accède au site du fournisseur, paie le prix d’achat, puis télécharge le jeu vidéo. Une copie permanente du logiciel lui est alors transmise sur son disque dur. Ce mode de distribution fait concurrence à l’acquisition traditionnelle en magasin d’un jeu vidéo stocké sur disque compact ou sur cartouche.

[54] Le client doit ensuite installer le programme dans son ordinateur, qu’il l’ait téléchargé sur Internet ou acheté sur CD. Ce n’est qu’une fois l’installation terminée que le client peut lancer le jeu et en percevoir les effets audiovisuels. Ni le jeu ni ses effets ne sont perceptibles pendant la transmission du fichier du vendeur à l’utilisateur, ce qui revêtirait une importance cruciale en l’espèce.

[55] It is standard practice within the video game publishing industry to negotiate clearance of copyright for the *reproduction* of the musical works incorporated in the games prior to their publication. There is no dispute that once reproduction rights are cleared, the owner of copyright in the musical work would have no further rights when the video game is sold to a customer at a bricks-and-mortar store or if a CD containing the game is shipped through regular mail.

[56] SOCAN is a collective society of composers, authors and publishers of music. It administers the right to perform in public and the right to communicate to the public by telecommunication the works covered by its members' copyrights. It files proposed tariffs with the Board and collects royalties, as set by the Board, on behalf of its members.

[57] These proceedings involve proposed tariffs first filed by SOCAN in 1995 for various uses of musical works constituting, in SOCAN's view, copyright protected communication of musical works to the public over the Internet. There were objections to the filed proposals. In 1996, the Board decided to deal with legal issues separately from the determination of the actual tariffs. The first step was to "determine which activities on the Internet, if any, constitute a protected use [of SOCAN's repertoire of music] targeted in the tariff" (*SOCAN Statement of Royalties, Public Performance of Musical Works 1996, 1997, 1998 (Tariff 22, Internet) (Re)* (1999), 1 C.P.R. (4th) 417 ("Tariff 22 decision"), at p. 424).

[58] On October 27, 1999 (the Tariff 22 decision), the Board issued what it termed its Phase I decision, dealing with legal and jurisdictional issues. The Tariff 22 decision was ultimately appealed to this Court, but not on the issue of communication to the public by telecommunication now before this Court. However, in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427 ("SOCAN v. CAIP"), at para. 30, Binnie J. noted the Board's conclusion that "an Internet communication occurs at the time the work is transmitted from the host server to the computer

[55] Dans ce secteur d'activité, l'usage veut que l'éditeur négocie l'affranchissement des droits de *reproduction* d'une œuvre musicale avant de lancer le jeu vidéo auquel celle-ci est intégrée. Il est admis que, une fois les droits de reproduction acquittés, le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre musicale ne peut prétendre à des droits supplémentaires lorsque le jeu vidéo est vendu dans un magasin ayant pignon sur rue ou expédié par la poste sur disque compact.

[56] La SOCAN représente les compositeurs, les auteurs et les éditeurs de musique. Elle gère les droits d'exécution en public et de communication au public par télécommunication de leurs œuvres protégées. Elle dépose des projets de tarifs auprès de la Commission et perçoit pour le compte de ses membres les redevances établies par cette dernière.

[57] La présente instance vise des projets tarifaires déposés par la SOCAN en 1995 pour diverses utilisations d'œuvres musicales protégées constituant à son avis des communications au public sur Internet. Ces projets ont fait l'objet d'oppositions. En 1996, la Commission a décidé d'examiner d'abord les questions juridiques puis d'établir le tarif des redevances. La première phase consistait à « [déterminer] quelles activités sur [. . .] Internet, le cas échéant, constituent une utilisation protégée [d'une œuvre musicale du répertoire de la SOCAN] visée par le tarif » (*Tarif des redevances, Exécution publique d'œuvres musicales 1996, 1997, 1998 (Tarif 22, Internet)* (en ligne) (la « décision concernant le tarif 22 »), p. 2).

[58] Le 27 octobre 1999, à l'issue de cette phase initiale, la Commission a statué sur les questions de droit et de compétence (la décision concernant le tarif 22). Sa décision a été contestée en appel jusque devant notre Cour, mais sur une autre question que celle de la communication au public par télécommunication dont nous sommes aujourd'hui saisis. Toutefois, dans l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427 (« *SOCAN c. ACFI* »), par. 30, le juge Binnie relève la conclusion de la Commission suivant laquelle « une communication

of the end user, regardless of whether it is played or viewed at that time, or later, or never” (see Tariff 22 decision, at p. 450). He found that this particular issue was “no longer contested”.

[59] In 2005, SOCAN modified its proposed Tariff to divide it into seven categories, each dealing with a different Internet-based activity. The sixth category applies to “Game Sites” and covers “communications of musical works as part of games, including gambling, from Sites or Services that consist predominantly of games . . .” (*Statement of Proposed Royalties to Be Collected by SOCAN for the Public Performance or the Communication to the Public by Telecommunication, in Canada, of Musical or Dramatico-Musical Works* (2005), 139 Can. Gaz. I (Supp.), at p. 18). When the Board proceeded to Phase II of the process to establish a tariff for the communication of musical works over the Internet for the years 1996 to 2006, the ESA argued that since the users can neither see, nor hear game software while it is being downloaded, “[t]he transmission solely involves a distribution of a copy of a work that is identical to copies available on discs in stores. The transmission [is] thus not a ‘communication to the public’” (A.F., at para. 20 (emphasis in original)).

[60] The Board’s Phase II determination was rendered in two decisions. In the first, issued on October 18, 2007 (61 C.P.R. (4th) 353) (the “Tariff 22.A decision”), the Board rejected the ESA’s argument and confirmed its prior conclusion that a download is a “communication”. While the Tariff 22.A decision dealt with the details of the tariffs applicable to uses of music by online music services that offer catalogues of songs for downloading upon payment of the purchase price, the Board held that the legal principles established in that decision would also apply to other uses of music on the Internet. The Board’s second Phase II decision, issued on October 24, 2008, *SOCAN Statement of Royalties, Internet — Other Uses of Music, 1996-2006 (Tariffs 22.B-22.G)* (2008), 70 C.P.R. (4th)

Internet a lieu au moment où l’œuvre est transmise du serveur hôte à l’ordinateur de l’utilisateur final, que l’écoute ou le visionnement soit immédiat ou ultérieur, ou n’ait jamais lieu » (voir la décision concernant le tarif 22, p. 36), un point qui, selon lui, « n’est plus contesté ».

[59] En 2005, la SOCAN a modifié son projet tarifaire pour créer sept catégories correspondant chacune à une activité Internet distincte. La sixième catégorie, celle des « Sites de [j]eux » regroupe « les communications d’œuvres musicales faisant partie de jeux, y compris le jeu de hasard, de [s]ites ou de [s]ervices qui consistent surtout [dans des] jeux » (*Projet de tarifs des redevances à percevoir par la SOCAN pour l’exécution en public ou la communication au public par télécommunication, au Canada, d’œuvres musicales ou dramatico-musicales* (2005), 139 Gaz. Can. I (suppl.), p. 18). Lors de la deuxième phase du processus, celle de l’établissement d’un tarif pour la communication d’œuvres musicales sur Internet pour les années 1996 à 2006, ESA a fait valoir devant la Commission que, l’utilisateur ne pouvant percevoir le logiciel du jeu ni par la vue ni par l’ouïe au moment du téléchargement, [TRADUCTION] « [l]a transmission consiste simplement dans la distribution d’une reproduction de l’œuvre qui est identique à celle offerte sur disque en magasin. La transmission n’[est] donc pas une “communication au public” » (m.a., par. 20 (souligné dans l’original)).

[60] La deuxième phase s’est conclue par deux décisions. Dans la première rendue le 18 octobre 2007 (en ligne) (la « décision concernant le tarif 22.A »), la Commission rejette la thèse d’ESA et confirme sa conclusion antérieure assimilant le téléchargement à une « communication ». Même si la décision concernant le tarif 22.A fixe en détail le tarif des redevances exigibles pour l’utilisation par les services de musique en ligne des œuvres qui figurent dans leurs catalogues et qui sont téléchargeables contre paiement, la Commission précise que les principes juridiques qu’elle y établit s’appliquent également aux autres utilisations de musique sur Internet. Dans la seconde décision issue de la deuxième phase rendue le 24 octobre 2008 (*Tarif des redevances, Exécution publique*

81 (the “Tariff 22.B-G decision”), established the details of the tariffs applicable to other uses of music on the Internet, including use by game sites at issue in this appeal (Tariff 22.G).

[61] A number of objectors applied to the FCA for judicial review on different issues, which the FCA dealt with in separate decisions. *Bell Canada v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2010 FCA 220, 409 N.R. 102 (“*Bell Canada*”), was an appeal by online music services contesting the Board’s determination in the Tariff 22.A decision that a download of a music file from the online music service’s website by the end consumer is a “communication to the public”. The FCA held that the Board’s determination was a reasonable interpretation of s. 3(1)(f) of the Act. The FCA considered that *SOCAN v. CAIP* had fully answered the question of what constitutes a “communication” and accordingly confirmed that a download is a communication (para. 5).

[62] As stated above, the ESA’s application for judicial review of the Tariff 22.B-G decision was dismissed by the FCA. On the issue of whether downloads of video games are communications to the public of the musical works they contain, the FCA referred to its reasons in *Bell Canada*, that is, that a download of a file containing a musical work is a communication to the public by telecommunication (2010 FCA 221, 406 N.R. 288, at para. 13).

II. Issue

[63] The issue in this appeal is whether the transmission of a video game through an Internet download is a “communication” to the public within the meaning of s. 3(1)(f) of the Act. If it is, SOCAN is entitled to royalties

d’œuvres musicales (Tarifs 22.B à 22.G, Internet) (en ligne)) (la « décision concernant le tarif 22.B-G »), la Commission établit le détail des redevances exigibles pour les autres utilisations d’œuvres musicales sur Internet, notamment l’utilisation sur des sites de jeux, celle qui est en cause dans le présent pourvoi (le tarif 22.G).

[61] Des opposants ont saisi la CAF d’une demande de contrôle judiciaire fondée sur différents motifs, et la CAF s’est prononcée dans des décisions séparées sur les questions ainsi soulevées. Dans l’affaire *Shaw Cablesystems G.P. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2010 CAF 220 (CanLII) (« *Bell Canada* »), des services de musique en ligne ont demandé le contrôle de la conclusion tirée par la Commission dans la décision concernant le tarif 22.A, à savoir que le téléchargement d’un fichier de musique par l’utilisateur à partir du site Web du service de musique en ligne constitue une « communication au public ». La CAF a conclu que la Commission avait raisonnablement interprété l’al. 3(1)(f) de la Loi, elle a estimé que l’arrêt *SOCAN c. ACFI* faisait déjà le tour de la question de savoir ce qu’il faut entendre par « communication » et elle a donc confirmé qu’un téléchargement constitue une communication (par. 5).

[62] Rappelons qu’ESA a été déboutée à l’issue du contrôle judiciaire de la décision concernant le tarif 22.B-G. Quant à savoir si le téléchargement d’un jeu vidéo constitue une communication au public de l’œuvre musicale qui y est contenue, la CAF renvoie à ses motifs dans *Bell Canada* selon lesquels le téléchargement d’un fichier renfermant une œuvre musicale constitue une communication au public par télécommunication (2010 CAF 221, 406 N.R. 288, par. 13).

II. Question en litige

[63] La question que soulève le présent pourvoi est celle de savoir si la transmission d’un jeu vidéo par téléchargement Internet peut être assimilée à une « communication » au public pour l’application de l’al. 3(1)(f) de la Loi. Dans l’affirmative,

for the communication of the included musical works.

III. Analysis

A. *Overview*

[64] The ESA submits that on reading s. 3(1)(f) in its entirety, considering it in the context of the entire Act and in light of its legislative history, the provision “creates an exclusive right of public performance (or representation for works that are not publicly performed) delivered by means of telecommunication”. They say that to “communicate” must mean “to cause information in humanly perceivable form to be imparted to another person for immediate listening or viewing” (A.F., at para. 33 (emphasis added)). The communication right was never meant to cover situations where durable copies of the copyrighted works are made available, which are already covered by the *reproduction right* and for which copyright holders are already compensated. Since the users can *neither see nor hear* game software while it is being downloaded, the transmission from the online game provider to the user does not constitute a communication to the public. The ESA further argues that the Act uses both the terms “communicate” and “transmit” and that the two cannot have the same meaning. In their submission, the act of a game being downloaded by a user constitutes a transmission and not a communication. The ESA also relies on American jurisprudence and raises some “unintended consequences” of the decisions below.

[65] In this appeal, the ESA does not advance arguments on whether, should the transmissions be found to be “communications” within the meaning of s. 3(1)(f), such transmissions would be communications “to the public”; this issue is dealt with in the companion case *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283.

la SOCAN peut percevoir des redevances pour la communication de toute œuvre musicale comprise dans le jeu.

III. Analyse

A. *Aperçu*

[64] ESA soutient que, selon une interprétation de la disposition en entier qui tient compte de l'ensemble de la Loi et de l'historique législatif, l'al. 3(1)f) [TRADUCTION] « crée un droit exclusif d'exécution en public (ou de représentation dans le cas des œuvres qui ne sont pas exécutées en public) par voie de télécommunication ». Elle affirme que « communiquer » doit s'entendre de « faire en sorte qu'une information sous une forme perceptible par l'être humain parvienne à une autre personne pour écoute ou visualisation immédiates » (m.a., par. 33 (je souligne)). Le législateur n'a jamais voulu que le droit de communication s'applique à la mise à disposition d'une copie permanente d'une œuvre protégée par le droit d'auteur, une situation où le *droit de reproduction* s'applique déjà et où le titulaire du droit d'auteur est déjà rémunéré. Étant donné que l'utilisateur ne peut percevoir le logiciel du jeu *ni par la vue, ni par l'ouïe* pendant le téléchargement, la transmission par le fournisseur en ligne à l'utilisateur ne constitue pas une communication au public. ESA prétend de plus que la Loi emploie à la fois les termes « communiquer » et « transmettre » et que les deux ne peuvent avoir la même signification. Selon elle, le téléchargement d'un jeu par un utilisateur constitue une transmission et non une communication. En outre, ESA prend appui sur la jurisprudence américaine et fait valoir certaines « conséquences inattendues » des décisions des tribunaux inférieurs.

[65] En l'espèce, ESA ne présente pas d'arguments quant à savoir si, dans l'éventualité où la transmission serait considérée comme une « communication » pour l'application de l'al. 3(1)f), cette transmission constituerait une communication « *au public* », une question examinée dans le pourvoi connexe *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283.

[66] SOCAN says that the decisions of the Board and of the FCA were correctly decided. In SOCAN's view, to communicate means simply "to transmit, impart, make known or convey information" (R.F., at para. 32 (emphasis deleted)) and the ESA's submissions would artificially restrict the ordinary meaning of the word. Further, SOCAN says that the ESA's argument ignores the basic principle of copyright law that the copyrights granted in s. 3(1) for reproduction, performance and communication of a work are separate and distinct rights (R.F., at para. 9).

B. *Standard of Review*

[67] For the reasons explained in *Rogers*, at paras. 10-16, the applicable standard of review is correctness.

C. *Whether Transmitting Musical Works Through Downloads Over the Internet Is "Communicating"*

(1) Section 3(1)(f) and Section 2

[68] This appeal requires defining the right to "communicate . . . by telecommunication" in the *Copyright Act*. The ESA urges a definition of "communicate . . . by telecommunication" as "to cause information in humanly perceivable form to be imparted to another person *for immediate listening or viewing*" (A.F., at para. 33 (emphasis added)).

[69] The exclusive right of the copyright holder to "communicate . . . to the public by telecommunication" is provided in s. 3(1)(f) of the Act:

3. (1) 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

[66] Selon la SOCAN, les décisions de la Commission et de la Cour d'appel fédérale sont correctes. À son avis, « communiquer » une information s'entend seulement [TRADUCTION] « de la transmettre, de la faire savoir, de la faire connaître, d'en faire part » (m.i., par. 32 (soulignement supprimé)), et faire droit aux prétentions d'ESA restreindrait artificiellement le sens ordinaire du mot. La SOCAN ajoute qu'ESA méconnaît le principe fondamental du droit d'auteur qui veut que les droits conférés au par. 3(1) pour la reproduction, la représentation ou l'exécution et la communication d'une œuvre soient des droits distincts (m.i., par. 9).

B. *Norme de contrôle*

[67] Pour les raisons que je donne aux par. 10-16 dans *Rogers*, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

C. *Transmettre une œuvre musicale par téléchargement Internet équivaut-il à la « communiquer »?*

(1) L'alinéa 3(1)f) et l'art. 2

[68] La Cour doit en l'espèce définir le droit de « communiquer [...] par télécommunication » prévu dans la Loi. Pour ESA, il s'agirait de [TRADUCTION] « faire en sorte qu'une information sous une forme perceptible par l'être humain parvienne à une autre personne pour écoute ou visualisation immédiates » (m.a., par. 33 (je souligne)).

[69] Le droit exclusif de « communiquer au public, par télécommunication » est conféré au titulaire du droit d'auteur à l'al. 3(1)f) de la Loi :

3. (1) 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 :

(f) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work to the public by telecommunication,

f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique;

and to authorize any such acts.

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

[70] Section 2 of the Act defines “telecommunication”:

[70] L'article 2 de la Loi définit la « télécommunication » :

“telecommunication” means any transmission of signs, signals, writing, images or sounds or intelligence of any nature by wire, radio, visual, optical or other electromagnetic system;

« télécommunication » vise toute transmission de signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de toute nature par fil, radio, procédé visuel ou optique, ou autre système électromagnétique;

It is not disputed that transmissions in the digital environment are “telecommunications”.

Les parties ne contestent pas qu'une transmission numérique constitue une « télécommunication ».

(2) The Approach to Statutory Interpretation

(2) La méthode d'interprétation de la loi

[71] The *Copyright Act* must be interpreted in accordance with the general rules of statutory interpretation: “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (*CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, at para. 9, citing E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87).

[71] Il convient d'interpréter la Loi conformément aux règles générales d'interprétation législative : « 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 » (*CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, par. 9, où notre Cour cite E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87).

(3) The Precedents

(3) La jurisprudence

[72] The word “communicate” is not defined in the Act. I therefore start with the dictionary meaning of the word. The *Oxford English Dictionary* (online) defines the verb “communicate” as “[t]o impart (information, knowledge, or the like) . . . ; to impart the knowledge or idea of (something), to inform a person of; to convey, express; to give an impression of, put across”. The *Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (6th ed. 2007), vol. 1, at p. 466, includes the following definition: to “[i]mpart, transmit”. The *Merriam-Webster's Collegiate Dictionary* entry is defined as “to convey knowledge of or information about: make known” (11th ed. 2003), at p. 251). There is no suggestion in these definitions

[72] Comme le mot « communiquer » n'est pas défini dans la Loi, je pars de sa définition lexicographique. *Le Petit Robert* (2012), p. 482, en donne la définition suivante : « Faire connaître (qqch.) à qqn. [. . .] dire, divulguer, donner, livrer, publier, transmettre. *Communiquer une nouvelle* [. . .] annoncer [. . .] livrer, révéler [. . .] échanger [. . .] Faire partager [. . .] Rendre commun à; transmettre (qqch.) ». Selon le *Trésor de la langue française* (en ligne), « communiquer » s'entend de ce qui suit : « Faire part de, donner connaissance de quelque chose à quelqu'un, par relation plus ou moins directe avec le destinataire [. . .] Faire partager quelque chose à quelqu'un ». Aucun élément dans ces définitions ne donne à entendre que le verbe

that “to communicate” cannot mean “to transmit”, and indeed, the *Shorter Oxford English Dictionary* expressly includes in the definition of “communicate”, “transmit”.

[73] Although the question was not directly in issue in that case (see para. 30), Binnie J. in *SOCAN v. CAIP* endorsed the ordinary definition of “communicate” as the appropriate interpretation of the word in s. 3(1)(f) of the *Copyright Act*:

The Board ruled that a telecommunication occurs when the music is transmitted from the host server to the end user. I agree with this.

. . .

The word “communicate” is an ordinary English word that means to “impart” or “transmit” (*Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (5th ed. 2002), vol. 1, at p. 463). [paras. 42 and 46]

[74] Since *SOCAN v. CAIP*, the FCA has had the occasion to deal directly with the meaning of the right to “communicate” under s. 3(1)(f) in *Canadian Wireless Telecommunications Assn. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2008 FCA 6, [2008] 3 F.C.R. 539, leave to appeal refused, [2008] 2 S.C.R. vi (“*CWTA*”). The question in that case, answered in the affirmative, was whether a person communicates to the public the musical works contained in ringtones when members of the public download the ringtones for their mobile phones. Sharlow J.A. rejected the argument that a transmission is not the same thing as a communication because “‘communication’ must be understood to include only a transmission that is intended to be heard or perceived by the recipient simultaneously with or immediately upon the transmission” (para. 18). She wrote:

In my view, the applicants are proposing a meaning of the word “communication” that is too narrow. The word “communication” connotes the passing of information from one person to another. A musical ringtone is information in the form of a digital audio file that is capable of being communicated. The normal mode of communicating a digital audio file is to transmit it. The

« communiquer » ne peut signifier « transmettre ». D’ailleurs, dans *Le Petit Robert*, le mot « transmettre » est expressément employé pour définir « communiquer ».

[73] Dans l’arrêt *SOCAN c. ACFI*, même si la question n’est pas directement en litige (voir par. 30), le juge Binnie retient le sens ordinaire du verbe « communiquer » employé à l’al. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d’auteur* :

La Commission a statué qu’il y avait télécommunication lors de la transmission de l’œuvre musicale du serveur hôte à l’utilisateur final. Je suis d’accord.

. . .

Dans son sens ordinaire, le mot « communiquer » signifie « faire connaître » ou « transmettre » (*Le Nouveau Petit Robert* (2003), p. 485). [par. 42 et 46]

[74] Depuis cet arrêt, la CAF a eu l’occasion de se prononcer directement sur la portée du droit de « communiquer » conféré à l’al. 3(1)f) : *Assoc. canadienne des télécommunications sans fil c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2008 CAF 6, [2008] 3 R.C.F. 539, autorisation d’appel refusée, [2008] 2 R.C.S. vi (« *ACTSF* »). La question qui se posait alors et à laquelle la CAF répond par l’affirmative était celle de savoir si une personne communique au public l’œuvre musicale contenue dans une sonnerie lorsqu’un particulier télécharge celle-ci dans son téléphone portable. La juge Sharlow rejette la prétention voulant que la transmission ne puisse être assimilée à la communication parce que « le mot “communication” ne doit s’entendre que d’une transmission qui est censée être entendue ou perçue par le destinataire en même temps que la transmission ou immédiatement après » (par. 18). Elle écrit :

À mon avis, les demanderesses proposent une définition du terme « communication » qui est trop limitative. Le terme « communication » s’entend de la transmission d’informations d’une personne à une autre. Une sonnerie musicale est une information présentée sous forme de fichier audionumérique apte à être communiqué. Le mode normal de communication d’un fichier

wireless transmission of a musical ringtone to a cell-phone is a communication, whether the owner of the cellphone accesses it immediately in order to hear the music, or at some later time. The fact that the technology used for the transmission does not permit the cell-phone owner to listen to the music during the transmission does not mean that there is no communication. In my view, in the context of a wireless transmission, it is the receipt of the transmission that completes the communication.

This conclusion accords with the [*SOCAN v. CAIP*] case (cited above). In that case Justice Binnie, writing for the majority, said that the transmission of information over the Internet is a communication once the information is received (see paragraph 45). . . . [I]t is undoubtedly a true statement. [Emphasis added; paras. 19-20.]

(4) The ESA's Arguments for Not Following *SOCAN v. CAIP* and *CWTA*

[75] The *ESA* argues that *SOCAN v. CAIP* (to the extent that it addressed the issue) and *CWTA* should not be followed.

(a) “Communicate” and “Transmit”

[76] The *ESA* first argues that there must be some difference between the words “communicate” and “transmit”. The two words are not used interchangeably in the Act and if Parliament used both words, it intended them to have different meanings. On this basis, the *ESA* submits that to “communicate to the public” means “more than the [mere] transmission of a file from one point to another point without that file being seen or heard” (A.F., at para. 73). Therefore, a download is not a communication within the meaning of s. 3(1)(f), but a mere transmission.

[77] I do not find this argument compelling. Parliament is presumed to use words in their ordinary meaning: R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (2nd ed. 2007), at p. 49. As noted above, to “communicate” means to “impart” or “transmit”. *The Oxford English Dictionary* (online) defines “transmit” as: “[t]o cause (a thing) to pass, go, or be conveyed to another person, place,

audionumérique est sa transmission. La transmission sans fil d’une sonnerie musicale à un téléphone cellulaire constitue une communication, que le propriétaire du cellulaire y accède immédiatement, pour écouter la musique, ou plus tard. Le fait que la technologie employée pour la transmission ne permet pas au propriétaire du cellulaire d’écouter la musique au cours de la transmission ne signifie pas qu’il n’y a pas de communication. À mon avis, dans le contexte d’une transmission sans fil, c’est la réception de la transmission qui complète la communication.

Cette conclusion s’accorde avec l’arrêt *SOCAN* (précité). Dans cet arrêt, le juge Binnie, qui écrivait pour la majorité, a expliqué que la transmission d’informations par Internet constitue une « communication » une fois que l’information est reçue (voir le paragraphe 45). [. . .] [C]ette affirmation est incontestablement véridique. [Je souligne; par. 19-20.]

(4) Les motifs invoqués par *ESA* à l’encontre de l’application en l’espèce des arrêts *SOCAN c. ACFI* et *ACTSF*

[75] *ESA* fait valoir qu’il n’y a pas lieu de suivre les arrêts *SOCAN c. ACFI* (dans la mesure où il porte sur la question) et *ACTSF*.

a) « Communiquer » et « transmettre »

[76] *ESA* soutient d’abord qu’il y a forcément une différence entre « communiquer » et « transmettre ». Les deux verbes ne sont pas interchangeables dans la Loi, et si le législateur emploie deux mots, c’est qu’il entend leur donner des sens différents. Par conséquent, « communiquer au public » ne s’entendrait pas [TRADUCTION] « seulement du fait de transmettre un fichier d’un point à un autre sans que le fichier ne soit vu ou entendu » (m.a., par. 73), de sorte que le téléchargement ne serait pas une communication pour les besoins de l’al. 3(1)(f), mais une simple transmission.

[77] L’argument ne me convainc pas. Le législateur est présumé employer les mots dans leur sens ordinaire : R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (2^e éd. 2007), p. 49. Rappelons que « communiquer » s’entend de « faire part » ou de « transmettre ». Selon *Le Petit Robert* (2012), « transmettre » s’entend de « [f]aire passer d’une personne à une autre, d’un lieu à un autre (le plus souvent lorsqu’il y a un

or thing; to send across an intervening space; to convey, transfer; . . . [t]o convey or communicate (usually something immaterial) to another or others” (emphasis added); and, in a more technical sense: “[t]o send out electric signals or electromagnetic waves corresponding to (an image, a programme, etc.)” The definitions of “transmit” in the *Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary* are:

to send or convey from one person or place to another . . .

to send out (a signal) either by radio waves or over a wire.

I see no reason why, having regard to context, the meaning of both words cannot overlap.

[78] As set out above, s. 2 of the Act defines “telecommunication” as “any transmission of signs, signals, writing, images or sounds or intelligence of any nature by wire, radio, visual, optical or other electromagnetic system”. This definition equates the term “telecommunication” with the transmission of certain subject matter by electromagnetic system. The prefix “tele” simply means “to a distance”. So, “telecommunication” means communicating to a distance by the means specified in the Act. It would seem odd that “telecommunication” and transmission by electromagnetic system are interchangeable in the Act but that “to communicate” and “to transmit” would not be. The more obvious interpretation would be that for the purposes of s. 3(1)(f) of the Act, the exclusive right of the copyright holder to communicate works to the public by telecommunication is simply to transmit those works to the public by electromagnetic system, including the Internet.

[79] The above definitions of “communicate” and “transmit” and the context in which the words are used in the Act do not support the ESA’s conclusion that to “communicate” in s. 3(1)(f) must necessarily

ou plusieurs intermédiaires) [. . .] [f]aire passer (un objet matériel) d’une personne à une autre [. . .] [f]aire passer d’une personne à une autre (un écrit, des paroles [. . .]) [. . .] communiquer [. . .] [f]aire connaître; faire passer à un autre ou à d’autres (des connaissances) » (je souligne); et, dans un sens plus technique : « Faire connaître, diffuser par radio [. . .] [f]aire parvenir [au moyen d’un] *[d]ispositif qui transmet des informations, des signaux sous forme d’impulsions électriques. . .* » Le *Trésor de la langue française* renferme la définition suivante du mot « transmettre » :

Faire passer d’une personne à une autre [. . .] [f]aire passer quelque chose d’un lieu à un autre [. . .] [f]aire parvenir (un signal, une image. . .) d’un lieu à un autre.

Je ne vois pas pourquoi, eu égard au contexte, il faudrait écarter le chevauchement sémantique des deux mots.

[78] Nous l’avons vu, suivant l’art. 2 de la Loi, le mot « télécommunication » vise « toute transmission de signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de toute nature par fil, radio, procédé visuel ou optique, ou autre système électromagnétique ». La « télécommunication » s’entend donc de la transmission d’un quelconque objet par système électromagnétique. L’emploi du préfixe « télé », qui signifie simplement « au loin, à distance », fait en sorte qu’il s’agit d’une communication à distance par un moyen prévu dans la Loi. Il serait étrange que, dans celle-ci, « télécommunication » et transmission par système électromagnétique soient interchangeables, mais pas « communiquer » et « transmettre ». L’interprétation la plus évidente voudrait que, pour l’application de l’al. 3(1)(f) de la Loi, le droit exclusif du titulaire du droit d’auteur de communiquer son œuvre au public par télécommunication corresponde simplement au droit de transmettre au public par système électromagnétique, dont Internet.

[79] Les définitions susmentionnées des mots « communiquer » et « transmettre » et le contexte dans lequel ceux-ci sont employés dans la Loi n’appuient pas la conclusion d’ESA selon laquelle,

perceivable form. Therefore, since the communication only occurs after the transmission, a download does not give rise to any entitlement under s. 3(1)(f).

[82] This argument ignores the context and purpose of s. 2.4(1)(c). This section was introduced in 1988 in order to reverse the holding in *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.*, [1968] S.C.R. 676 (“CAPAC”), that CTV’s transmissions of programs to its affiliated stations, for further broadcasting to the public by the affiliated stations, did not engage the right to communicate to the public in s. 3(1)(f), because such transmissions remained within the private realm (see J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4th ed. (loose-leaf)), at p. 21-90). In the context of s. 2.4(1)(c), a “transmission” describes conveying works within a network or programming undertaking before the work is conveyed to the public, while a “communication” is the conveyance of the work “to the public” by another actor within the network or programming undertaking. Without s. 2.4(1)(c), only the latter act — the communication to the public — would engage s. 3(1)(f); but a private transmission between affiliates would remain outside of copyright protection. The effect of s. 2.4(1)(c), where it applies, is to make the transmission and the communication a single act of communication to the public, so that both the person who transmits the work and the person who communicates the work to the public are jointly and severally liable for the act of communication to the public.

[83] All that can be teased out of s. 2.4(1)(c) is that “communication to the public” is the phrase used to designate instances where copyright protection is engaged, and not that “communication” means a conveyance of information in a humanly perceivable form. On the other hand, “transmit” or “transmission” are terms designating situations that do not engage copyright protection under s. 3(1)(f). I agree with the ESA that s. 2.4(1)(c) suggests that under the Act, the words “communicate”

au contraire de faire passer une information sous une forme perceptible par l’être humain. Par conséquent, puisqu’il n’y a communication qu’après la transmission, le téléchargement ne donne droit à aucune redevance sur le fondement de l’al. 3(1)(f).

[82] La thèse d’ESA ne tient pas compte du contexte et de l’objet de l’al. 2.4(1)(c), une disposition adoptée en 1988 pour contrer l’arrêt *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.*, [1968] R.C.S. 676 (« CAPAC »). La Cour avait en effet statué que la transmission d’émissions par CTV à ses stations affiliées afin que celles-ci les diffusent à leur tour au public échappait au droit exclusif de communication au public reconnu à l’al. 3(1)(f) au motif que cette transmission demeurerait dans le domaine privé (voir J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4^e éd. (feuilles mobiles)), p. 21-90). Dans le contexte de l’al. 2.4(1)(c), « transmission » renvoie à l’acheminement de l’œuvre au sein d’un réseau ou d’une entreprise de programmation avant qu’elle ne parvienne au public, alors que « communiqu[er] » s’entend de faire parvenir l’œuvre « au public » par une autre personne au sein du réseau ou de l’entreprise de programmation. Sans l’alinéa 2.4(1)(c), seule la seconde opération, celle qui consiste à communiquer au public, emporterait l’application de l’al. 3(1)(f), et la transmission privée entre personnes d’un même groupe échapperait à l’application du droit d’auteur. Lorsqu’il s’applique, l’al. 2.4(1)(c) fait de la transmission et de la communication une communication unique au public. Par conséquent, la personne qui transmet l’œuvre et celle qui la communique au public sont solidairement responsables de la communication au public.

[83] On peut seulement conclure de l’al. 2.4(1)(c) que l’expression « communication au public » renvoie au cas où il y a protection du droit d’auteur, et non que le terme « communication » s’entend du transfert d’informations sous une forme perceptible par l’être humain. Par contre, le verbe « transmettre » et le substantif « transmission » renvoient à la situation qui ne fait pas intervenir la protection du droit d’auteur prévue à l’al. 3(1)(f). Je conviens avec ESA que l’al. 2.4(1)(c) donne à penser que

mean to transmit information in a humanly perceptible form for *immediate* perceiving and listening. Even accepting that to communicate means to impart an idea, there is no requirement that the idea be perceived and heard *immediately*.

[80] The ESA supports its argument that the words “transmit” and “communicate” must have different meanings primarily by reference to s. 2.4(1)(c). Section 2.4(1)(c) provides:

2.4 (1) For the purposes of communication to the public by telecommunication,

. . .

(c) where a person, as part of

(i) a network, within the meaning of the *Broadcasting Act*, whose operations result in the communication of works or other subject-matter to the public, or

(ii) any programming undertaking whose operations result in the communication of works or other subject-matter to the public,

transmits by telecommunication a work or other subject-matter that is communicated to the public by another person who is not a retransmitter of a signal within the meaning of subsection 31(1), the transmission and communication of that work or other subject-matter by those persons constitute a single communication to the public for which those persons are jointly and severally liable.

[81] The ESA argues that the words “transmit” and “transmission” appear twice and the word “communicate” five times, and that this means that they must have different meanings. It says that transmitting is merely delivery or receipt of information or data being conveyed; that the term “communicate” pertains to what happens after transmission; and that this implies that the difference is that a transmission is not the conveyance of information in a humanly perceivable form. As a result, a transmission does not implicate s. 3(1)(f), because s. 3(1)(f) uses the term communicate which, by contrast, does imply conveyance in humanly

à l'al. 3(1)f), « communiquer » s'entend forcément de faire parvenir une information sous une forme perceptible par l'être humain à une autre personne pour écoute ou visualisation *immédiates*. À supposer même que communiquer consiste à faire passer une idée, rien n'exige que l'idée soit perçue et entendue *immédiatement*.

[80] ESA fonde essentiellement sur l'al. 2.4(1)c) sa thèse voulant que « transmettre » et « communiquer » doivent forcément correspondre à des actes différents. Voici le libellé de la disposition :

2.4 (1) Les règles qui suivent s'appliquent dans les cas de communication au public par télécommunication :

. . .

c) toute transmission par une personne par télécommunication, communiquée au public par une autre — sauf le retransmetteur d'un signal, au sens du paragraphe 31(1) — constitue une communication unique au public, ces personnes étant en l'occurrence solidaires, dès lors qu'elle s'effectue par suite de l'exploitation même d'un réseau au sens de la *Loi sur la radiodiffusion* ou d'une entreprise de programmation.

[81] ESA soutient que les notions de « transmission » et de « communication » y figurent l'une et l'autre un certain nombre de fois, de sorte qu'elles doivent avoir des sens différents. Elle avance que la transmission consiste seulement dans l'action de faire parvenir ou de recevoir les informations ou les données en cause, que la « communication » intervient après la transmission et que, dès lors, la différence tient à ce que la transmission ne consiste pas à faire passer une information sous une forme perceptible par l'être humain. La transmission ne serait donc pas visée à l'al. 3(1)f), car le législateur y emploie le verbe communiquer, qui suppose

and “transmit” are not used interchangeably. But the provision does not suggest that the words refer to different types of conveyances. Rather, the distinction is that the words are used in conjunction with different types of recipient and different legal significance. Unless the transmission is combined with a communication to the public, s. 3(1)(f) would not attach to the transmission. When the transmission is ultimately a communication to the public, s. 2.4(1)(c) provides that the transmission and the communication to the public are a single communication to the public which does attract copyright under s. 3(1)(f). Indeed, the word “communicate” is consistently used in conjunction with the words “to the public” throughout the Act. The ESA’s separating the word “communicate” from the words “to the public” to give it an independent meaning different from that of “transmit” is not supported by Parliament’s intention in enacting s. 2.4(1)(c). The words of s. 2.4(1)(c), when read in context, do not support the distinction argued by the ESA.

(b) *The CAPAC Decision*

[84] The ESA relies on this Court’s decision in *CAPAC* for the proposition that to communicate means disseminating performances to the public for immediate listening and not merely sending signals that may be perceived later. However, this jurisprudence is of little avail to the ESA.

[85] As noted above, in *CAPAC*, this Court was asked to determine whether the transmission of television programs containing musical works by CTV to its affiliated stations, for broadcasting to the public by the affiliates, constituted “communicating the same by radio communication” (at p. 679), an act protected under s. 3(1)(f) as it read at that time.

[86] It should first be noted that *CAPAC* interpreted provisions of the Act that have since been amended in a way relevant to the scope of s. 3(1)(f), as will be discussed later. In any event, in *CAPAC*, the *ratio* of the Court’s decision was that CTV’s

« communiquer » et « transmettre » ne sont pas employés indifféremment dans la Loi. Or, la disposition ne permet pas de conclure que ces mots renvoient à des opérations différentes. En fait, la distinction tient à ce que les mots sont employés de pair avec des destinataires de différents types et des effets juridiques différents. La transmission qui n’est pas également une communication au public échappe à l’application de l’al. 3(1)(f). Lorsque, en fin de compte, la transmission constitue une communication au public, l’al. 2.4(1)(c) dispose que la transmission et la communication au public forment une communication unique au public qui est assujettie au droit d’auteur suivant l’al. 3(1)(f). En effet, dans la Loi, le verbe « communiquer » est toujours accompagné des mots « au public ». ESA ne peut invoquer l’intention du législateur qui soutient l’al. 2.4(1)(c) pour dissocier le verbe « communiquer » de son complément « au public » et lui conférer un autre sens, différent de celui du verbe « transmettre ». Interprété dans son contexte, le libellé de l’al. 2.4(1)(c) n’appuie pas la distinction que tente d’établir ESA.

b) *L’arrêt CAPAC*

[84] Prenant appui sur l’arrêt *CAPAC* de notre Cour, ESA avance que communiquer s’entend de diffuser l’exécution d’une œuvre à l’intention du public pour écoute immédiate et non simplement d’envoyer des signaux pouvant être perçus ultérieurement. Or, cette décision n’étaye en rien sa prétention.

[85] Rappelons que, dans cette affaire, la Cour devait déterminer si la transmission par CTV à ses stations affiliées d’émissions de télévision contenant des œuvres musicales en vue de leur diffusion au public revenait à [TRADUCTION] « transmettre ces émissions au moyen de la radiophonie » (p. 679), une activité bénéficiant de la protection prévue à l’al. 3(1)(f) suivant son libellé d’alors.

[86] Signalons d’abord que, dans l’arrêt *CAPAC*, la Cour interprète des dispositions de la Loi qui ont été modifiées depuis, et ce, d’une manière qui importe pour circonscrire la portée de l’al. 3(1)(f). J’y reviendrai. Quoi qu’il en soit, le motif déterminant

transmissions of recorded TV programs containing music to its affiliates were not communications of musical *works* by radio-communication. Rather, as CTV was transmitting *performances* of musical works (e.g., in an ordinary TV program) and not the musical works themselves (e.g., the sheet of music), s. 3(1)(f), which did not apply to performances of musical works, was not engaged. It is important to note that this distinction arose from the definition of “musical work” in the Act as it read at the time and is no longer applicable.

[87] Nonetheless, the ESA relies on some comments of Pigeon J., at pp. 681-82 of *CAPAC*, involving an analysis of Article 11*bis* of the *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, 828 U.N.T.S. 221, on which s. 3(1)(f) was based. The ESA says that this analysis demonstrates that a communication is more than sending signals, which is all that occurs when works are downloaded as in the case now before the Court. Rather, the ESA says that Article 11*bis* contemplates public performances by broadcasting, in other words, communications in humanly perceptible form. Therefore, a “communicat[ion]” within the meaning of s. 3(1)(f) must also be a conveyance of information in humanly perceptible form.

[88] However, the passages of Pigeon J.’s judgment note that “‘communication’ does not usually mean ‘a performance’ [but that] it is apt to include performances” (p. 681 (emphasis added)). The necessary implication of these words is that “communication” is a broader term than “performance”. Therefore, Pigeon J.’s analysis does not support the ESA’s contention that a communication is *necessarily* a performance or *necessarily* more than sending signals.

(5) Whether “Communicating” is “Performing” a Work at a Distance

[89] The ESA further argues, based on the legislative history of s. 3(1)(f), that the communication

retenu par la Cour était que la transmission par CTV à ses affiliées d’émissions de télévision enregistrées contenant de la musique n’équivalait pas à la communication d’une *œuvre* musicale par radiophonie. En fait, comme CTV transmettait l’*exécution* de l’œuvre musicale (p. ex. dans une émission ordinaire), et non l’œuvre musicale elle-même (p. ex., la partition), l’al. 3(1)(f) ne trouvait pas application, car il ne visait pas l’exécution d’une œuvre musicale. Il importe de signaler que cette distinction découle de la définition d’« œuvre musicale » qui figurait alors dans la Loi et qu’elle n’a plus raison d’être.

[87] ESA invoque néanmoins certaines remarques du juge Pigeon dans *CAPAC* (p. 681-682) qui comportent une analyse de l’article 11*bis* de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 828 R.T.N.U. 221, l’assise de l’al. 3(1)(f). Pour elle, cette analyse démontre qu’une communication ne se résume pas à l’envoi de signaux, alors que c’est tout ce qui se produit lorsqu’une œuvre est téléchargée comme dans la situation considérée en l’espèce. Elle soutient au contraire que l’article 11*bis* vise l’exécution ou la représentation publiques par radiodiffusion, en d’autres mots, la communication sous une forme perceptible par l’être humain. Par conséquent, la « communi[cation] » visée à l’al. 3(1)(f) s’entend aussi forcément du transfert d’information sous une forme perceptible par l’être humain.

[88] Le juge Pigeon fait toutefois observer que [TRADUCTION] « la “communication” ne s’entend habituellement pas de “l’exécution”, [...] [mais qu’elle pourrait l’englober] » (p. 681 (je souligne)). Il s’ensuit nécessairement que le sens du mot « communication » est plus large que celui du mot « exécution ». Partant, l’analyse du juge Pigeon n’appuie pas la thèse d’ESA, à savoir que la communication s’entend *nécessairement* de l’exécution ou d’une opération qui ne se résume pas à l’envoi de signaux.

(5) « Communiquer » une œuvre s’entend-il de l’« exécuter » ou de la « représenter » à distance?

[89] Prenant appui sur l’historique de l’al. 3(1)(f), ESA soutient de plus que le droit de communication

right is only a variation of the performance right, being the right to perform a work to a *distant* audience. Because a performance, in the ESA's submission, is, by nature, a transient event that cannot result in the transmission of a durable copy of the work to the audience, downloads cannot be performances and, therefore, cannot be communications.

[90] I digress briefly to point out that the structure of s. 3(1) implies that the communication right in paragraph (f) is a self-standing right independent of the performance right in the introduction of the section. The first lines of the English version of s. 3(1) provide that

“copyright” . . . means the sole right to produce or reproduce the work . . . , to perform the work . . . in public or . . . to publish the work . . . and includes the sole right . . .

There then follow specific rights listed as paragraphs (a) to (i). Paragraph (f) provides for the sole right to “communicate the work to the public by telecommunication”.

[91] While the use of the word “includes” could indicate that the rights listed in paragraphs (a) to (i) are instances of one of the rights in the opening words of s. 3(1), the context indicates otherwise. Several of the listed rights are clearly outside of the right to produce or reproduce, perform or publish. For example, paragraph (i) provides for the right to rent out a sound recording embodying a musical work. It is difficult to see how this right fits within the right to produce or reproduce, perform or publish the work. Indeed, it would be contrary to *Théberge*, in particular at paras. 42 and 45, where the majority of this Court held that a “reproduction” within the meaning of the Act requires a multiplication of copies. All the prerogatives of the copyright holder in s. 3(1) are better considered as separate and distinct rights (*Bishop v. Stevens*, at p. 477, *per* McLachlin J.; *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, at p. 373, *per* Estey J.).

n'est qu'une variante du droit d'exécution ou de représentation, soit celui d'exécuter ou de représenter une œuvre au bénéfice d'un auditoire qui se trouve à *distance*. Comme elle prétend que l'exécution ou la représentation est intrinsèquement éphémère et ne peut déboucher sur la transmission d'une copie durable de l'œuvre à l'auditoire, le téléchargement ne peut constituer une exécution ou une représentation ni, par conséquent, une communication.

[90] J'ouvre brièvement une parenthèse pour signaler qu'il appert de la formulation même du par. 3(1) que le droit de communication prévu à l'al. f) est autonome et distinct du droit d'exécution ou de représentation énoncé dans la partie introductive de l'article. Au début de sa version anglaise, le par. 3(1) dispose :

“copyright” [. . .] means the sole right to produce or reproduce the work [. . .], to perform the work [. . .] in public or [. . .] to publish the work [. . .] and includes the sole right . . .

La partie introductive est suivie de l'énumération de droits spécifiques aux al. 3(1)a) à i). L'alinéa f) confère le droit exclusif « *to communicate the work to the public by telecommunication* ».

[91] Certes, l'emploi du mot « *includes* » pourrait être l'indice que les droits énumérés aux al. a) à i) constituent des exemples de l'un ou l'autre des droits conférés au début du par. 3(1), mais le contexte va dans le sens contraire. Plusieurs des droits énumérés sont clairement distincts du droit de produire ou de reproduire, d'exécuter, de représenter ou de publier. Par exemple, l'al. 3(1)i) prévoit le droit de louer l'enregistrement sonore d'une œuvre musicale. On voit mal comment ce droit pourrait s'insérer dans le droit de produire ou de reproduire, d'exécuter, de représenter ou de publier l'œuvre. Ce serait effectivement contraire à la conclusion des juges majoritaires de la Cour dans l'arrêt *Théberge* selon laquelle, pour les besoins de la Loi, la « reproduction » implique la *multiplication* des copies (voir en particulier les par. 42 et 45). Il convient donc de considérer l'ensemble des prérogatives que le par. 3(1) reconnaît au titulaire du droit d'auteur comme des droits distincts les uns des autres (*Bishop c. Stevens*, p. 477, la juge McLachlin; *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, p. 373, le juge Estey).

[92] This interpretation of the English version of s. 3(1) is consistent with the French version of the text, which states that “[l]e droit d’auteur sur l’œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire, [. . .] l’œuvre, [de la représenter ou de la publier]; ce droit comporte, en outre, [les droits énumérés aux al. a) à i)].” The use of the phrase “en outre” — in addition — indicates paras. (a) to (i) are in addition to those in the opening words.

[93] Nonetheless, the ESA relies on legislative history in order to confine the scope of the right to communicate to the public to performing a work to a public in a distant place, in a humanly perceptible form, as distinct from a download.

[94] The Canadian Act was based on the *Berne Convention* of 1886, as revised in Berlin in 1908 (see *Bishop v. Stevens*, at p. 473). The revised *Berne Convention* comprised certain public performance rights in certain types of works. However, the advent of the radio warranted another revision of the Convention. In 1928, Article 11*bis* was added to the text, which guaranteed that:

Article 11*bis*

(1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing the communication of their works to the public by radiocommunication.

[95] In 1931, Canada implemented the revision through the then s. 3(1)(f), which provided for a right, “[i]n case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate such work by radio communication” (*Copyright Amendment Act, 1931*, S.C. 1931, c. 8) (see *CAPAC*, at pp. 680-81).

[96] Section 3(1)(f) was again amended in 1988. According to *Canadian Admiral Corp. v. Rediffusion, Inc.*, [1954] Ex. C.R. 382, the radiocommunication right extended to radio and traditional over-the-air television broadcasting, leaving transmissions by *cable* outside of copyright protection. This technology-specific communication right was amended to the technologically *neutral* right to “communicate . . . to the public by

[92] Cette interprétation de la version anglaise du par. 3(1) est conforme au texte de la version française : « [l]e droit d’auteur sur l’œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire [. . .] l’œuvre, [de la représenter ou de la publier]; ce droit comporte, en outre, [les droits énumérés aux al. a) à i)] ». L’utilisation du terme « en outre » confirme que les droits énumérés aux al. a) à i) s’ajoutent à ceux qui sont énoncés au début de la disposition.

[93] Cependant, ESA invoque l’historique législatif pour ramener le droit de communiquer une œuvre au public à celui d’exécuter ou de représenter l’œuvre en public à distance, sous une forme perceptible par l’être humain, ce qui serait distinct du téléchargement.

[94] La loi canadienne s’inspire de la *Convention de Berne* de 1886, révisée à Berlin en 1908 (voir *Bishop c. Stevens*, p. 473). La *Convention de Berne* ainsi révisée prévoyait certains droits d’exécution en public de certains types d’œuvre. Or, l’avènement de la radio a rendu nécessaire une nouvelle révision. En 1928, l’article 11*bis* a été ajouté et garantissait dès lors ce qui suit :

Article 11*bis*

(1) Les auteurs d’œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d’autoriser la communication de leurs œuvres au public par la radiodiffusion.

[95] En 1931, le Canada a mis en œuvre le texte révisé par l’adoption de l’al. 3(1)(f), qui prévoyait alors le droit, « [s]’il s’agit d’une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, de transmettre cette œuvre au moyen de la radiophonie » (*Loi modificative du droit d’auteur, 1931*, S.C. 1931, ch. 8) (voir *CAPAC*, p. 680-681).

[96] L’alinéa 3(1)(f) a fait l’objet d’une nouvelle modification en 1988. Suivant l’arrêt *Canadian Admiral Corp. c. Rediffusion, Inc.*, [1954] R.C. de l’É. 382, le droit jusqu’alors conféré s’appliquait à la radiodiffusion et à la télédiffusion traditionnelle par ondes hertziennes, mais pas à la *câble-distribution*. Ce droit axé sur une technologie en particulier a été remplacé par celui, *neutre* sur le plan technologique, de « communiquer au public,

telecommunication” to reflect the obligations entered into by Canada under the *North American Free Trade Agreement*, Can. T.S. 1994 No. 2 (*Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65, ss. 61 and 62). The change from radiocommunication to telecommunication and further amendments in 1993 meant that Canadian cable companies which previously avoided any payment of royalties under the “radiocommunication” right, and other users, were now caught by the Act: S. Handa, *Copyright Law in Canada* (2002), at p. 320; D. Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2nd ed. 2011), at p. 90.

[97] The ESA argues that from the outset, s. 3(1)(f), as well as its Berne progenitor Article 11bis, were meant to provide *broadcasting* rights the nature of which is “to deliver content [i.e. performances of works] to a public audience for immediate listening or viewing” (A.F., at para. 40). In the ESA’s submission, the 1988 amendment from “radiocommunication” to “telecommunication” did not change the fundamental nature of the communication right, that is, that it was concerned with *broadcasting*. The word “communicate” in the English version was not amended, although the means by which the communication may be made were expanded (A.F., at para. 52). The verb “*transmettre*”, used in the French version of s. 3(1)(f) prior to the 1988 amendments, was replaced by “*communiquer*”.

[98] There is little doubt that a historic relationship between the right of public performance and the right to communicate to the public did exist:

... as performance before a live audience was one of the first forms of exploitation to be covered by copyright, it made sense to create a right to provide protection when the performance took place at a distance through the use of Hertzian (radio) waves and the other types of communication technologies invented since then (television, cable, satellite and the internet).

(E. F. Judge and D. J. Gervais, *Intellectual Property: The Law in Canada* (2nd. ed. 2011), at pp. 166-67)

par télécommunication » dans le respect des obligations du Canada découlant de l’*Accord de libre-échange nord-américain*, R.T. Can. 1994, n° 2 (*Loi de mise en œuvre de l’Accord de libre-échange Canada — États-Unis*, L.C. 1988, ch. 65, art. 61 et 62). En remplaçant « radiophonie » par « télécommunication » et en apportant d’autres modifications en 1993, le législateur a fait en sorte que les câblo-distributeurs canadiens, qui n’étaient pas visés par le droit de « radiophonie », ainsi que d’autres utilisateurs, paient désormais des redevances : S. Handa, *Copyright Law in Canada* (2002), p. 320; D. Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks* (2^e éd. 2011), p. 90.

[97] ESA fait valoir que l’al. 3(1)f) et l’article 11bis de la *Convention de Berne* dont il est inspiré ont toujours conféré un droit de *diffusion*, c’est-à-dire celui de [TRADUCTION] « faire parvenir un contenu [soit l’exécution ou la représentation d’une œuvre] au public pour écoute ou visionnement immédiats » (m.a., par. 40). Selon elle, la modification de 1988 (qui a substitué « télécommunication » à « radiophonie ») n’a pas changé la nature essentielle du droit de communication, en ce sens qu’il visait la diffusion. Dans la version anglaise, le verbe « *communicate* » est demeuré, mais les moyens par lesquels s’opère la communication ont été élargis (m.a., par. 52). Dans la version française, le verbe « *transmettre* » qui figurait à l’al. 3(1)f) avant la modification de 1988 a été remplacé par « *communiquer* ».

[98] L’existence d’un lien historique entre le droit d’exécution ou de représentation en public et le droit de communication au public ne fait guère de doute :

... comme l’exécution devant un auditoire a été l’une des premières formes d’exploitation protégée par le droit d’auteur, il était logique de créer un droit afin de fournir une protection lorsque l’exécution avait lieu à distance grâce aux ondes hertziennes (radio) et aux autres technologies de communication inventées depuis (télévision, câble, satellite et Internet).

(D. J. Gervais et E. F. Judge, avec la collaboration de M. Goudreau, *Le droit de la propriété intellectuelle* (2006), p. 53)

[99] The legislation has evolved to recognize the evolution of technologies. In 1988, the relevance of including transmissions by cable within the communication right had become obvious due to the prevalence of that mode of telecommunication.

[100] Even though the advent of cable may have been the catalyzing force for the 1988 amendment, the amendment did not only cover cable communications, in addition to radiocommunications, but adopted neutral language to encompass evolving but then unknown technological advances. In adopting the neutral language of “telecommunication”, Parliament removed all reference to conventional broadcasting. The fact that in 1988 Parliament did not foresee, or could not have foreseen, the way in which modern technologies would evolve should not serve to limit the scope of the communication right when it is applied to one such new technology.

[101] On this basis, the historic relationship of s. 3(1)(f) with broadcasting-type industries does not support reading into the Act restrictions which are not apparent from and are even inconsistent with the current language of the Act. In particular, the historic relationship does not support adopting the ESA’s proposition to read into the language of the Act the significant restriction that the transmission must be in a “humanly perceivable form for immediate viewing or listening” (A.F., at para. 74). While the rationale for the 1988 change from radio to “telecommunication” was concerned with the technical *means* by which the communication to the public was made, nothing supports concluding that s. 3(1)(f) could not also apply to new technologies which operate in a manner different from traditional broadcasting. This includes a communication occurring in a manner which also provides durable copies of the works that the users may view at a later time. When transmitted over the Internet, whether works are perceptible immediately or at a later moment or whether or not the technology used involves producing temporary copies, as in the case of streams, or permanent copies of the work is irrelevant to whether a communication has occurred and the work will, or has the potential to be, viewed

[99] La législation a évolué en phase avec la technologie. En 1988, vu l’importance acquise par la câblodistribution, il allait de soi que le droit de communication devait viser ce mode de télécommunication.

[100] Bien que l’avènement du câble, surtout, ait pu être à son origine, la modification de 1988 ne visait pas uniquement à englober les communications par câble; le nouveau libellé neutre devait s’appliquer aux technologies encore inconnues. Le législateur a adopté le terme neutre « télécommunication » et cessé de faire mention de la diffusion traditionnelle. Le fait que, en 1988, le législateur n’a pas prévu l’évolution technologique — ou ne pouvait pas la prévoir — ne saurait limiter l’application du droit de communication à une technologie nouvelle.

[101] Ainsi, l’application de longue date de l’al. 3(1)f) aux entreprises de (radio ou télé) diffusion ne justifie pas de voir dans la Loi des restrictions implicites qui ne ressortent pas de son libellé actuel et qui, même, le contredisent. En particulier, cette association historique n’étaye pas la thèse d’ESA voulant que la Loi établisse implicitement l’exigence substantielle que la transmission [TRADUCTION] « revête une forme perceptible par l’être humain pour écoute ou visualisation immédiates » (m.a., par. 74). Certes, la modification de 1988 (remplacement de « radiophonie » par « télécommunication ») s’attachait aux *moyens* techniques de la communication au public, mais rien ne permet de conclure que l’al. 3(1)f) ne peut également s’appliquer aux nouvelles technologies dont le fonctionnement diffère de celui de la diffusion traditionnelle, y compris la communication qui génère une copie durable de l’œuvre que l’utilisateur peut consulter ultérieurement. La question de savoir si l’œuvre transmise dans Internet est perceptible immédiatement ou à un moment ultérieur ou si la technologie utilisée suppose ou non la production d’une copie temporaire, comme dans le cas de la transmission en continu, ou d’une copie permanente, n’est pas pertinente pour déterminer s’il y a communication

or listened to by the receiver. As stated at para. 45 of *SOCAN v. CAIP*:

At the end of the transmission, the end user has a musical work in his or her possession that was not there before. The work has necessarily been communicated To hold otherwise would . . . fly in the face of the ordinary use of language

(6) American Jurisprudence

[102] The ESA relies on the decision of the United States Court of Appeals for the Second Circuit in *United States v. American Society of Composers, Authors and Publishers*, 627 F.3d 64 (2010) (“*U.S. v. ASCAP*”), *certiorari* denied, (U.S.S.C., October 3, 2011, No. 10-1337), where the Court of Appeals for the Second Circuit decided that the download of a copy of a work did not come within the scope of the right to perform in public, as defined in the U.S. *Copyright Act*, 17 U.S.C. §§ 101 and 106(4).

[103] This decision is of no avail to the ESA. The United States copyright law does not include an exclusive right in the copyright holder to communicate to the public. Rather, it recognizes a right of public performance (17 U.S.C. § 106(4)), which has been understood to include situations such as radio or television broadcasting where performances are made available to a distant public. This is a fundamental difference with the right to communicate a work by telecommunication in s. 3(1)(f) of the Canadian Act, as explained above. The two cannot be equated.

[104] This Court has recognized in the past important differences both in wording and in policy between Canadian and American copyright legislation. It has cautioned that “United States court decisions, even where the factual situations are similar, must be scrutinized very carefully” (see *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, at p. 367). The difference in statutory wording between the provisions of the American legislation and of the Canadian

de l’œuvre et si cette dernière sera visionnée ou écoutée par le destinataire ou si elle est susceptible de l’être. Comme le dit la Cour dans *SOCAN c. ACFI*, par. 45 :

À l’issue de la transmission, l’utilisateur final a en sa possession une œuvre musicale qu’il n’avait pas auparavant. L’œuvre a nécessairement été communiquée [. . .] Conclure en sens contraire irait [. . .] à l’encontre du sens ordinaire des mots . . .

(6) La jurisprudence américaine

[102] ESA invoque l’arrêt *United States c. American Society of Composers, Authors and Publishers*, 627 F.3d 64 (2010) (« *U.S. c. ASCAP* »), *certiorari* refusé (C.S.É-U., 3 octobre 2011, n° 10-1337), où la Cour d’appel des États-Unis pour le deuxième circuit statue que le téléchargement d’une copie de l’œuvre n’est pas visé par le droit d’exécution ou de représentation en public pour l’application de la *Copyright Act*, 17 U.S.C. §§ 101 et 106(4).

[103] Cette décision n’est d’aucune utilité à ESA. Aux États-Unis, la loi ne confère pas au titulaire du droit d’auteur le droit exclusif de communiquer son œuvre au public. Elle lui reconnaît plutôt celui de l’exécuter ou de la représenter en public (17 U.S.C. § 106(4)), ce qui comprend aussi le droit de radiodiffuser ou de télédiffuser à l’intention d’un public qui se trouve à distance. C’est là une différence fondamentale d’avec le droit de communiquer une œuvre par télécommunication prévu à l’al. 3(1)(f) de la loi canadienne, comme je l’explique précédemment. Les deux ne peuvent être tenus pour équivalents.

[104] Notre Cour a reconnu l’existence de différences importantes entre les lois canadienne et américaine sur le droit d’auteur en ce qui concerne tant le libellé que les principes sous-jacents. Elle a fait la mise en garde suivante : « [l]a jurisprudence américaine doit [. . .] être analysée avec prudence même si elle porte sur des faits semblables » (voir *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, p. 367). Les seules différences de formulation rendent inutile le

Copyright Act is sufficient to render the U.S. decisions of no assistance in the interpretive exercise engaged here. Indeed, following the American jurisprudence in interpreting Canada's copyright legislation would, in this case, amount to rewriting the Canadian Act.

(7) The Application of Section 3(1)(f) Does not Depend on the Purpose of the Communication

[105] The ESA's argument that the sole purpose of the transmissions in the case of downloads is just to *deliver copies* to the customers is not an answer to the fact that a transmission by telecommunication to the public, and therefore, a communication within the meaning of s. 3(1)(f), effectively occurs.

[106] A similar argument was made in *Bishop v. Stevens*. That case dealt with whether a TV station that had paid the appropriate royalties for the right to broadcast a performance of a musical work had also acquired the right to make an "ephemeral" recording of the performance *for the sole purpose of facilitating the broadcast*. It was held that the right to perform did not include the right to make a recording, albeit an "ephemeral" one made only for technical reasons. McLachlin J. held that "s. 3(1)(d) contains no mention of purpose" (p. 479):

Interpretation of a statute must always begin with the ordinary meaning of the words used, and nothing in this section restricts its application to recordings made for the purpose of reproduction and sale. A recording may be made for any purpose, even one not prejudicial to the copyright holder, but if it is not authorized by the copyright holder then it is an infringement of his rights. [p. 480]

[107] Similarly, the fact that the work is transmitted over the Internet, and therefore, "communicate[d] . . . by telecommunication" within the ordinary meaning of the words, for the purpose of delivering a copy of the video game containing the musical work to the user, does not change the fact that there *is* an Internet communication requiring authorization of the copyright holder.

recours à la jurisprudence américaine. En fait, interpréter les dispositions canadiennes sur le droit d'auteur à la lumière de la jurisprudence américaine reviendrait, dans la présente affaire, à modifier leur teneur.

(7) Le but de la communication n'est pas déterminant aux fins de décider si l'al. 3(1)(f) s'applique ou non

[105] Lorsqu'elle fait valoir que, dans le cas d'un téléchargement, la transmission vise seulement à *faire parvenir une copie* au client, ESA ne réfute pas l'existence de la transmission au public par télécommunication et, par conséquent, de la communication visée à l'al. 3(1)(f).

[106] Dans l'affaire *Bishop c. Stevens*, une prétention semblable était formulée. La Cour devait décider si une station de télévision qui avait acquitté les redevances exigibles pour la diffusion de l'exécution d'une œuvre musicale avait également le droit d'en faire un enregistrement « éphémère » *dans le seul but de faciliter la diffusion*. La Cour a estimé que le droit d'exécuter l'œuvre n'englobait pas celui de l'enregistrer, même de manière « éphémère » à des fins strictement techniques. La juge McLachlin conclut que « l'al. 3(1)(d) ne mentionne pas le but » (p. 479) :

L'interprétation des lois doit toujours commencer par le sens ordinaire des mots employés et rien dans cet alinéa ne limite son application aux enregistrements faits aux fins de reproduction et de vente. Un enregistrement fait dans n'importe quel but, même non préjudiciable au titulaire du droit d'auteur, sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur constitue une violation de ses droits. [p. 480]

[107] De même, transmettre l'œuvre dans Internet, et donc la « communiquer [. . .] par télécommunication » au sens ordinaire de ces mots, afin de faire parvenir à l'utilisateur une copie du jeu vidéo auquel elle est intégrée ne change rien au fait qu'*il y a* communication Internet devant être autorisée par le titulaire du droit d'auteur.

(8) Unintended Consequences

[108] The ESA raises a number of “unintended consequences” that would flow from accepting that downloads are communications within s. 3(1)(f) of the Act.

[109] The ESA first refers to s. 2.2(1) of the Act, which defines the concept of “publication” for the purposes of the Act. Section 2.2(1) provides:

2.2 (1) For the purposes of this Act, “publication” means

- (a) in relation to works,
 - (i) making copies of a work available to the public,

but does not include

- (c) the performance in public, or the communication to the public by telecommunication, of a literary, dramatic, musical or artistic work or a sound recording, or . . .

[110] The ESA argues that adopting the “broad interpretation of ‘communicate to the public’ to include distribution of durable copies over networks” would mean that where copies of works are “distributed” over the Internet, these works would not be considered as “published”, because publication, as defined by s. 2.2(1) of the Act, excludes works communicated to the public by telecommunication (A.F., at paras. 102-10).

[111] In my opinion, no conclusion concerning the scope of the right to communicate to the public by telecommunication in s. 3(1)(f) can be drawn on the basis of s. 2.2(1). Section 2.2(1) is only relevant in understanding the scope of *publication*, in those sections where it appears in the Act. Where that word is used, the definition in s. 2.2(1) provides that it means “making copies of a work available to the public”, but does not include the communication of a work to the public by telecommunication. On the other hand, s. 2.2(1) does *not* provide a comprehensive definition for all purposes of the Act whereby “making copies of a work available to the

(8) Des conséquences inattendues

[108] ESA fait état d’un certain nombre de [TRADUCTION] « conséquences inattendues » qu’emporterait l’assimilation du téléchargement à une communication pour l’application de l’al. 3(1)f).

[109] Elle renvoie d’abord au par. 2.2(1) de la Loi, qui définit la « publication » et dont voici le texte :

2.2 (1) Pour l’application de la présente loi, « publication » s’entend :

- a) à l’égard d’une œuvre, de la mise à la disposition du public d’exemplaires de l’œuvre, . . .

Sont exclues de la publication la représentation ou l’exécution en public d’une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique ou d’un enregistrement sonore, leur communication au public par télécommunication . . .

[110] ESA soutient que, selon [TRADUCTION] « une interprétation extensive qui assimilerait à “communiquer au public” le fait de mettre en circulation une copie permanente de l’œuvre dans un réseau », l’œuvre « mise en circulation » dans Internet ne serait pas « publiée », car la publication, au sens du par. 2.2(1) de la Loi, exclut la communication au public par télécommunication (m.a., par. 102-110).

[111] À mon avis, on ne saurait circonscrire le droit de communiquer au public par télécommunication conféré à l’al. 3(1)f) en fonction du par. 2.2(1), car celui-ci ne définit la *publication* que pour l’application des dispositions de la Loi où ce mot est employé. La publication s’entend alors de « la mise à la disposition du public d’exemplaires de l’œuvre », à l’exclusion de la communication de l’œuvre au public par télécommunication. Par contre, le par. 2.2(1) n’énonce *pas* une définition qui vaut pour toutes les dispositions de la Loi et qui rend toujours incompatibles entre elles la « mise à la disposition du public d’exemplaires de l’œuvre »

public” can never occur in connection with communication to the public by telecommunication. It cannot be inferred that the independent right of communication to the public by telecommunication in s. 3(1)(f) cannot be engaged where, at the same time, copies of a work are made available.

[112] As for the ESA’s argument that this may render publication technologically non-neutral, as works distributed *only* by making them available for download on the Internet would not be considered as published, whether this is the inescapable conclusion about the meaning of s. 2.2(1) remains to be seen in a case where the issue arises. Indeed, there is some authority suggesting that “[w]ork available online or sitting in a public database may therefore be considered ‘published’”, and this notwithstanding the fact that a work conveyed over the Internet constitutes a communication to the public by telecommunication (Vaver, at pp. 157 and 172-73).

[113] ESA also argues that extending the s. 3(1)(f) right to include “digital delivery of copies of a work” would make the secondary infringement provisions in s. 27(2) “largely redundant” in the electronic environment (A.F., at para. 117). It says there would be little need for the secondary infringement provisions related to the electronic distribution of copies of works. I would note that this argument assumes that communication is equivalent to distribution under the Act without any supporting justification on the point. While it appears that such a redundancy point is a policy argument that should be addressed by Parliament if there is a view that any alleged overlap in the provisions is considered undesirable, I will deal with it briefly.

[114] The basic difference between primary and secondary infringement is that primary infringement under s. 3(1) may occur without the infringer knowing that infringement is occurring while secondary infringement only applies where the person has actual or constructive knowledge that what is being distributed constitutes an infringing copy of

et la communication au public par télécommunication. On ne peut inférer que le droit distinct de communiquer une œuvre au public par télécommunication prévu à l’al. 3(1)(f) ne peut s’appliquer dès lors qu’un exemplaire de l’œuvre est mis à la disposition du public.

[112] ESA fait valoir que l’interprétation extensive peut aller à l’encontre de la neutralité technologique de la publication étant donné que l’œuvre mise en circulation *uniquement* par téléchargement Internet ne serait pas tenue pour publiée. La question de savoir s’il s’agit de la conclusion inéluctable à tirer quant au sens du par. 2.2(1) devra être tranchée lorsqu’elle sera soulevée dans un autre dossier. De fait, certains auteurs estiment que [TRADUCTION] « [l]’œuvre mise en ligne ou stockée dans une banque de données peut donc être tenue pour “publiée” », et ce, sans égard au fait que le transfert d’une œuvre dans Internet constitue une communication au public par télécommunication (Vaver, p. 157 et 172-173).

[113] En outre, selon ESA, si le droit conféré à l’al. 3(1)(f) s’appliquait à la [TRADUCTION] « livraison numérique d’un exemplaire d’une œuvre », le par. 27(2), qui porte sur la violation à une étape ultérieure, serait « en grande partie redondant » dans l’environnement électronique (m.a., par. 117) et il ne serait pas vraiment nécessaire pour régir la mise en circulation électronique d’un exemplaire de l’œuvre. J’estime que c’est confondre sans justification à l’appui communication et mise en circulation en application de la Loi. Bien que la redondance soit une considération qui relève du législateur et qu’il appartienne à ce dernier d’agir s’il juge non souhaitable le chevauchement allégué, j’examine brièvement la question.

[114] De façon générale, une personne peut se rendre coupable de violation du droit conféré au par. 3(1) de façon involontaire. Toutefois, elle ne sera coupable d’une violation à une étape ultérieure — et c’est là une différence fondamentale — que si elle a une connaissance réelle ou implicite du fait que la mise en circulation d’un exemplaire emporte la

a work. Section 27(2) provides in relevant part for purposes of this case:

It is an infringement of copyright for any person to

. . .

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

. . .

a copy of a work . . . that the person knows or should have known infringes copyright . . .

[115] A secondary infringer may be the same person as the primary infringer, but need not be. The purpose of s. 27(2) is to widen the net for copyright infringement beyond those who engage in primary infringement to those who, with knowledge or constructive knowledge, distribute to such an extent as to prejudicially affect the owner of the copyright, a copy of a work that already infringes copyright. A distributor who knows or should know that he is distributing an infringing copy of a work, for example because it was reproduced without authority of the copyright holder, may be liable for infringement even though he did not engage in the primary infringement. However, a distributor who distributes an authorized copy of the work will not be found liable under s. 27(2)(b).

[116] According to the evidence in this case, it is standard practice in the video game publishing industry to negotiate clearance of copyright for the reproduction of the musical works incorporated in the games prior to their publication. In the possession of the video game vendor and before the vendor takes any action with respect to communicating the game, there is no infringement of copyright because reproduction rights have been cleared. Unless authorized by the holder of the rights under s. 3(1)(f), however, the communication of the game will violate s. 3(1)(f) of the Act. But s. 27(2) will not be engaged.

violation du droit d'auteur. Voici le texte pertinent du par. 27(2) :

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 [. . .] alors que la personne qui accomplit l'acte sait ou devrait savoir que la production de l'exemplaire constitue une violation de ce droit . . .

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

[115] Une même personne peut être à l'origine de la première violation et de celle commise ultérieurement, mais il peut s'agir de deux personnes différentes. Le paragraphe 27(2) a pour objet d'élargir la violation du droit d'auteur de façon à viser non seulement la personne qui viole le par. 3(1), mais aussi celle qui, tout en sachant réellement ou implicitement qu'elle porte préjudice au titulaire du droit d'auteur, met en circulation un exemplaire qui constitue une violation de ce droit. Le distributeur qui sait ou devrait savoir qu'il met en circulation un exemplaire de l'œuvre qui emporte la violation du droit d'auteur (p. ex. parce qu'il y a eu reproduction sans autorisation du titulaire du droit d'auteur) peut être tenu responsable de violation du droit d'auteur même s'il n'est pas à l'origine de la première violation. En revanche, le distributeur qui met en circulation un exemplaire autorisé de l'œuvre n'engage pas sa responsabilité sous le régime de l'al. 27(2)b).

[116] Suivant la preuve présentée en l'espèce, dans le secteur de l'édition de jeux vidéo, l'usage veut que l'éditeur négocie l'affranchissement des droits de reproduction d'une œuvre musicale avant de lancer le jeu auquel celle-ci est intégrée. Ainsi, le vendeur qui n'a pas encore communiqué le jeu vidéo n'enfreint pas le droit d'auteur, car les droits de reproduction ont été acquittés. Or, à moins d'être autorisée par le titulaire des droits conférés à l'al. 3(1)f), la communication du jeu contrevient à cet alinéa. Cependant, le par. 27(2) ne s'applique pas.

[117] ESA has structured its examples in support of its redundancy argument carefully. However, they do not cover the facts of this case. Here the communication or distribution is of prior authorized copies, not infringing copies. Only s. 3(1)(f) is engaged, not s. 27(2).

(9) Policy Considerations

[118] The policy concern raised by the ESA is that a copyright holder should not be entitled to both a reproduction and a communication right in the context of Internet downloads.

[119] The answer to this concern is straightforward: the rights of copyright holders under s. 3(1) are distinct and separate rights. *Bishop v. Stevens* re-affirmed (at p. 477) the holding in *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, at p. 373, per Estey J., that the rights listed in s. 3(1) are distinct and separate rights:

It is clear from an examination of s. 3(1) that it lists a number of distinct rights belonging to the copyright holder. As stated in *Ash v. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd.*, [1936] 2 All E.R. 1496 (C.A.), at p. 1507, per Greene L.J.:

Under the Copyright Act, 1911 [on which the Canadian Act was based], s. 1(2), the rights of the owner of copyright are set out. A number of acts are specified, the sole right to do which is conferred on the owner of the copyright. The right to do each of these acts is, in my judgment, a separate statutory right, and anyone who without the consent of the owner of the copyright does any of these acts commits a tort; if he does two of them, he commits two torts, and so on. [Emphasis added.]

[120] The occurrence of one infringement therefore does not preclude the finding of another. As “[i]nfringement is the single act of doing something which ‘only the owner of the copyright has the right to do’” (*Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, at p. 375), if two protected acts occur without authorization of the copyright holder, there are two infringements. The fact that there are two protected rights does not restrict the protection afforded by each right.

[117] ESA étaye d'exemples choisis son argument relatif à la redondance. Or, ces exemples ne cadrent pas avec les faits de la présente affaire où ce sont des exemplaires autorisés, et non des exemplaires qui violent le droit d'auteur, qui sont communiqués ou mis en circulation. Partant, l'al. 3(1)f) s'applique, à l'exclusion du par. 27(2).

(9) Les considérations de principe

[118] Suivant la considération de principe que fait valoir ESA, le titulaire du droit d'auteur ne saurait se voir reconnaître à la fois le droit de reproduire et le droit de communiquer dans le cas d'un téléchargement Internet.

[119] La réponse à cette prétention est simple : les droits conférés au par. 3(1) sont distincts. L'arrêt *Bishop c. Stevens* (p. 477) confirme cette conclusion tirée par le juge Estey dans l'affaire *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, p. 373 :

Il ressort nettement de l'examen du par. 3(1) qu'il énumère un certain nombre de droits distincts qui appartiennent au titulaire du droit d'auteur. Comme le dit le lord juge Greene dans l'arrêt *Ash v. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd.*, [1936] 2 All E.R. 1496 (C.A.), à la p. 1507 :

[TRADUCTION] Le paragraphe 1(2) de la Copyright Act, 1911 [sur laquelle la Loi canadienne est modelée] expose les droits du titulaire d'un droit d'auteur. Il énumère certains actes que seul le titulaire d'un droit d'auteur peut accomplir. Le droit d'accomplir chacun de ces actes est, à mon avis, un droit distinct, créé par la loi, et quiconque accomplit l'un de ces actes sans le consentement du titulaire du droit d'auteur commet de ce fait un délit; s'il en accomplit deux, il commet deux délits et ainsi de suite. [Je souligne.]

[120] La violation d'un droit n'exclut pas la violation d'un autre. Puisque « [la violation] consiste simplement [dans] l'exécution d'un acte que seul “le titulaire [du droit d'auteur] a la faculté d'exécuter” » (*Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, p. 375), deux actes protégés accomplis sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur se traduisent par deux violations. L'existence de deux droits protégés ne restreint pas la protection conférée par chacun des droits.

[121] I cannot agree with my colleagues that the “principle of technological neutrality requires that ... we interpret the *Copyright Act* in a way that avoids imposing an additional layer of protections and fees based solely on the *method of delivery* of the work to the end user” (para. 9 (emphasis in original)). Characterizing the Internet transmission as a mere “method of delivery” of the work pre-empts the application of the right to communicate by telecommunication in s. 3(1)(f). Further, the proposition is inconsistent with the approach to media neutrality as described by the majority of this Court in *Robertson v. Thomson Corp.*, 2006 SCC 43, [2006] 2 S.C.R. 363, at para. 49, *per* LeBel and Fish JJ.:

Media neutrality means that the *Copyright Act* should continue to apply in different media, including more technologically advanced ones. But it does not mean that once a work is converted into electronic data anything can then be done with it.... Media neutrality is not a licence to override the rights of authors — it exists to protect the rights of authors and others as technology evolves.

[122] A media neutral application of the Act to the facts of this case would mean that the right of reproduction continues to apply to copies made through downloads, notwithstanding the fact that they are *digital* copies. It would also support the proposition that the communication right must continue to apply to digital communications, notwithstanding that they may differ from traditional broadcasting technologies. A media neutral application of the Act, however, does *not* imply that a court can depart from the ordinary meaning of the words of the Act in order to achieve the level of protection for copyright holders that the court considers is adequate.

[123] Any concerns arising from the independent protected rights in the digital context are concerns of policy, which are properly within the domain of Parliament in defining the scope of copyright. “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

[121] Je ne puis convenir avec mes collègues que « nous interprétons la *Loi sur le droit d’auteur* de manière à ne pas créer un palier supplémentaire de protection et d’exigibilité d’une redevance qui soit uniquement fondé sur le *mode de livraison* de l’œuvre à l’utilisateur » (par. 9 (en italique dans l’original)). Assimiler une transmission Internet à un simple « mode de livraison » de l’œuvre neutralise l’application du droit de communiquer par télécommunication prévu à l’al. 3(1)f). En outre, leur avis est incompatible avec la définition de la neutralité du support énoncée par les juges LeBel et Fish au nom des juges majoritaires dans l’arrêt *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, [2006] 2 R.C.S. 363, par. 49 :

La neutralité du support signifie que la *Loi sur le droit d’auteur* continue de s’appliquer malgré l’usage de supports différents, y compris ceux qui dépendent d’une technologie plus avancée. Elle ne signifie toutefois pas qu’après sa conversion en données électroniques, une œuvre peut être utilisée n’importe comment. [. . .] Le principe de la neutralité du support ne permet pas d’écarter les droits des auteurs — il a été établi pour protéger les droits des auteurs et des autres à mesure que la technologie évolue.

[122] Suivant une application — neutre quant au support — de la Loi aux faits de l’espèce, le droit de reproduction demeure applicable à l’exemplaire obtenu par téléchargement, même si celui-ci est *numérique*, et le droit de communication s’applique toujours aux communications numériques, bien qu’elles puissent différer des technologies de diffusion traditionnelles. Cependant, pareille application de la Loi *ne* saurait permettre à une cour de justice de faire abstraction du sens ordinaire des mots employés par le législateur et d’accorder au titulaire du droit d’auteur la protection qu’elle estime indiquée.

[123] L’existence de droits protégés distincts dans l’environnement numérique tient à des considérations de politique générale dont tient compte à juste titre le législateur lorsqu’il définit 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

creator” (*Théberge*, at para. 30). While the “courts should strive to maintain an appropriate balance between these two goals” (*CCH Canadian Ltd.*, at para. 10), inferring limits into the communication right in the present case would be beyond the function of the courts. “In Canada, copyright [remains] a creature of statute . . .” (*SOCAN v. CAIP*, at para. 82). See also *CCH*, at para. 9; *Théberge*, at para. 5; *Bishop v. Stevens*, at p. 477; *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, at p. 373.

[124] Indeed, it would be hazardous for the courts to delimit the scope of broadly defined rights in the digital environment without the benefit of a global picture of the implications for all the parties involved. Binnie J. wrote in *SOCAN v. CAIP*, at para. 40:

The capacity of the Internet to disseminate “works of the arts and intellect” is one of the great innovations of the information age. Its use should be facilitated rather than discouraged, but this should not be done unfairly at the expense of those who created the works of arts and intellect in the first place.

[125] In light of these considerations, providing exceptions to the right to communicate by telecommunication is properly left to Parliament. History has shown that Parliament will indeed legislate when it considers copyright protection to be improperly balanced (for example, it introduced the ephemeral recordings exception in s. 30.8(1), following the ruling in *Bishop* (S.C. 1997, c. 24, s. 18); *McKeown*, at pp. 21-82 to 21-83).

[126] In addition, it should be borne in mind that SOCAN merely proposes tariffs, which must then be authorized by the Board. In doing so, it is within the power of the Board to adjust proposed royalty rates in a manner that it considers appropriate for a particular use. Specifically, when the same activity engages two protected rights, the Board is in a position to consider each of these rights in light of the type of use that causes users to engage in the activity. This is consistent with the core of the

et, d’autre part, l’obtention d’une juste récompense pour le créateur » (*Théberge*, par. 30). Dans la mesure où « les tribunaux doivent s’efforcer de maintenir un juste équilibre entre ces deux objectifs » (*CCH Canadienne Ltée*, par. 10), ils dépasseraient leurs pouvoirs si, en l’espèce, ils déduisaient l’existence de limites applicables au droit de communication. « Au Canada, le droit d’auteur tire [encore] son origine de la loi » (*SOCAN c. ACFI*, par. 82). Voir également *CCH*, par. 9; *Théberge*, par. 5; *Bishop c. Stevens*, p. 477; *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, p. 373.

[124] En effet, il serait hasardeux que, sans disposer d’une vue d’ensemble des répercussions sur tous les intéressés, les tribunaux circonscrivent l’application, dans l’environnement numérique, de droits qui sont définis de manière générale. Dans *SOCAN c. ACFI*, le juge Binnie dit ce qui suit au par. 40 :

La possibilité de diffuser des « œuvres artistiques et intellectuelles » grâce à [. . .] Internet est l’une des grandes innovations de l’ère de l’information. Les recours à [. . .] Internet doit être facilité, et non découragé, mais pas de manière injuste, au détriment des auteurs d’œuvres artistiques et intellectuelles.

[125] Au vu de ces considérations, prévoir des exceptions au droit de communiquer par télécommunication ressortit à juste titre au législateur. De fait, ce dernier légifère lorsqu’il l’estime nécessaire pour rétablir le juste équilibre en matière de protection du droit d’auteur, ce qu’il a notamment fait en donnant suite à l’arrêt *Bishop* par l’adoption du par. 30.8(1) prévoyant l’exception relative à l’enregistrement éphémère (L.C. 1997, ch. 24, art. 18); *McKeown*, p. 21-82 à 21-83.

[126] De plus, rappelons que la SOCAN ne fait que présenter des projets tarifaires qui doivent ensuite être homologués par la Commission, laquelle peut alors ajuster au besoin le montant d’une redevance pour une utilisation donnée. Tout particulièrement, lorsqu’une activité fait intervenir deux droits protégés, la Commission est en mesure de considérer chacun de ces droits au regard de l’utilisation qui sous-tend l’activité. Cette faculté est conforme à sa mission essentielle en tant

Board's mandate as an economic regulatory agency, which consists of "working out . . . the details of an appropriate royalty tariff" (*SOCAN v. CAIP*, at para. 49) based on the economic value of the different ways in which copyrighted works may be used. The Board's authority to determine royalty rates in factual circumstances addresses concerns about the relative value of services as between online game providers and bricks and mortar stores, and the overlapping of rights and alleged "double-dipping" by copyright holders.

IV. Conclusion — Meaning of "Communicate" in Section 3(1)(f)

[127] Communicating works to the public by telecommunication is an independent and distinct right from other rights in s. 3(1) that are included within copyright. It is complete when the communication is received, in this case, when the file is downloaded to the user's computer, even though it can be perceived only after the transmission, or whether or not it is ever perceived. As put by Professor Vaver, "[s]ending works by radio, television, cable, fax, modem, satellite, or microwave involves telecommunication"; if, in addition, the communication is "to the public", it will attract liability (p. 172).

[128] I would dismiss the appeal with costs.

Appeal allowed with costs, LEBEL, FISH, ROTHSTEIN and CROMWELL JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the respondent: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitors for the intervener CMRRA-SODRAC Inc.: Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Solicitor for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: University of Ottawa, Ottawa.

qu'organisme administratif à vocation économique, à savoir « la mise au point d'un tarif de redevances approprié » (*SOCAN c. ACFI*, par. 49) fondé sur la valeur économique des différents modes d'utilisation des œuvres protégées. Le pouvoir de la Commission de fixer le montant d'une redevance en fonction de données factuelles permet la prise en compte de la valeur du service offert par un fournisseur de jeux en ligne comparativement à celle du service qu'offre un magasin traditionnel, ainsi que du chevauchement des droits et de la « double rémunération » éventuelle du titulaire du droit d'auteur.

IV. Conclusion — Le sens du mot « communiquer » employé à l'al. 3(1)f)

[127] Communiquer une œuvre au public par télécommunication est un droit autonome et distinct des autres droits que confère à l'auteur le par. 3(1). Ce droit est exercé dès réception de la communication, en l'occurrence au moment du téléchargement du fichier dans l'ordinateur de l'utilisateur, bien que le fichier puisse ne pas être perçu dès sa transmission, ni même jamais. Comme le dit le professeur Vaver, [TRADUCTION] « [l']envoi d'œuvres par radio, télévision, câble, télécopieur, modem, satellite ou micro-ondes implique une télécommunication »; si, en outre, la communication est faite « au public », elle engage la responsabilité (p. 172).

[128] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges LEBEL, FISH, ROTHSTEIN et CROMWELL sont dissidents.

Procureurs des appelantes : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante CMRRA-SODRAC Inc. : Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Université d'Ottawa, Ottawa.

*Solicitors for the intervener Cineplex
Entertainment LP: Gilbert's, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Cineplex
Divertissement LP : Gilbert's, Toronto.*

Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P., Bell Canada and TELUS Communications Company *Appellants*

v.

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada *Respondent*

and

CMRRA-SODRAC Inc., Cineplex Entertainment LP, Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, Apple Canada Inc. and Apple Inc. *Intervenors*

INDEXED AS: ROGERS COMMUNICATIONS INC. v. SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA

2012 SCC 35

File No.: 33922.

2011: December 6; 2012: July 12.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Intellectual property — Copyright — Right to communicate a work to the public by telecommunication — Copyright Board certifying tariff for communication rights in copyrighted music downloaded and streamed from the Internet — Meaning of “to the public” — Whether a point-to-point transmission from the website of an online music service to an individual customer is a private communication — Whether streaming of files from the Internet triggered by individual users constitutes communication to the public of the musical works contained therein by online music services who make the files available for streaming — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 3(1)(f).

Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P., Bell Canada et Société TELUS Communications *Appelantes*

c.

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique *Intimée*

et

CMRRA-SODRAC Inc., Cineplex Divertissement LP, Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko, Apple Canada Inc. et Apple Inc. *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : ROGERS COMMUNICATIONS INC. c. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE

2012 CSC 35

N° du greffe : 33922.

2011 : 6 décembre; 2012 : 12 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Droit de communiquer une œuvre au public par télécommunication — Homologation d'un tarif par la Commission du droit d'auteur relativement au droit de communiquer par téléchargement ou transmission en continu une œuvre musicale protégée — Signification d'« au public » — La transmission point à point du site Web d'un service de musique en ligne à un consommateur individuel constitue-t-elle une communication privée? — La transmission en continu de fichiers sur Internet à la demande d'utilisateurs individuels constitue-t-elle une communication au public, par le service de musique en ligne qui l'offre, des œuvres musicales contenues dans les fichiers? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 3(1)f).

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Copyright Board certifying tariff for communication rights in copyrighted music downloaded and streamed from the Internet — Whether decision reviewable on standard of reasonableness or correctness.

The appellants are online music services that offer downloads and on-demand streams of files containing musical works. A stream is a transmission of data that allows the user to listen to or view a work at the time of the transmission, resulting in a temporary copy of the file on the user's hard drive. In 1995, the respondent proposed tariffs for various uses of musical works over the Internet for the years 1996 to 2006. When the Copyright Board proceeded to establish a tariff for the communication of musical works over the Internet, it held that a stream of a copyrighted work of music comes within the creator's right to communicate to the public by telecommunication provided by s. 3(1)(f) of the *Copyright Act* and a claim for communication royalties was well-founded. The Board proceeded to establish a tariff for the communication of musical works over the Internet for the years 1996 to 2006. The Federal Court of Appeal dismissed the appellant's application for judicial review of the Board's decision.

Held: The appeal should be allowed in part.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.: In light of the majority decision in *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231, the question of whether the online music services engage the exclusive right to "communicate to the public by telecommunication" by offering downloads to members of the public has now become moot and the appeal is allowed in respect of downloads. However, the appeal is dismissed in respect of music streamed from the Internet. A stream of a musical work from the Internet is not a private transaction outside the scope of the right to communicate to the public. It matters little for the purposes of copyright protection whether the members of the public receive the communication in the same or in different places, at the same or at different times, or at their own or the sender's initiative.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Homologation d'un tarif par la Commission du droit d'auteur relativement au droit de communiquer par téléchargement ou transmission en continu une œuvre musicale protégée — La décision est-elle susceptible de contrôle au regard de la norme de la décision raisonnable ou de la norme de la décision correcte?

Les appelantes, qui sont des services de musique en ligne, offrent le téléchargement et la transmission en continu sur demande de fichiers qui renferment des œuvres musicales. La transmission en continu est un transfert de données qui permet à l'utilisateur d'entendre ou de voir le contenu au moment du transfert, une copie temporaire étant alors stockée sur le disque dur de son ordinateur. En 1995, l'intimée a proposé un tarif pour diverses utilisations d'œuvres musicales sur Internet pour les années 1996 à 2006. Lorsque la Commission du droit d'auteur a entrepris d'établir un tarif de communication d'œuvres musicales sur Internet, elle a statué que la transmission en continu d'une œuvre musicale protégée par le droit d'auteur relevait du droit du créateur de communiquer son œuvre au public par télécommunication reconnu à l'al. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur* et que des redevances de communication étaient réclamées à juste titre. La Commission a entrepris la mise au point d'un tarif de communication d'œuvres musicales sur Internet pour les années 1996 à 2006. La Cour d'appel fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire dont l'avait saisie l'appelante relativement à la décision de la Commission.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis : Vu la décision des juges majoritaires dans *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231, la question de savoir si les services de musique en ligne portent atteinte au droit exclusif de « communiquer au public par télécommunication » lorsqu'ils offrent des téléchargements au public ne se pose plus, et le pourvoi est accueilli en ce qui concerne le téléchargement. Cependant, le pourvoi est rejeté en ce qui a trait à la transmission de musique en continu sur Internet. La transmission en continu d'une œuvre musicale dans Internet n'est pas une opération privée qui échappe au droit de communiquer au public. Il importe peu, pour déterminer si la protection du droit d'auteur s'applique, que les destinataires reçoivent la communication au même endroit ou en des lieux différents, au même moment ou à des moments différents, à leur initiative ou à celle de l'expéditeur.

A transmission of a single copy of a work to a single individual is not a communication to the public within the meaning of s. 3(1)(f) of the *Copyright Act*. However, where there is a series of repeated transmissions of the same work to different recipients, each transmission cannot be analyzed in isolation, even if each transmission is initiated at the request of an individual member of the public. Focusing on transmissions individually loses sight of the true character of the activity in question. Copyright protection is not dependant on the technicalities of methods of transmission. Under a principled approach to copyright protection, it is necessary to consider the broader context to determine whether a given point-to-point transmission engages the exclusive right to communicate to the public. In the case of online music services, it is hardly possible to maintain that there is no intention that the same work ever be transmitted again.

A rule that each transmission must be analyzed in isolation because each is initiated at the request of an individual member of the public would have the effect of excluding all interactive communications from the scope of the right to communicate to the public. Nothing in the wording of s. 3(1)(f) of the Act excludes pull technologies from its scope or restricts communications to the public to a purely non-interactive context. Section 3(1)(f) is technology-neutral. Although the right to communicate to the public used to be historically linked to traditional media that operated on a broadcasting or push model, amending the *Copyright Act* to grant a technologically neutral right to communicate to the public by telecommunication ensured the continued relevance of the right in an evolving technological environment. The historic relationship does not support reading into the Act restrictions that are not apparent from or consistent with the language of the Act.

The appropriate standard for reviewing the Copyright Board's decision in this case is correctness. Normally, the legislature is presumed to have recognized the superior expertise of an administrative body in respect of issues arising under its home statute or a closely related statute, and deference warrants applying a reasonableness standard of review. However, under the *Copyright Act*, Parliament has given both the Copyright Board and courts concurrent jurisdiction at first instance over questions of law such as the pure question of law that arises in this case. It would be inconsistent to apply a reasonableness standard on judicial review of a decision by the Board when the same legal question would be decided *de novo* if it arose in the court at first instance. It

Transmettre une seule copie de l'œuvre à une seule personne n'équivaut pas à communiquer l'œuvre au public pour l'application de l'al. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Chacune des transmissions répétées d'une copie de la même œuvre à des destinataires différents ne peut cependant pas être examinée isolément même si elle intervient à la demande individuelle d'un utilisateur. S'attacher à chacune des transmissions individuelles fait perdre de vue la nature véritable de l'activité en cause. La protection du droit d'auteur ne dépend pas des détails techniques du mode de transmission. Afin d'assurer une protection rationnelle du droit d'auteur, il faut tenir compte du contexte général pour déterminer si une transmission point à point porte atteinte au droit exclusif de communiquer l'œuvre au public. Dans le cas d'un service de musique en ligne, on ne saurait soutenir que son intention n'est pas de transmettre de nouveau la même œuvre.

La règle voulant que chacune des transmissions soit examinée isolément parce qu'elle intervient à la demande individuelle d'un utilisateur aurait pour effet de soustraire toute communication interactive au respect du droit exclusif de communiquer l'œuvre au public. Le libellé de l'al. 3(1)f) de la Loi ne soustrait pas l'extraction personnalisée au respect de la disposition ni ne relègue la communication au public au contexte strictement non interactif. L'alinéa 3(1)f) est neutre sur le plan technologique. Même si le droit de communication au public est historiquement lié aux médias traditionnels, qui fonctionnent selon le mode de la radiodiffusion ou de la distribution sélective, la modification de la *Loi sur le droit d'auteur* pour accorder un droit neutre sur le plan technologique de communiquer au public par télécommunication a fait en sorte que le droit reconnu demeure en phase avec un contexte technologique en constante évolution. Le lien historique ne permet pas de considérer que la Loi établit implicitement des restrictions qui ne ressortent pas de son libellé ou qui sont incompatibles avec celui-ci.

La norme de contrôle qui vaut à l'égard de la décision de la Commission du droit d'auteur en l'espèce est celle de la décision correcte. Le législateur est généralement présumé reconnaître la grande expertise d'un organisme administratif vis-à-vis des questions qui touchent à sa loi constitutive ou à une loi étroitement liée à celle-ci, et la déférence justifie un contrôle judiciaire au regard de la norme de la raisonabilité. Or, dans la *Loi sur le droit d'auteur*, le législateur reconnaît en première instance une compétence concurrente à la Commission du droit d'auteur et à la cour de justice sur une question de droit, comme la pure question de droit qui se pose en l'espèce. Il serait illogique de contrôler la décision de la Commission sur un point de droit

would be equally inconsistent to apply a reasonableness standard to a determination of a legal question by the Board on an appeal from a judicial review but a correctness standard on an appeal from a decision of a court at first instance on the same legal question. Because the unusual statutory scheme under the *Copyright Act* does not give the Copyright Board a discrete and special administrative regime, it must be inferred that the legislative intent was not to recognize a superior expertise of the Board relative to the courts with respect to legal questions arising under the *Copyright Act*.

Per Abella J.: The standard of review should be reasonableness. The Copyright Board, when interpreting its home statute in setting tariffs for the communication of new forms of digital media, should be accorded the same deference and be reviewed on the same standard as every other specialized tribunal in Canada. Since *Dunsmuir*, this Court has unwaveringly held that institutionally expert and specialized tribunals are entitled to a presumption of deference when interpreting their mandate. Applying a correctness standard of review on the sole basis that a court could potentially interpret the same statute effectively drains expert tribunals of the institutional deference they are owed. The majority's conclusion adds the new and unrelated exception of shared jurisdiction to the existing and narrow exceptions to the presumption of home statute deference.

Expertise is attributed to a tribunal on the basis that Parliament has delegated decision-making to it as an institutionally specialized body that has day to day familiarity with its enabling statute. The Copyright Board has specialized expertise in interpreting the provisions of the *Copyright Act*. The fact of shared jurisdiction does not undermine this expertise. The Copyright Board does not simply work out the details of royalty tariffs, it sets policies that collectively determine the rights of copyright owners and users and plays an important role in achieving the proper balance between those actors. It also has highly specialized knowledge about the media technologies used to create and disseminate copyrighted works, as well as related economic issues. This specialized knowledge is precisely the kind of institutional expertise that *Dunsmuir* concluded was entitled to deference. The fact that a court might

selon la norme de la décision raisonnable, mais d'examiner *de novo* celle d'une cour de justice en première instance sur le même point de droit. Il serait tout aussi incohérent que, saisie d'un appel visant un contrôle judiciaire, la cour d'appel applique la norme de la décision raisonnable à la décision de la Commission sur un point de droit, mais soumette à la norme de la décision correcte la décision d'une cour de justice en première instance sur le même point de droit. Étant donné que le régime législatif inhabituel établi par la *Loi sur le droit d'auteur* ne dote pas la Commission du droit d'auteur d'un régime administratif distinct et particulier, il faut inférer que le législateur n'a pas voulu reconnaître à la Commission une expertise supérieure à celle d'une cour de justice en ce qui a trait aux questions de droit que soulève l'application de la *Loi sur le droit d'auteur*.

La juge Abella : La norme de contrôle applicable devrait être celle de la décision raisonnable. Lorsqu'elle interprète sa loi constitutive aux fins de l'établissement de tarifs pour la communication effectuée grâce aux nouveaux médias numériques, la Commission du droit d'auteur a droit à la même déférence et est soumise à la même norme que tout autre tribunal administratif spécialisé au Canada. Depuis l'arrêt *Dunsmuir*, notre Cour reconnaît invariablement l'application présumée de la norme déferente au tribunal administratif doté d'une expertise institutionnelle spécialisée lorsqu'il interprète sa loi constitutive. Appliquer la norme de la décision correcte pour la seule raison qu'une cour de justice pourrait être appelée à interpréter la même loi nie en fait au tribunal expert la déférence à laquelle il a droit en tant qu'institution. La conclusion des juges majoritaires ajoute l'exception nouvelle et non apparentée de la compétence concurrente à celles, plus restrictives, qui écartent déjà la présomption de déférence envers l'interprétation de la loi constitutive.

L'expertise reconnue au tribunal administratif tient au pouvoir décisionnel que lui délègue le législateur à titre d'institution spécialisée dotée d'une connaissance approfondie de sa loi constitutive. La Commission du droit d'auteur possède une expertise spécialisée dans l'interprétation de la *Loi sur le droit d'auteur*. L'existence d'une compétence concurrente n'enlève rien à cette expertise. La Commission du droit d'auteur ne se livre pas simplement à la mise au point de tarifs de redevances; elle adopte des politiques qui définissent collectivement les droits des titulaires du droit d'auteur et ceux des utilisateurs et elle joue un rôle important dans l'établissement d'un juste équilibre entre ces acteurs. Elle possède également des connaissances très pointues sur les technologies de communication employées pour créer et diffuser des œuvres protégées par le droit d'auteur, ainsi que sur les enjeux économiques

in another case be asked to interpret the same provisions of the *Copyright Act* does not detract from the Copyright Board's particular familiarity and expertise with the provisions of the *Act*.

The Board's mandate was to decide whether a particular activity triggers a tariff. The view that we can extricate a legal question from this context of complex, interlocking facts and policies considered by the Board in setting a tariff, is unrealistic. The tribunal's decision should be reviewed as a whole. Unlike trial courts, which have no expertise relative to appellate courts when interpreting a statute, tribunals have particular mandates which give them specialized expertise in interpreting and applying their home statute to a given set of facts. Extricating legal questions in the context of judicial review — referred to as “segmentation” — should be an exceptional practice.

This Court has repeatedly held that the application of multiple standards of review to different aspects of a tribunal's decision — one for questions of law and one for questions of fact — should be avoided. As a result, even if an aspect of the tribunal's decision would otherwise attract a correctness standard, the decision as a whole should be reviewed on a deferential standard. Segmenting the definition of each word or phrase in a statutory provision into discrete questions of law is a re-introduction by another name — correctness — of the unduly interventionist approach championed by the jurisdictional and preliminary question jurisprudence, jurisprudence which this Court definitively banished in *Dunsmuir* and *ATA*.

Cases Cited

By Rothstein J.

Distinguished: *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, rev'g 2002 FCA 187, [2002] 4 F.C. 213, rev'g [2000] 2 F.C. 451; **not followed:** *Cartoon Network v. CSC Holdings, Inc.*, 536 F.3d 121 (2008); **referred to:** *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231; *SOCAN Statement*

connexes. Ces connaissances spécialisées correspondent précisément au type d'expertise institutionnelle qui commande la déférence suivant *Dunsmuir*. La possibilité qu'une cour de justice soit appelée à interpréter les mêmes dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* dans une autre affaire n'enlève pas à la Commission du droit d'auteur sa connaissance approfondie de la *Loi* ni son expertise dans l'application des dispositions de celle-ci.

La Commission du droit d'auteur avait pour mandat de déterminer si une activité particulière emportait l'exigibilité d'une redevance. Il est irréaliste de prétendre dégager une question de droit du contexte constitué des faits et des politiques à la fois complexes et interdépendants dont la Commission tient compte pour fixer un tarif. La décision d'un tribunal administratif doit faire l'objet d'un contrôle judiciaire dans sa globalité. Contrairement à la cour de justice qui n'est ni plus ni moins experte que la cour d'appel pour interpréter une loi, le tribunal administratif se voit confier un mandat particulier, ce qui lui confère une expertise spécialisée pour interpréter sa loi constitutive et l'appliquer aux faits d'une espèce. Dans le contexte d'un contrôle judiciaire, l'opération qui consiste à dissocier une question de droit (parfois appelée « fractionnement ») devrait être exceptionnelle.

Notre Cour a maintes fois estimé qu'il valait mieux éviter d'appliquer des normes différentes aux questions de droit et aux questions de fait que pose la décision d'un tribunal administratif. Dès lors, même lorsqu'un aspect de la décision administrative est par ailleurs assujéti à la norme de la décision correcte, les motifs dans leur ensemble devraient faire l'objet d'un contrôle suivant la norme déférente. Voir dans la définition de chaque mot ou expression figurant dans une disposition législative une question de droit distincte équivaut à ramener sous une autre appellation — celle de la décision correcte — l'interventionnisme indu qui caractérisait la doctrine de la condition préalable liée à la compétence, une doctrine avec laquelle la Cour a rompu définitivement dans les arrêts *Dunsmuir* et *ATA*.

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Distinction d'avec l'arrêt : *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, inf. 2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213, inf. [2000] 2 C.F. 451; **arrêt non suivi :** *Cartoon Network c. CSC Holdings, Inc.*, 536 F.3d 121 (2008); **arrêts mentionnés :** *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S.

of Royalties, Public Performance of Musical Works 1996, 1997, 1998 (Tariff 22, Internet) (Re) (1999), 1 C.P.R. (4th) 417; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *Canadian Wireless Telecommunications Assn. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2008 FCA 6, [2008] 3 F.C.R. 539, leave to appeal refused [2008] 2 S.C.R. vi; *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.*, [1968] S.C.R. 676; *Canadian Admiral Corp. v. Rediffusion, Inc.*, [1954] Ex. C.R. 382; *Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 F.C. 173, aff'd [1988] 1 F.C. 673, aff'd [1990] 2 S.C.R. 209; *Robertson v. Thomson Corp.*, 2006 SCC 43, [2006] 2 S.C.R. 363; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357.

By Abella J.

Referred to: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Chamberlain Group Inc. v. Lynx Industries Inc.*, 2010 FC 1287, 379 F.T.R. 270; *Altacor Inc. v. Nutravite Pharmaceuticals Inc.*, 2005 FCA 269, 339 N.R. 56; *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *Law Society of*

231; *Tarif des redevances, Exécution publique d'œuvres musicales 1996, 1997, 1998 (Tarif 22, Internet)*, www.cb-cda.gc.ca/decisions/1999/19991027-m-b.pdf; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *Assoc. canadienne des télécommunications sans fil c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2008 CAF 6, [2008] 3 R.C.F. 539, autorisation de pourvoi refusée, [2008] 2 R.C.S. vi; *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. c. CTV Television Network Ltd.*, [1968] R.C.S. 676; *Canadian Admiral Corp. c. Rediffusion, Inc.*, [1954] R.C. de l'É. 382; *Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173, conf. par [1988] 1 C.F. 673, conf. par [1990] 2 R.C.S. 209; *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, [2006] 2 R.C.S. 363; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357.

Citée par la juge Abella

Arrêts mentionnés : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Chamberlain Group, Inc. c. Lynx Industries Inc.*, 2010 CF 1287 (CanLII); *Altacor Inc. c. Nutravite Pharmaceuticals Inc.*, 2005 CAF 269 (CanLII); *Brasseries Molson c. John Labatt Ltée*, [2000] 3 C.F. 145; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des*

New Brunswick v. Ryan, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772; *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756; *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364.

Statutes and Regulations Cited

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, c. 45.
Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act, S.C. 1988, c. 65, ss. 61, 62.
Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, ss. 53(2)(c), (d).
Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2 “telecommunication”, 3(1)(f).
Ontario Human Rights Code, 1961-62, S.O. 1961-62, c. 93.
Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13, s. 6.

Treaties and Other International Instruments

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 828 U.N.T.S. 221, September 9, 1886; rev. in Berlin November 13, 1908; rev. in Rome June 2, 1928, Arts. 11bis, 20.
North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, Can. T.S. 1994 No. 2, Art. 1721(2).
WIPO Copyright Treaty, 2186 U.N.T.S. 121, Arts. 1(1), 8.

Authors Cited

Canada. Treasury Board. Copyright Board Canada. Performance Report for the period ending March 31, 2003 (online: www.collectionscanada.gc.ca/web/archives/20060120100901/http://www.tbs-sct.gc.ca/rma/dpr/02-03/cb-cda/cb-cda03d_e.asp).
 Ginsburg, Jane C. “The (new?) right of making available to the public”, in David Vaver and Lionel Bently, eds., *Intellectual Property in the New Millennium: Essays in Honour of William R. Cornish*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
 Handa, Sunny. *Copyright Law in Canada*. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

relations du travail), [1995] 1 R.C.S. 157; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772; *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756; *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364.

Lois et règlements cités

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, ch. 45.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 53(2)c), d).
Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada — États-Unis, L.C. 1988, ch. 65, art. 61, 62.
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2 « télécommunication », 3(1)f).
Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 6.
Ontario Human Rights Code, 1961-62, S.O. 1961-62, ch. 93.

Traités et autres instruments internationaux

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, R.T. Can. 1994 n° 2, art. 1721(2).
Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 828 R.T.N.U. 221, 9 septembre 1886; rev. à Berlin le 13 novembre 1908; rev. à Rome le 2 juin 1928, art. 11bis, 20.
Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, 2186 R.T.N.U. 121, art. 1(1), 8.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Secrétariat du Conseil du Trésor. Commission du droit d'auteur Canada. Rapport sur le rendement pour la période se terminant le 31 mars 2003 (en ligne : www.collectionscanada.gc.ca/web/archives/20060118021938/http://www.tbs-sct.gc.ca/rma/dpr/02-03/cb-cda/cb-cda03d_f.asp).
 Ginsburg, Jane C. « The (new?) right of making available to the public », in David Vaver and Lionel Bently, eds., *Intellectual Property in the New Millennium: Essays in Honour of William R. Cornish*. Cambridge : Cambridge University Press, 2004.
 Handa, Sunny. *Copyright Law in Canada*. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

- McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2003 (loose-leaf updated 2011, release 6).
- Mullan, David J. "Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?" (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59.
- Ricketson, Sam, and Jane C. Ginsburg. *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, vol. I, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011.
- Wilkinson, Margaret Ann. "Copyright, Collectives, and Contracts: New Math for Educational Institutions and Libraries", in Michael Geist, ed., *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright": Canadian Copyright and the Digital Agenda*. Toronto: Irwin Law, 2010, 503.
- World Intellectual Property Organization. *WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use*, chapter 5, "International Treaties and Conventions on Intellectual Property", No. 489, 2nd ed. Geneva: WIPO, 2004.
- McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2003 (loose-leaf updated 2011, release 6).
- Mullan, David J. « Establishing the Standard of Review : The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59.
- Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. *WIPO Intellectual Property Handbook : Policy, Law and Use*, chapter 5, « International Treaties and Conventions on Intellectual Property », No. 489, 2nd ed. Geneva : WIPO, 2004.
- Ricketson, Sam, and Jane C. Ginsburg. *International Copyright and Neighbouring Rights : The Berne Convention and Beyond*, vol. I, 2nd ed. Oxford : Oxford University Press, 2006.
- Vaver, David. *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2011.
- Wilkinson, Margaret Ann. « Copyright, Collectives, and Contracts : New Math for Educational Institutions and Libraries », in Michael Geist, ed., *From « Radical Extremism » to « Balanced Copyright » : Canadian Copyright and the Digital Agenda*. Toronto : Irwin Law, 2010, 503.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Létourneau, Nadon and Pelletier J.J.A.), 2010 FCA 220, 409 N.R. 102, 323 D.L.R. (4th) 42, 14 Admin. L.R. (5th) 159, 86 C.P.R. (4th) 239, [2010] F.C.J. No. 1087 (QL), 2010 CarswellNat 3112, affirming a decision of the Copyright Board, www.cb-cda.gc.ca/decisions/2007/20071018-m-e.pdf, (2007), 61 C.P.R. (4th) 353, [2007] C.B.D. No. 7 (QL), 2007 CarswellNat 3466. Appeal allowed in part.

Gerald L. Kerr-Wilson, Ariel A. Thomas and Julia Kennedy, for the appellants.

Gilles Daigle, D. Lynne Watt, Paul Spurgeon and Henry Brown, Q.C., for the respondent.

Written submissions only by *Casey M. Chisick, Timothy Pinos and Jason Beitchman*, for the intervener CMRRA-SODRAC Inc.

Written submissions only by *Tim Gilbert, Sana Halwani and Sundeep Chauhan*, for the intervener Cineplex Entertainment LP.

Written submissions only by *Jeremy de Beer and David Fewer*, for the intervener the

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Létourneau, Nadon et Pelletier), 2010 CAF 220, 409 N.R. 102, 323 D.L.R. (4th) 42, 14 Admin. L.R. (5th) 159, 86 C.P.R. (4th) 239, [2010] A.C.F. n° 1087 (QL), 2010 CarswellNat 5932, qui a confirmé une décision de la Commission du droit d'auteur, www.cb-cda.gc.ca/decisions/2007/20071018-m-e.pdf, (2007), 61 C.P.R. (4th) 353, [2007] D.C.D.A. n° 7 (QL), 2007 CarswellNat 3467. Pourvoi accueilli en partie.

Gerald L. Kerr-Wilson, Ariel A. Thomas et Julia Kennedy, pour les appelantes.

Gilles Daigle, D. Lynne Watt, Paul Spurgeon et Henry Brown, c.r., pour l'intimée.

Argumentation écrite seulement par *Casey M. Chisick, Timothy Pinos et Jason Beitchman*, pour l'intervenante CMRRA-SODRAC Inc.

Argumentation écrite seulement par *Tim Gilbert, Sana Halwani et Sundeep Chauhan*, pour l'intervenante Cineplex Divertissement LP.

Argumentation écrite seulement par *Jeremy de Beer et David Fewer*, pour l'intervenante la

Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Written submissions only by *Michael Koch*, for the interveners Apple Canada Inc. and Apple Inc.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ. was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

[1] Online music services offer permanent downloads, limited downloads and on-demand streams of files containing musical works. A download is the transmission over the Internet of a file containing data, such as a sound recording of a musical work, that gives the user a permanent copy of the file to keep as his or her own. A limited download allows the copy to be used as long as the user's subscription is paid up. A stream is a transmission of data that allows the user to listen to or view the content transmitted at the time of the transmission, resulting only in a temporary copy of the file on the user's hard drive. The Copyright Board was of the opinion that downloads and streams, among other uses of music that it examined as part of the certification process of a proposed tariff for the communication of musical works over the Internet, come within the scope of the exclusive right of copyright holders to communicate to the public by telecommunication provided by the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42 (the "Act"). Accordingly, it found that a claim for communication royalties by the holders of copyright in the communicated works was well founded, in addition to any reproduction royalties received when a work is copied through the Internet ((2007), 61 C.P.R. (4th) 353 ("Tariff 22.A decision")). On appeal, the Federal Court of Appeal agreed (2010 FCA 220, 409 N.R. 102).

Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

Argumentation écrite seulement par *Michael Koch*, pour les intervenantes Apple Canada Inc. et Apple Inc.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Deschamps, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] Les services de musique en ligne offrent des téléchargements permanents, des téléchargements limités et des transmissions en continu sur demande qui renferment des œuvres musicales. On entend par téléchargement la transmission sur Internet d'un fichier de données, tel l'enregistrement sonore d'une œuvre musicale, dont l'utilisateur conserve une copie permanente. Le téléchargement limité permet à l'abonné d'utiliser la copie tant qu'il acquitte le coût de son abonnement. La transmission en continu est une transmission de données permettant d'entendre ou de voir le contenu au moment de la transmission; elle ne permet que le stockage d'une copie temporaire sur le disque dur de l'utilisateur. La Commission du droit d'auteur a estimé que le droit exclusif du titulaire du droit d'auteur de communiquer l'œuvre au public, par télécommunication, prévu dans la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42 (la « Loi »), s'applique au téléchargement et à la transmission en continu, entre autres utilisations de musique examinées dans le cadre du processus d'homologation d'un projet tarifaire pour la communication d'œuvres musicales sur Internet. Elle est donc arrivée à la conclusion que les redevances réclamées par les titulaires du droit d'auteur sur les œuvres communiquées le sont à juste titre (en ligne « décision concernant le tarif 22.A ») et qu'elles s'ajoutent à celles touchées pour la reproduction lorsque les œuvres sont reproduites au moyen d'Internet. Saisie de l'appel de cette décision, la Cour d'appel fédérale a abondé dans le même sens (2010 CAF 220 (CanLII)).

[2] The sole issue in this appeal is the meaning of the phrase “to the public” in s. 3(1)(f) of the Act. The online music services brought this appeal on the basis that their uses of music do not engage the right to communicate to the public by telecommunication in s. 3(1)(f) because they do not come within the scope of the phrase “to the public”. The issue of whether *downloads* can be “communication[s]” within the meaning of s. 3(1)(f) was left to be determined in the companion case *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231 (“*ESA*”). In *ESA*, a majority of this Court determined that musical works are not “communicated” by telecommunication when they are *downloaded*. This conclusion affects this appeal. The question of whether the online music services engage the exclusive right to “communicate . . . to the public by telecommunication” by offering *downloads* to members of the public has now become moot. However, the *ESA* did not contest the Board’s conclusion that a *stream* constitutes a “communication” within the meaning of s. 3(1)(f) of the Act. As a result, the remaining issue here is whether, based on *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339 (“*CCH*”), such communication of protected works nevertheless does not engage the exclusive right to communicate to the public because a point-to-point transmission from the website of an online music service to any individual customer is a *private* communication.

II. Facts and Procedural History

[3] The appellants, Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P., Bell Canada and Telus Communications Company, offer online music services. Online music services provide catalogues of digital audio files that consumers can browse at their convenience. A consumer may select a song or an album and download or stream the digital audio file containing the musical work to his or her computer or mobile phone, or both.

[2] Seul le sens des mots « au public » employés à l’al. 3(1)f) de la Loi fait l’objet du litige. Les services de musique en ligne, qui sont à l’origine du présent pourvoi, prétendent que leurs utilisations d’œuvres musicales n’emportent pas l’application du droit de communiquer au public par télécommunication que confère l’al. 3(1)f), car il ne s’agit pas de communications « au public ». Dans l’affaire connexe *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231 (« *ESA* »), la Cour devait décider si un *téléchargement* peut constituer une « communication » pour l’application de cet alinéa. Les juges majoritaires de notre Cour statuent que l’œuvre musicale qui est *téléchargée* n’est pas « communiquée » par télécommunication, une conclusion qui a une incidence dans la présente affaire. La question de savoir si les services de musique en ligne portent atteinte au droit exclusif de « communiquer au public, par télécommunication » lorsqu’ils offrent des *téléchargements* au public ne se pose donc plus. Toutefois, *ESA* n’a pas contesté la conclusion de la Commission selon laquelle une *transmission en continu* constitue une « communication » pour l’application de l’al. 3(1)f) de la Loi. La question qu’il reste donc à trancher en l’espèce est celle de savoir si, compte tenu de l’arrêt *CCH Canadian Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339 (« *CCH* »), pareille communication d’une œuvre protégée ne porte néanmoins pas atteinte au droit exclusif de communication au public puisque la transmission point à point du site Web du service de musique en ligne au consommateur individuel constitue une communication *privée*.

II. Rappel des faits et genèse de l’instance

[3] Les appelantes Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P., Bell Canada et Société Telus Communications offrent des services de musique en ligne. Ces fournisseurs mettent à la disposition des consommateurs des catalogues de fichiers audio numériques consultables à tout moment. Le consommateur peut choisir une chanson ou un album, puis télécharger ou se faire transmettre en continu sur son ordinateur ou son téléphone portable, ou les deux, le fichier audio numérique contenant l’œuvre musicale.

[4] The respondent, Society of Composers, Authors, and Music Publishers of Canada (“SOCAN”), is a collective society of composers, authors and publishers of music. It administers the right to perform in public and the right to communicate to the public by telecommunication the works covered by its members’ copyrights. It files proposed tariffs with the Board and collects licence royalties, as set in tariffs certified by the Board, on behalf of its members.

[5] The issue in the present appeal is now whether streaming of files from the Internet triggered by individual users constitutes communication “to the public” of the musical works contained therein by online music services who make the files available to the users for streaming.

[6] These proceedings involve proposed tariffs first filed by SOCAN in 1995 for various uses of musical works constituting, in SOCAN’s view, communication of musical works to the public over the Internet. There were objections to the filed proposals. In 1996, the Board decided to deal with legal issues separately from the determination of the actual tariffs. The first step was to “determine which activities on the Internet, if any, constitute a protected use [of SOCAN’s repertoire of music] targeted in the tariff” (*SOCAN Statement of Royalties, Public Performance of Music Works 1996, 1997, 1998 (Tariff 22, Internet) (Re)* (1999), 1 C.P.R. (4th) 417 (“Tariff 22 decision”), at p. 424). Issued on October 27, 1999, the Board termed this its Phase I decision, dealing with legal and jurisdictional issues. Some of its determinations are directly relevant to this appeal. The Tariff 22 decision was ultimately appealed to this Court, albeit on different issues. However, in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427 (“*SOCAN v. CAIP*”), at para. 30, Binnie J. noted the Board’s interpretation of the phrase “to the public”, which was that a communication may be to the public when it is made to individual members of the public, regardless of whether they receive it at the same or at different times (Tariff

[4] L’intimée, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (« SOCAN »), un regroupement d’auteurs, de compositeurs et d’éditeurs de musique, gère les droits d’exécution en public et les droits de communication au public, par télécommunication, des œuvres protégées par le droit d’auteur de ses membres. Elle dépose des projets de tarif auprès de la Commission et perçoit au nom de ses membres les redevances fixées dans les tarifs homologués par cette dernière.

[5] La question en litige dans le présent pourvoi est désormais celle de savoir si la transmission en continu de fichiers sur Internet à la demande d’un utilisateur individuel constitue une communication « au public », par le service de musique en ligne qui offre une telle transmission aux utilisateurs, des œuvres musicales contenues dans les fichiers.

[6] La présente instance s’origine de projets tarifaires déposés initialement par la SOCAN en 1995 pour diverses utilisations d’œuvres musicales qui constituent, selon la SOCAN, une communication au public d’œuvres musicales sur Internet. Ces projets ont fait l’objet d’oppositions. En 1996, la Commission a décidé de séparer examen des points de droit et établissement des tarifs. Dans un premier temps, elle devait déterminer « quelles activités sur l’Internet, le cas échéant, constitu[ai]ent une utilisation protégée [du répertoire d’œuvres musicales de la SOCAN] visée par le tarif » (*Tarif des redevances, Exécution publique d’œuvres musicales 1996, 1997, 1998 (Tarif 22, Internet)* (1999) (en ligne) (la « décision concernant le tarif 22 »), p. 2). Le 27 octobre 1999, elle a rendu ce qu’elle a appelé sa décision de la première phase dans laquelle elle aborde points de droit et questions de compétence. Certaines des conclusions qu’elle y tire intéressent directement le présent pourvoi. La décision concernant le tarif 22 a finalement été portée en appel devant notre Cour, mais pour des motifs différents. Toutefois, dans l’arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427 (« *SOCAN c. ACFI* »), par. 30, le juge Binnie relève l’interprétation que fait la Commission des mots « au public », à savoir qu’il peut y avoir communication au public lorsque

22 decision, at p. 435). He found that this particular issue was “no longer contested.”

[7] After this Court’s decision in *SOCAN v. CAIP*, the Board proceeded to Phase II of the process to establish a tariff for the communication of musical works over the Internet for the years 1996 to 2006. In these proceedings, the appellants argued both before the Board and subsequently on judicial review, that a point-to-point transmission of a musical work is not a communication “to the public”. This argument is in large part based on *CCH* and on the finding in that case that fax transmissions of copyrighted works by the Great Library at Osgoode Hall to its patrons were private communications.

[8] The Board rejected this argument in its decision issued on October 18, 2007. The Tariff 22.A decision reiterates the Board’s earlier-stated view that communications to individual members of the public through downloads or streams requested by them at different times are communications “to the public”. Accordingly, finding *SOCAN*’s claim to be valid in law, the Board proceeded to establish the tariffs it considered appropriate.

[9] The appellants’ application for judicial review was unanimously dismissed by the Federal Court of Appeal. Pelletier J.A., writing for the court, considered that the application should be reviewed on the standard of reasonableness and found the Board’s determination of what constitutes a “communication to the public” under the Act to be reasonable.

III. Analysis

A. *Standard of Review*

[10] The appropriate standard for reviewing the Board’s determinations on points of law was considered by Binnie J. in *SOCAN v. CAIP*. In concluding that the correctness standard must apply, he wrote, at para. 49:

celle-ci vise des particuliers au même moment ou à des moments différents (décision concernant le tarif 22, p. 17). Le juge Binnie conclut que ce point n’est « plus contesté ».

[7] Par suite de notre arrêt *SOCAN c. ACFI*, la Commission a entrepris la seconde phase du processus, soit l’établissement d’un tarif de communication d’œuvres musicales sur Internet pour les années 1996 à 2006. Les appelantes ont soutenu, tant devant la Commission que lors du contrôle judiciaire subséquent, que la transmission point à point d’une œuvre musicale ne constituait pas une communication « au public ». Elles s’appuyaient en grande partie sur l’arrêt *CCH* et sur la conclusion qui y est tirée, à savoir que la transmission par télécopieur, de la Grande bibliothèque d’Osgoode Hall à ses usagers, d’œuvres protégées par le droit d’auteur, constituait une communication privée.

[8] La Commission a rejeté cette thèse dans sa décision du 18 octobre 2007, où elle répète ce qu’elle a déjà affirmé, en l’occurrence que communiquer une œuvre à des particuliers par téléchargement ou transmission en continu, à des moments différents et sur demande, équivaut à la communiquer « au public ». Tenant pour fondée en droit la prétention de la *SOCAN*, elle a donc établi le tarif qui lui paraissait indiqué.

[9] La demande de contrôle judiciaire des appelantes a été rejetée par les juges unanimes de la Cour d’appel fédérale. Sous la plume du juge Pelletier, ces derniers opinent que la demande est assujettie à la norme de la décision raisonnable. Ils jugent raisonnable la décision de la Commission quant à savoir ce qui constitue une « communication au public » au sens de la Loi.

III. Analyse

A. *Norme de contrôle*

[10] Dans l’arrêt *SOCAN c. ACFI*, le juge Binnie se penche sur la norme de contrôle applicable à la décision de la Commission sur un point de droit et retient la norme de la décision correcte (par. 49) :

There is neither a preclusive clause nor a statutory right of appeal from decisions of the Copyright Board. While the Chair of the Board must be a current or retired judge, the Board may hold a hearing without any legally trained member present. The Copyright Act is an act of general application which usually is dealt with before courts rather than tribunals. The questions at issue in this appeal are legal questions. [Emphasis added.]

[11] Since that decision, this Court has substantially revised the appropriate approach to judicial review. *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, made clear that an administrative body interpreting and applying its home statute should normally be accorded deference on judicial review. See also *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 (“*Canada (CHRC)*”), at para. 16, and *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 26. In *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 (“*ATA*”), at para. 39, the Court held that “[w]hen considering a decision of an administrative tribunal interpreting or applying its home statute, it should be presumed that the appropriate standard of review is reasonableness.” By setting up a specialized tribunal to determine certain issues the legislature is presumed to have recognized superior expertise in that body in respect of issues arising under its home statute or a closely related statute, warranting judicial review for reasonableness.

[12] As stated by Binnie J. in *SOCAN v. CAIP*, the core of the Board’s mandate is “the working out of the details of an appropriate royalty tariff” (para. 49). Nevertheless, in order to carry out this mandate, the Board is routinely called upon to ascertain rights underlying any proposed tariff. In this, it is construing the Act, its home statute.

[13] However, as Binnie J. noted in *SOCAN v. CAIP*, the Act is a statute that will also be brought

Il n’existe dans la loi ni clause privative ni droit d’appel des décisions de la Commission du droit d’auteur. Même si son président doit être juge ou juge à la retraite, la Commission peut tenir une audience en l’absence de tout membre ayant une formation juridique. La Loi sur le droit d’auteur est une loi de portée générale dont l’application relève habituellement des cours de justice, et non des tribunaux administratifs. Les questions en litige dans le présent pourvoi sont des questions de droit. [Je souligne.]

[11] Depuis cette décision, notre Cour a revu en profondeur les modalités du contrôle judiciaire. Dans l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, elle dit sans équivoque que la déférence est habituellement de mise lors du contrôle judiciaire de la décision d’un organisme administratif qui interprète et applique sa loi constitutive. Voir également *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (« *Canada (CCDP)* »), par. 16, et *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 26. Dans *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 (« *ATA* »), par. 39, la Cour statue qu’« [i]l convient de présumer que la norme de contrôle à laquelle est assujettie la décision d’un tribunal administratif qui interprète sa loi constitutive ou qui l’applique est celle de la décision raisonnable ». Lorsqu’il crée un tribunal administratif spécialisé pour trancher certaines questions, le législateur est présumé lui reconnaître une expertise particulière à l’égard des questions qui touchent à l’application de sa loi constitutive ou d’une loi étroitement liée à celle-ci, de sorte que le contrôle judiciaire des décisions de cet organisme doit se faire au regard de la norme de la raisonabilité.

[12] Comme l’explique le juge Binnie dans l’arrêt *SOCAN c. ACFI*, « la mise au point d’un tarif de redevances approprié » est au cœur du mandat de la Commission (par. 49). Or, pour s’acquitter de ce mandat, la Commission est couramment appelée à se prononcer sur les droits qui sous-tendent le projet de tarif, ce qui l’amène à interpréter la Loi, sa loi constitutive.

[13] Le juge Binnie fait cependant observer dans cet arrêt que la Loi est un texte législatif qui peut

before the courts for interpretation at first instance in proceedings for copyright infringement. The court will examine the same legal issues the Board may be required to address in carrying out its mandate. On appeal, questions of law decided by the courts in these proceedings would be reviewed for correctness: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 8.

[14] It would be inconsistent for the court to review a legal question on judicial review of a decision of the Board on a deferential standard and decide exactly the same legal question *de novo* if it arose in an infringement action in the court at first instance. It would be equally inconsistent if on appeal from a judicial review, the appeal court were to approach a legal question decided by the Board on a deferential standard, but adopt a correctness standard on an appeal from a decision of a court at first instance on the same legal question.

[15] Because of the unusual statutory scheme under which the Board and the court may each have to consider the same legal question at first instance, it must be inferred that the legislative intent was not to recognize superior expertise of the Board relative to the court with respect to such legal questions. This concurrent jurisdiction of the Board and the court at first instance in interpreting the *Copyright Act* rebuts the presumption of reasonableness review of the Board's decisions on questions of law under its home statute. This is consistent with *Dunsmuir*, which directed that “[a] *discrete and special administrative regime* in which the decision maker has special expertise” was a “facto[r] that] will lead to the conclusion that the decision maker should be given deference and a reasonableness test applied” (para. 55 (emphasis added)). Because of the jurisdiction at first instance that it shares with the courts, the Board cannot be said to operate in such a “discrete . . . administrative regime”. Therefore, I cannot agree with Abella J. that the fact that courts routinely carry out the same interpretive tasks as the board at first instance “does not detract from the Board’s

également être soumis à l’interprétation d’une cour de justice de première instance par suite d’une allé-gation de violation du droit d’auteur. Cette cour de justice examine alors les mêmes questions de droit que la Commission dans l’exécution de son mandat. En appel, la question de droit tranchée en première instance par la cour de justice fait l’objet d’un contrôle judiciaire selon la norme de la déci-sion correcte : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 8.

[14] Il serait illogique de contrôler la décision de la Commission sur un point de droit selon une norme déférente, mais d’examiner *de novo* la déci-sion d’une cour de justice rendue en première ins-tance sur le même point de droit dans le cadre d’une action pour violation du droit d’auteur. Il serait tout aussi incohérent que, saisi d’un appel visant un contrôle judiciaire, la cour d’appel fasse preuve de déférence à l’égard de la décision de la Commission sur un point de droit, mais applique la norme de la décision correcte à la décision d’une cour de justice en première instance sur le même point de droit.

[15] Étant donné le caractère particulier du régime législatif en vertu duquel la Commission et une cour de justice peuvent être respectivement appelées à statuer en première instance sur un même point de droit, il faut inférer que le législateur n’a pas voulu reconnaître à la Commission une exper-tise supérieure à celle de la cour de justice en la matière. Cette compétence concurrente conférée à la Commission et à la cour de justice pour interpré-ter en première instance la *Loi sur le droit d’auteur* a pour effet d’écarter la présomption selon laquelle la décision de la Commission sur un point de droit rendue sous le régime de sa loi constitutive est assu-jettie à la norme de la raisonabilité. Cette conclu-sion est conforme à l’arrêt *Dunsmuir* dans lequel notre Cour dit que l’existence d’« [u]n *régime admi-nistratif distinct et particulier* dans le cadre duquel le décideur possède une expertise spéciale » consti-tue un « élément [qui permet] de conclure qu’il y a lieu de déférer à la décision et d’appliquer la norme de la raisonabilité » (par. 55 (je souligne)). Étant donné la compétence qu’elle partage avec la cour de justice en première instance, on ne peut dire de la Commission qu’elle exerce ses fonctions dans le

particular familiarity and expertise with the provisions of the *Copyright Act*” (para. 68). In these circumstances, courts must be assumed to have the same familiarity and expertise with the statute as the board. Accordingly, I am of the opinion that in *SOCAN v. CAIP*, Binnie J. determined in a satisfactory manner that the standard of correctness should be the appropriate standard of review on questions of law arising on judicial review from the Copyright Board (*Dunsmuir*, at para. 62).

[16] I must also respectfully disagree with Abella J.’s characterization, at para. 62, of the holding in *ATA* as meaning that the “exceptions to the presumption of home statute deference are ... constitutional questions and questions of law of central importance to the legal system and outside the adjudicator’s specialized expertise”. *Dunsmuir* had recognized that questions which fall within the categories of constitutional questions and questions of general law that are both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator’s specialized area of expertise were to be reviewed on a correctness standard (paras. 58 and 60). *ATA* simply reinforced the direction in *Dunsmuir* that issues that fall under the category of interpretation of the home statute or closely related statutes normally attract a deferential standard of review (*ATA*, at para. 39; *Dunsmuir*, at para. 54). My colleague’s approach would in effect mean that the reasonableness standard applies to *all* interpretations of home statutes. Yet, *ATA* and *Dunsmuir* allow for the exceptional *other* case to rebut the presumption of reasonableness review for questions involving the interpretation of the home statute.

cadre d’un tel « régime administratif distinct ». Je ne peux donc pas convenir avec la juge Abella que le fait que la cour de justice exerce couramment les mêmes activités d’interprétation que l’organisme administratif en première instance « n’enlève pas à la Commission sa connaissance approfondie de la *Loi sur le droit d’auteur* ni son expertise dans l’application de celle-ci » (par. 68). Dès lors, il faut supposer que la cour de justice et l’organisme administratif ont, à l’égard du texte législatif, une même connaissance approfondie et une même expertise. Je suis donc d’avis que, dans l’arrêt *SOCAN c. ACFI*, le juge Binnie statue de manière satisfaisante que la norme de la décision correcte est celle qui convient au contrôle judiciaire de la décision de la Commission sur un point de droit (*Dunsmuir*, par. 62).

[16] Soit dit en tout respect, je ne souscris pas non plus à l’interprétation que fait la juge Abella de l’arrêt *ATA* au par. 62. Selon elle, la Cour statue dans cet arrêt que les questions qui font « exception à la présomption de déférence que commande l’interprétation de la loi constitutive sont les questions constitutionnelles, ainsi que les questions de droit d’une importance capitale pour le système juridique et étrangères au domaine d’expertise du décideur ». Dans l’arrêt *Dunsmuir*, antérieur à *ATA*, notre Cour reconnaît que la question qui ressortit à la Constitution et celle qui touche au droit en général, qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui est étrangère au domaine d’expertise du décideur sont assujetties à la norme de la décision correcte (par. 58 et 60). Dans *ATA*, notre Cour confirme seulement ce qu’elle dit dans *Dunsmuir* : la question qui touche à l’interprétation de la loi constitutive ou d’une loi qui y est étroitement liée commande généralement l’application d’une norme de contrôle déférente (*ATA*, par. 39; *Dunsmuir*, par. 54). Suivant le point de vue de ma collègue, la norme de la raisonnable s’applique à *toute* interprétation de la loi constitutive. Pourtant, les arrêts *ATA* et *Dunsmuir* admettent qu’une situation exceptionnelle *nouvelle* pourrait écarter la présomption d’assujettissement à la norme de la raisonnable de la décision qui résulte d’une interprétation de la loi constitutive.

[17] My colleague refers to pre-*Dunsmuir* decisions for the proposition that shared jurisdiction at first instance does not prevent reasonableness review of a tribunal's decision under its home statute. However, such precedents will only be helpful where they "determin[e] in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question" (*Dunsmuir*, at para. 62).

[18] The recent examples raised by Justice Abella where reasonableness review was applied all involved bodies with exclusive primary jurisdiction under their home statute, constituting "discrete . . . administrative regime[s]". *Canada (CHRC)* concerned the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, which does not create shared primary jurisdiction between the administrative tribunal and the courts. In these circumstances, the Court simply found that the standard applicable on the facts of that case was the reasonableness standard and confirmed the presumptive rule that "if the issue relates to the interpretation and application of its own statute, . . . the standard of reasonableness will generally apply" (para. 24 (emphasis added)). *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, involved the judicial review of a decision of a disciplinary body under a professional *Code of ethics of advocates*, R.R.Q. 1981, c. B-1, applicable to lawyers. There was no question of the constitutionality of the provision in the *Code of ethics*. The question, rather, was whether the adjudicator, making his fact-specific determination in the circumstances of that case, had "act[ed] consistently with the values underlying the grant of discretion, including *Charter* values" (*Doré*, at para. 24). In any case, the adjudicator was operating as part of a discrete administrative regime with exclusive jurisdiction over disciplinary matters under the *Code of ethics*.

[19] I wish to be clear that the statutory scheme under which both a tribunal and a court may decide the same legal question at first instance is quite unlike the scheme under which the vast majority

[17] Ma collègue invoque des décisions antérieures à l'arrêt *Dunsmuir* pour affirmer que le partage de la compétence en première instance ne fait pas obstacle à l'assujettissement à la norme de la raisonabilité de la décision que rend le tribunal administratif en application de sa loi constitutive. Cette jurisprudence ne vaut toutefois que si elle « établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier » (*Dunsmuir*, par. 62).

[18] Les décisions récentes invoquées par la juge Abella appliquent toutes la norme de la décision raisonnable à un organisme qui exerce une compétence exclusive initiale que lui confère sa loi constitutive, d'où l'existence d'un « régime administratif distinct ». L'arrêt *Canada (CCDP)* porte sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6, qui ne confère pas une compétence concurrente au tribunal administratif et à la cour de justice en première instance. Dès lors, la Cour conclut seulement que la norme applicable au vu des faits de l'espèce est celle de la décision raisonnable et elle confirme la présomption selon laquelle, « lorsqu'il s'agit d'interpréter et d'appliquer sa propre loi [. . .] la norme de la décision raisonnable s'applique habituellement » (par. 24 (je souligne)). Dans l'affaire *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, le contrôle judiciaire visait la décision d'un organisme disciplinaire fondée sur le *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q. 1981, ch. B-1. La disposition applicable de ce code ne soulevait aucune question de constitutionnalité. Il s'agissait plutôt de savoir si le décideur, lorsqu'il avait tiré sa conclusion d'ordre factuel à partir des circonstances de l'espèce, avait « ag[i] de manière compatible avec les valeurs sous-jacentes à l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire, y compris les valeurs consacrées par la *Charte* » (*Doré*, par. 24). De toute manière, le décideur agissait dans le cadre d'un régime administratif distinct et avait compétence exclusive en matière disciplinaire suivant le *Code de déontologie des avocats*.

[19] Je tiens à bien préciser que le régime législatif suivant lequel un tribunal administratif et une cour de justice peuvent trancher une même question de droit en première instance diffère sensiblement

of judicial reviews arises. Concurrent jurisdiction at first instance seems to appear only under intellectual property statutes where Parliament has preserved dual jurisdiction between the tribunals and the courts. However, I leave the determination of the appropriate standard of review of a tribunal decision under other intellectual property statutes for a case in which it arises. Nothing in these reasons should be taken as departing from *Dunsmuir* and its progeny as to the presumptively deferential approach to the review of questions of law decided by tribunals involving their home statute or statutes closely connected to their function.

[20] It should be equally clear that the Board's application of the correct legal principles to the facts of a particular matter should be treated with deference, as are the decisions of this nature by trial judges on appellate review. However, I cannot agree with Abella J. that the question arising in this appeal is a question of mixed fact and law (para. 74). The issue in this case has been argued by the parties as a pure question of law. The Court is asked to determine whether a point-to-point transmission can ever constitute a communication "to the public" within the meaning of s. 3(1)(f) of the *Copyright Act* (A.F., at para. 2). This is not a "questio[n] of mixed fact and law [that] involve[s] applying a legal standard to a set of facts" (*Housen v. Nikolaisen*, at para. 26); it is an extricable question of law.

B. *Can a Point-to-Point Transmission Effected at the Request of the Recipient Be a Communication "to the Public"?*

(1) Arguments of the Parties and Relevant Legislative Provisions

[21] Before this Court, the appellants maintain that a point-to-point communication by telecommunication of a discrete copy of a musical work

des régimes dont l'application donne lieu à la plupart des contrôles judiciaires. Il semble n'y avoir de compétence concurrente en première instance que sous le régime des lois sur la propriété intellectuelle, le législateur ayant conservé la compétence de la cour de justice malgré celle accordée au tribunal administratif. Je ne me prononce cependant pas sur la norme de contrôle à laquelle il convient d'assujettir la décision d'un tribunal administratif rendue en application d'autres lois sur la propriété intellectuelle, car ce n'est pas l'objet du présent pourvoi. Les présents motifs ne sauraient être interprétés comme une rupture d'avec l'arrêt *Dunsmuir* ou ceux rendus dans sa foulée en ce qui concerne la déférence qui s'impose de prime abord lors du contrôle judiciaire d'une décision sur une question de droit que rend un tribunal administratif en interprétant sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat.

[20] Il convient de préciser également que lorsqu'elle applique les bons principes juridiques aux faits d'une affaire, la Commission a droit à la déférence, à l'instar du juge de première instance dont la même démarche est portée en appel. Or, je ne saurais convenir avec la juge Abella que la question qui se pose dans le présent dossier est une question mixte de fait et de droit (par. 74). Dans leurs plaidoiries, les parties l'ont présentée comme une pure question de droit. Notre Cour est appelée à décider s'il est même possible qu'une transmission point à point constitue une communication « au public » au sens de l'al. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur* (m.a., par. 2). Il ne s'agit pas d'une « questio[n] mixt[e] de fait et de droit [qui] suppos[e] l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits » (*Housen c. Nikolaisen*, par. 26), mais bien d'une question de droit manifeste.

B. *La transmission point à point à la demande du destinataire peut-elle être considérée comme une communication « au public »?*

(1) Thèses des parties et dispositions législatives pertinentes

[21] Devant notre Cour, les appelantes soutiennent que la transmission point à point, par télécommunication, de la copie individuelle d'une œuvre musicale

is not a communication *to the public*, regardless of whether another copy of the same work is transmitted to a different customer at a different time. They argue that “the [Federal Court of Appeal’s] decision is directly contrary to . . . *CCH*”, where “all three Courts concluded that the Great Library’s facsimile service did not infringe the right to communicate to the public by telecommunication — based on analyzing whether *each* transmission was a communication to the public” (A.F., at paras. 8 and 45 (emphasis in original)). The appellants further support their position by reference to the legislative history of s. 3(1)(f) of the Act and U.S. authorities. SOCAN views the decisions of the Board and of the F.C.A. as correct and consistent with relevant international copyright conventions.

[22] The legal question in this appeal involves the interpretation of s. 3 of the Act. The right to communicate to the public by telecommunication is set out in s. 3(1)(f) of the Act:

3. (1) For the purposes of this Act, “copyright”, in relation to a work, means the sole right . . .

(f) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work to the public by telecommunication,

and to authorize any such acts.

[23] Section 2 broadly defines “telecommunication” as “any transmission of signs, signals, writing, images or sounds or intelligence of any nature by wire, radio, visual, optical or other electromagnetic system”. There is no dispute in this appeal that the communications in issue are “telecommunications” within the meaning of the *Copyright Act*.

ne constitue pas une communication *au public*, et ce, peu importe qu’une autre copie de la même œuvre soit transmise ou non à un autre client à un moment différent. Elles ajoutent que [TRADUCTION] « la décision [de la Cour d’appel fédérale] va directement à l’encontre [. . .] de l’arrêt *CCH* », car « les juridictions successivement appelées à se prononcer dans cette affaire ont toutes trois conclu que le service de télécopie offert par la Grande bibliothèque ne portait pas atteinte au droit de communication au public, par télécommunication, après s’être demandé si *chacune* des transmissions était une communication au public » (m.a., par. 8 et 45 (en italique dans l’original)). Pour étayer leur thèse plus avant, les appelantes renvoient à l’historique législatif de l’al. 3(1)(f) de la Loi ainsi qu’à des décisions américaines. La SOCAN estime que les décisions de la Commission et de la Cour d’appel fédérale sont fondées et vont dans le sens des conventions internationales sur le droit d’auteur applicables.

[22] La question de droit soulevée dans le présent pourvoi a trait à l’interprétation de l’art. 3 de la Loi. Le droit de communiquer une œuvre au public par télécommunication est énoncé à l’al. 3(1)(f) de la Loi :

3. (1) Le droit d’auteur sur l’œuvre comporte le droit exclusif . . .

f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique;

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

[23] Une définition large du terme « télécommunication » figure à l’art. 2 : « toute transmission de signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de toute nature par fil, radio, procédé visuel ou optique, ou autre système électromagnétique ». Nulle partie au pourvoi ne conteste que les communications en litige constituent des « télécommunications » au sens de la *Loi sur le droit d’auteur*.

(2) The Precedent in *CCH*: Interpreting “to the Public”

[24] The words “to the public” within the meaning of s. 3(1)(f) of the Act were considered in *CCH*. The Great Library offered the service of faxing reported judgments and excerpts of other legal materials to individual lawyers at the lawyer’s request. The publishers holding copyrights in the transmitted works argued that the fax transmissions of copies of their works to individual lawyers were communications to the public by telecommunication by the Great Library. Contrasting this situation with telecommunications in the context of subscription or pay-per-view television, at trial, Gibson J. found no communication to the public since “the telecommunications, by facsimile, emanated from a single point and were each intended to be received at a single point” ([2000] 2 F.C. 451 (T.D.), at para. 167).

[25] The conclusion was affirmed on appeal by the Federal Court of Appeal (2002 FCA 187, [2002] 4 F.C. 213) and this Court. This Court, as did the F.C.A., held that “transmission of a single copy to a single individual is not a communication to the public”: *CCH* (SCC), at para. 78; *CCH* (FCA), at paras. 101 and 253. Both sets of reasons in the Federal Court rely on the ordinary meaning of the phrase “to the public”, as well as the definition of “public” in Art. 1721(2) of the *North American Free Trade Agreement*, Can. T.S. 1994 No. 2 (“NAFTA”), to conclude that “to be ‘to the public’ a communication must be targeted at an aggregation of individuals, which is more than a single person but not necessarily the whole public at large” (Linden J.A., at para. 100 (emphasis added)). This Court agreed with the F.C.A.’s conclusion (para. 78).

[26] However, this Court expressly limited its ruling to the facts in *CCH*. McLachlin C.J. wrote:

The fax transmission of a single copy to a single individual is not a communication to the public. This said, a series of repeated fax transmissions of the same work to numerous different recipients might constitute communication to the public in infringement of copyright.

(2) L’arrêt *CCH* : Interprétation du terme « au public »

[24] Le terme « au public » employé à l’al. 3(1)f) de la Loi a été analysé dans l’affaire *CCH*. La Grande bibliothèque offrait aux avocats un service individuel de télécopie sur demande de jugements publiés et d’extraits d’autres documents juridiques. Titulaires du droit d’auteur sur les œuvres ainsi transmises, les éditeurs faisaient valoir que la télécopie de leurs œuvres à des avocats par la Grande bibliothèque constituait une communication au public par télécommunication. Établissant une comparaison avec la télécommunication dans le cadre de la télévision payante, le juge Gibson a conclu en première instance que les transmissions par télécopieur ne constituaient pas des communications au public, car elles « provenaient d’un seul point et étaient destinées à n’atteindre qu’un seul point » ([2000] 2 C.F. 451 (1^{re} inst.), par. 167).

[25] La Cour d’appel fédérale (2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213) et notre Cour ont confirmé cette conclusion. À l’instar de la première, la seconde a jugé que « [t]ransmettre une seule copie à une seule personne [. . .] n’équivaut pas à communiquer l’œuvre au public » (*CCH* (C.S.C.), par. 78; *CCH* (C.A.F.), par. 101 et 253). Les deux opinions exprimées par les juges de la Cour fédérale prennent appui sur le sens ordinaire du terme « au public », ainsi que sur la définition du mot « public » au par. 1721(2) de l’*Accord de libre-échange nord-américain*, R.T. Can. 1994 n° 2 (« ALÉNA »), et leurs auteurs concluent que « pour être faite “au public”, une communication doit être destinée à un groupe de personnes, ce qui est plus qu’une personne mais pas nécessairement tout le public en général » (le juge Linden, par. 100 (je souligne)). Notre Cour fait sienne la conclusion de la Cour d’appel fédérale (par. 78).

[26] Notre Cour précise toutefois que sa conclusion ne s’applique qu’aux faits de l’espèce. La juge en chef McLachlin dit en effet :

Transmettre une seule copie à une seule personne par télécopieur n’équivaut pas à communiquer l’œuvre au public. Cela dit, la transmission répétée d’une copie d’une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public et violer le

However, there was no evidence of this type of transmission having occurred in this case.

On the evidence in this case, the fax transmissions were not communications to the public. [Emphasis added; paras. 78-79.]

(3) A Disagreement Based on Perspective

[27] Both parties in this appeal rely on *CCH* in support of their respective positions. They disagree, however, on the meaning of the caveat in *CCH* that “a series of repeated fax transmissions of the same work to numerous different recipients might constitute communication to the public in infringement of copyright”. The appellants argue that all three courts in *CCH* ruled that each transmission must be analyzed on its own, as a separate transaction, regardless of whether another communication of the same work to a different customer may occur at a later point in time. They submit that a “series of repeated fax transmissions of the same work to numerous different recipients might constitute communication to the public in infringement of copyright” only where the series of transmissions to multiple users originate from a *single act* by the sender. They provide the example of multiple fax transmissions occurring successively as a result of a decision by the sender to fax to multiple recipients (“a broadcast fax” (A.F., at para. 70)). This is distinguishable in their view from discrete point-to-point transmissions which result from multiple unrelated acts by the sender. In SOCAN’s view, there is no requirement in *CCH* that the series of transmissions originate from a single act of the sender.

[28] The disagreement is based on perspective. Where the appellants argue that we must consider the *recipient* of each transmission, SOCAN and the decisions below focused on the *sender’s activities* in communicating a given work over time.

(4) Transmissions Must Be Looked at in Context

[29] In my respectful view, the appellants’ proposition is untenable. Such a rule would produce

droit d’auteur. Toutefois, aucune preuve n’a établi que ce genre de transmission aurait eu lieu en l’espèce.

Compte tenu de la preuve, les transmissions par télécopieur ne constituaient pas des communications au public. [Je souligne; par. 78-79.]

(3) Désaccord découlant d’optiques différentes

[27] Les deux parties au pourvoi invoquent l’arrêt *CCH* à l’appui de leur thèse respective, mais elles ne s’entendent pas sur l’application de la réserve qui y est exprimée, à savoir que « la transmission répétée d’une copie d’une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public et violer le droit d’auteur ». Les appelantes soutiennent que les juridictions successivement saisies ont toutes trois statué que chacune des transmissions devait être analysée séparément et considérée comme une opération distincte, que la même œuvre soit ou non communiquée à un autre client ultérieurement. Elles estiment que « la transmission répétée d’une copie d’une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public et violer le droit d’auteur » uniquement lorsque la transmission répétée à de multiples usagers résulte d’un *seul acte* de l’expéditeur. Elles donnent l’exemple de l’expéditeur qui décide de télécopier successivement le même message à de multiples destinataires (m.a., par. 70), ce qui diffère à leur avis de la transmission individuelle point à point qui résulte d’une série d’actes indépendants les uns des autres. Pour la SOCAN, l’arrêt *CCH* n’exige pas que la transmission répétée soit le résultat d’un seul acte de l’expéditeur.

[28] Ce désaccord s’explique par des optiques différentes. Alors que les appelantes soutiennent qu’il faut tenir compte du *destinataire* de chacune des transmissions, la SOCAN et les tribunaux inférieurs s’attachent aux *actes accomplis par l’expéditeur* pour communiquer l’œuvre pendant une période donnée.

(4) Obligation de tenir compte du contexte dans l’analyse des transmissions

[29] À mon humble avis, la prétention des appelantes est indéfendable, car y faire droit mènerait

arbitrary results. For example, where a copyright-protected work is sent to 100 randomly selected members of the general public by way of a single e-mail with multiple recipients, on the appellants' approach, this would constitute a communication "to the public". However, under the same approach, the sender could avoid infringing copyright simply by executing the same task through sending separate e-mails to each of the 100 recipients. If the nature of the activity in both cases is the same, albeit accomplished through different technical means, there is no justification for distinguishing between the two for copyright purposes.

[30] Focusing on each individual transmission loses sight of the true character of the communication activity in question and makes copyright protection dependant on technicalities of the alleged infringer's chosen method of operation. Such an approach does not allow for principled copyright protection. Instead, it is necessary to consider the broader context to determine whether a given point-to-point transmission engages the exclusive right to communicate to the public. This is the only way to ensure that form does not prevail over substance.

[31] Sharlow J.A. addressed this issue in *Canadian Wireless Telecommunications Assn. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2008 FCA 6, [2008] 3 F.C.R. 539, leave to appeal refused, [2008] 2 S.C.R. vi ("CWTA"), holding that a person offering members of the public the opportunity to download ringtones for their mobile phones thereby communicates the musical works contained in the ringtones to the public. She wrote that this approach

is consistent with the language of [s. 3(1)(f) of the Act] and its context. It also accords with common sense. If a wireless carrier were to transmit a particular ringtone simultaneously to all customers who have requested it, that transmission would be a communication to the public. It would be illogical to reach a different result simply because the transmissions are done one by one, and thus at different times. [para. 43]

à des résultats arbitraires. Ainsi, suivant l'approche qu'elles préconisent, la transmission d'une œuvre protégée par l'envoi d'un seul courriel à 100 citoyens ordinaires choisis au hasard constituerait une communication « au public ». Pourtant, suivant la même logique, l'expéditeur qui ferait la même chose, mais en envoyant un courriel distinct à chacun de ces mêmes 100 destinataires ne violerait pas le droit d'auteur. Lorsque l'acte est foncièrement identique — bien qu'il soit accompli par des moyens techniques différents —, rien ne justifie d'établir une distinction entre les deux envois pour les besoins de l'application du droit d'auteur.

[30] S'attacher à chacune des transmissions individuelles fait perdre de vue la nature véritable de la communication en cause et subordonne la protection du droit d'auteur aux détails techniques du mode opératoire retenu par la personne qui violerait le droit d'auteur, ce qui n'est pas de nature à assurer une protection rationnelle du droit d'auteur. Il faut donc tenir compte du contexte général pour déterminer si une transmission point à point porte atteinte au droit exclusif de communiquer l'œuvre au public. C'est la seule façon de s'assurer que la forme ne l'emporte pas sur le fond.

[31] La juge Sharlow aborde la question dans l'arrêt *Assoc. canadienne des télécommunications sans fil c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2008 CAF 6, [2008] 3 R.C.F. 539, autorisation de pourvoi refusée, [2008] 2 R.C.S. vi (« ACTSF »). Elle conclut que la personne qui offre aux particuliers la possibilité de télécharger des sonneries pour leurs téléphones portables communique au public l'œuvre musicale contenue dans ces sonneries. À son avis, cette interprétation

est compatible avec le libellé de [l'al. 3(1)(f) de la Loi] et avec son contexte. Elle s'accorde aussi avec le bon sens. Si une entreprise de télécommunications sans fil devait transmettre une sonnerie déterminée simultanément à tous les abonnés qui l'ont demandée, cette transmission constituerait une communication au public. Il serait illogique d'en arriver à un résultat différent pour la simple raison que les transmissions sont effectuées une par une et qu'elles ont donc lieu à des moments différents. [par. 43]

(5) The Appellants' Interpretation Would Exclude All On-Demand Transmissions

[32] In oral argument, counsel for the appellants seemed to go somewhat beyond the mere technicality of the transmissions by looking at the *intention* of the sender in accomplishing a given transmission. In the case of a “blas[t]” communication, he pointed out that the sender has “take[n] it upon [himself] to send [the work] out” (Transcript, at p. 24). By contrast, in the case of a one-to-one transmission, at least that from an online music service to a customer at the customer’s request, or from the Great Library in *CCH* to a patron, he argued that there is no intention that the same work ever be transmitted again “because it is entirely at the request of the consuming public” (p. 26). In the appellants’ view, this would justify differential treatment of the point-to-point transmission and the “blas[t]” communication.

[33] With respect, this proposition too must be rejected, for the same reason that focusing the analysis on the recipient of a transmission rather than on the overall context of the communication produces results inconsistent with the true character of the communication. The facts of this case underscore the point. The Board found that “[d]ownloads are ‘targeted at an aggregation of individuals’” and are “offered to anyone with the appropriate device who is willing to comply with the terms” (para. 97). It is hardly possible to maintain that “there is no intention that the same work ever be transmitted again”.

[34] In addition, the appellants’ proposed rule that each transmission be analyzed in isolation because each is initiated at the request of individual members of the public would have the effect of excluding all interactive communications from the scope of the copyright holder’s exclusive rights to communicate to the public and to authorize such communications. A stream is often effectuated at the request of the recipient. On-demand television allows viewers to request and view the desired

(5) Exclusion de toute transmission sur demande suivant l’interprétation préconisée par les appelantes

[32] Dans sa plaidoirie, l’avocat des appelantes a paru aller au-delà des seuls détails techniques de la transmission et s’intéresser à l’*intention* de l’expéditeur qui effectue une transmission donnée. Il a fait observer que dans le cas d’une communication [TRADUCTION] « à grande échelle », l’expéditeur « prend lui-même l’initiative de la transmission » (transcription, p. 24). En revanche, dans le cas d’une transmission individuelle, du moins celle effectuée par un service de musique en ligne à la demande d’un client ou par la Grande bibliothèque à un usager comme dans l’affaire *CCH*, l’avocat a fait valoir que l’intention n’est pas de transmettre de nouveau la même œuvre, « car la transmission a lieu uniquement à la demande d’un consommateur » (p. 26). Les appelantes en concluent qu’il est justifié de considérer la transmission point à point différemment de la communication « à grande échelle ».

[33] À mon humble avis, cette thèse doit également être écartée, car tout comme l’analyse qui s’attache au destinataire de la transmission plutôt qu’au contexte général de la communication, y faire droit mènerait à des résultats incompatibles avec la nature véritable de la communication, ce que confirment les faits de la présente affaire. La Commission conclut que « [l]es téléchargements sont “destiné[s] à un groupe de personnes” » et sont « offerts à quiconque possède l’appareil approprié et est disposé à remplir les conditions [éta-blies] » (par. 97). Il n’est guère possible de soutenir que « l’expéditeur n’a pas l’intention de transmettre de nouveau la même œuvre ».

[34] Qui plus est, la règle dont les appelantes préconisent l’application de telle sorte que chacune des transmissions soit examinée isolément parce qu’elle intervient à la demande individuelle d’un utilisateur aurait pour effet de soustraire toute communication interactive au respect du droit exclusif du titulaire du droit d’auteur de communiquer son œuvre au public et d’autoriser pareille communication. Une transmission en continu est souvent effectuée à la demande du destinataire. La télévision sur

program at the time of their choosing. By definition, on-demand communications — relating to the so-called “pull” technologies — are initiated at the request of the user, independently of any other user, and each individual transmission happens in a point-to-point manner. None of these telecommunications would be considered as being made “to the public” simply because the *actual* transmission occurs at the initiative and discretion of the consumer to accept the invitation to the public to access the content.

[35] Nothing in the wording of s. 3(1)(f) of the Act implies such a limitation. A communication is not restricted to a purely non-interactive context.

(6) Section 3(1)(f) Is Not Limited to Traditional “Push” Technologies; It Is Technology-Neutral

[36] The right to communicate to the public is historically linked to traditional media that operated on a broadcasting, or “push”, model. As pointed out by the appellants, the predecessor to s. 3(1)(f) guaranteed copyright holders an exclusive right to communicate literary, dramatic, musical or artistic works by *radio-communication*. The predecessor section was introduced in 1931, implementing Article 11*bis* of the *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, 828 U.N.T.S. 221 (Rome Revision of 1928): J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, (4th ed. (loose-leaf), at p. 21-86); *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.*, [1968] S.C.R. 676, at p. 681. Radio-communications were understood to include transmissions by microwave over the airwaves: *Canadian Admiral Corp. v. Rediffusion, Inc.*, [1954] Ex. C.R. 382. As such, the radio-communication right extended to radio and traditional over-the-air television broadcasting, notably leaving transmissions by cable outside of copyright protection.

demande permet au téléspectateur de commander puis de regarder l’émission de son choix au moment qui lui convient. Par définition, la communication sur demande — qui entre dans la catégorie de ce qu’on appelle l’« extraction personnalisée » — a lieu à l’initiative de l’utilisateur, indépendamment de tout autre utilisateur, et chacune des transmissions individuelles a lieu d’un point à un autre. Aucune de ces télécommunications ne pourrait être considérée comme une télécommunication « au public » pour le seul motif que la transmission *concrète* intervient à l’initiative et à la discrétion de l’utilisateur, qui répond à l’invitation lancée au public d’accéder au contenu en cause.

[35] Le libellé de l’al. 3(1)f) de la Loi ne justifie aucunement une interprétation aussi stricte. Il n’y a pas communication qu’en l’absence de toute interaction.

(6) Neutre sur le plan technologique, l’al. 3(1)f) ne vise pas que la « distribution sélective » traditionnelle

[36] Le droit de communication au public est historiquement lié aux médias traditionnels, qui fonctionnent selon le mode de la « radiodiffusion » ou de la « distribution sélective ». Comme le soulignent les appelantes, la disposition qui a précédé l’al. 3(1)f) actuel garantissait au titulaire du droit d’auteur le droit exclusif de transmettre son œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique au moyen de la *radiophonie*. Adoptée en 1931, l’ancienne disposition mettait en œuvre l’article 11*bis* de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 828 R.T.N.U. 221 (révisée à Rome en 1928) (J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4^e éd. (feuilles mobiles)), p. 21-86); *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. c. CTV Television Network Ltd.*, [1968] R.C.S. 676, p. 681. Il était entendu que la communication par radiophonie incluait la transmission par micro-ondes (*Canadian Admiral Corp. c. Rediffusion, Inc.*, [1954] R.C. de l’É. 382). Le droit de communication par radiophonie visait les traditionnelles radiodiffusion et télédiffusion par ondes hertziennes, ce qui permettait tout particulièrement à la câblodistribution d’échapper à l’application du droit d’auteur.

[37] This technology-specific communication right was amended to the technologically *neutral* right to “communicate . . . to the public by telecommunication” to reflect the obligations entered into by Canada under NAFTA (*Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65, ss. 61 and 62). The change from radio-communication to telecommunication meant that Canadian *cable* companies which previously escaped any payment of royalties under the “radio-communication” right, were now caught by the Act: S. Handa, *Copyright Law in Canada* (2002), at p. 320.

[38] The historic relationship between the right to communicate to the public and broadcasting-type, “push” technologies, and the 1988 amendment in particular, is evidence that the Act has evolved to ensure its continued relevance in an evolving technological environment. The historic relationship does not support reading into the Act restrictions which are not apparent from and are even inconsistent with the neutral language of the Act itself.

[39] In addition, this Court has long recognized in the context of the reproduction right that, where possible, the Act should be interpreted to extend to technologies that were not or could not have been contemplated at the time of its drafting: *Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 F.C. 173 (T.D.), aff’d [1988] 1 F.C. 673 (C.A.), aff’d [1990] 2 S.C.R. 209. That the Act was to apply to new technologies was recently reaffirmed in *Robertson v. Thomson Corp.*, 2006 SCC 43, [2006] 2 S.C.R. 363, at para. 49, *per* LeBel and Fish JJ.:

Media neutrality is reflected in s. 3(1) of the *Copyright Act* which describes a right to produce or reproduce a work “in any material form whatever”. Media neutrality means that the *Copyright Act* should continue to apply in different media, including more technologically advanced ones. . . . [I]t exists to protect the rights of authors and others as technology evolves.

[37] Ce droit de communication lié à un mode précis a été remplacé par un droit *neutre* sur le plan technologique, celui de « communiquer au public, par télécommunication », pour tenir compte des obligations contractées par le Canada dans l’ALÉNA (*Loi de mise en œuvre de l’Accord de libre-échange Canada — États-Unis*, L.C. 1988, ch. 65, art. 61-62). Le passage de la « radiophonie » à la « télécommunication » a fait en sorte que les entreprises canadiennes de *câblodistribution* qui échappaient jusqu’alors au paiement de redevances pour la transmission par voie de « radiophonie » tombent désormais sous le coup de la Loi: S. Handa, *Copyright Law in Canada* (2002), p. 320.

[38] Le lien historique entre le droit de communiquer au public et la « distribution sélective » ou « radiodiffusion », en particulier la modification apportée en 1988, montre bien que la Loi s’est adaptée pour demeurer en phase avec un contexte technologique en constante évolution. Ce lien ne permet pas de considérer que la Loi établit implicitement des restrictions qui ne ressortent pas de son libellé neutre ou qui sont même incompatibles avec celui-ci.

[39] De plus, dans le contexte du droit de reproduction, notre Cour reconnaît depuis longtemps que, dans la mesure du possible, la Loi doit être interprétée de manière à s’appliquer aux technologies qui n’existaient pas ou dont on ne pouvait prévoir l’existence lors de sa rédaction: *Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173 (1^{re} inst.), conf. par [1988] 1 C.F. 673 (C.A.), conf. par [1990] 2 R.C.S. 209. Le principe voulant que la Loi s’applique aux technologies nouvelles a récemment été confirmé par les juges LeBel et Fish dans l’arrêt *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, [2006] 2 R.C.S. 363, par. 49 :

Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d’auteur* reflète le principe de la neutralité du support, en reconnaissant un droit de produire ou de reproduire une œuvre « sous une forme matérielle quelconque ». La neutralité du support signifie que la *Loi sur le droit d’auteur* continue de s’appliquer malgré l’usage de supports différents, y compris ceux qui dépendent d’une technologie plus avancée. [. . .] Le principe de la neutralité du support [. . .] a été établi pour protéger les droits des auteurs et des autres à mesure que la technologie évolue.

Although the words “in any material form whatever” qualify the right to “produce or reproduce the work” in s. 3(1), the same principle should guide the application of the neutral wording of the right to “communicate . . . to the public by telecommunication”. The broad definition of “telecommunication” was adopted precisely to provide for a communication right “not dependent on the form of technology” (*SOCAN v. CAIP*, at para. 90).

[40] Ultimately, in determining the extent of copyright, regard must be had for the fact that “[t]he *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” (*Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, at para. 30). This balance is not appropriately struck where the existence of copyright protection depends merely on the business model that the alleged infringer chooses to adopt rather than the underlying communication activity. Whether a business chooses to convey copyright protected content in a traditional, “broadcasting” type fashion, or opts for newer approaches based on consumer choice and convenience, the end result is the same. The copyrighted work has been made available to an aggregation of individuals of the general public.

(7) Developments at the International Level Are Consistent in Encompassing On-Demand Communications to the Public in Copyright Protection

[41] Developments at the international level are consistent with this conclusion. Article 11*bis* of the *Berne Convention*, of which Canada is a party, sets out certain communication rights in literary and artistic works:

[Broadcasting and Related Rights]

(1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing:

Bien que les mots « sous une forme matérielle quelconque » se rattachent au droit de « produire ou de reproduire [une] œuvre » prévu au par. 3(1), le même principe devrait présider à l’interprétation de la formulation neutre du droit de « communiquer au public, par télécommunication ». La définition large du mot « télécommunication » a précisément été adoptée afin que ce terme ne soit plus défini en fonction du « type de technologie en cause » (*SOCAN c. ACFI*, par. 90).

[40] En dernière analyse, pour déterminer le champ d’application du droit d’auteur, il faut se rappeler que la *Loi sur le droit d’auteur* « 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 » (*Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 30). Cet équilibre n’est pas correctement établi lorsque, au lieu de dépendre de l’activité de communication sous-jacente, la protection de l’œuvre est entièrement tributaire du modèle d’entreprise retenu par celui qui contreviendrait au droit d’auteur. Qu’une entreprise choisisse de transmettre un contenu protégé selon le mode traditionnel de la « radiodiffusion » ou qu’elle opte pour une nouvelle technologie axée sur ce qui plaît ou convient à l’utilisateur, le résultat est en fin de compte le même : l’œuvre protégée est mise à la disposition d’un groupe de personnes faisant partie du grand public.

(7) La protection de l’œuvre communiquée sur demande au public s’inscrit dans l’évolution observée à l’échelle internationale

[41] Les changements survenus dans le monde confirment cette conclusion. L’article 11*bis* de la *Convention de Berne*, à laquelle le Canada est partie, énonce certains droits de communication d’œuvres littéraires et artistiques :

[Droits de radiodiffusion et droits connexes]

(1) Les auteurs d’œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d’autoriser :

- | | |
|---|--|
| <p>(i) <u>the broadcasting of their works or the communication thereof to the public by any other means of wireless diffusion of signs, sounds or images;</u></p> <p>(ii) <u>any communication to the public by wire or by rebroadcasting of the broadcast of the work, when this communication is made by an organization other than the original one;</u></p> <p>(iii) the public communication by loudspeaker or any other analogous instrument transmitting, by signs, sounds or images, the broadcast of the work.</p> | <p>1^o <u>la radiodiffusion de leurs œuvres ou la communication publique de ces œuvres par tout autre moyen servant à diffuser sans fil les signes, les sons ou les images;</u></p> <p>2^o <u>toute communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine;</u></p> <p>3^o la communication publique, par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue transmetteur de signes, de sons ou d'images, de l'œuvre radiodiffusée.</p> |
|---|--|

[42] As stated earlier, s. 3(1)(f) is based on Article 11bis of the *Berne Convention*.

[42] Rappelons que l'al. 3(1)f) s'inspire de l'article 11bis de la *Convention de Berne*.

[43] The advent of on-demand technologies, and the Internet in particular, led to questions as to whether such new telecommunication technologies were encompassed in the communication right existing under the Berne regime. While it was possible to interpret the relevant articles as extending to on-demand transmissions over the Internet, there was ambiguity: S. Ricketson and J. C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond* (2nd ed. 2006), vol. I, at para. 12.48. For example, the word "broadcasting" used in Article 11bis(1) "may well imply widely sending a communication simultaneously to many recipients" (para. 12.49).

[43] Les nouvelles technologies de télécommunication sur demande — Internet en particulier — ont suscité des interrogations quant à savoir si elles étaient visées par le droit de communication prévu dans la *Convention de Berne*. On pouvait certes considérer que les articles en cause s'appliquaient à la transmission « sur demande » par Internet, mais il y avait ambiguïté : S. Ricketson et J. C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights : The Berne Convention and Beyond* (2^e éd. 2006), vol. I, par. 12.48. Par exemple, le mot « radiodiffusion » employé à l'article 11bis(1) [TRADUCTION] « peut fort bien suggérer la communication simultanée à un grand nombre de destinataires » (par. 12.49).

[44] In 1996, the *WIPO Copyright Treaty*, 2186 U.N.T.S. 121 ("WCT"), was entered into. The WCT is a special agreement within the meaning of Art. 20 of the *Berne Convention*, which stipulates that "[t]he Governments of the countries of the [Berne] Union reserve the right to enter into special agreements among themselves, in so far as such agreements grant to authors more extensive rights than those granted by the Convention, or contain other provisions not contrary to this Convention" (see Art. 1(1) of the WCT).

[44] Le *Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur le droit d'auteur*, 2186 R.T.N.U. 121, (« le Traité de l'OMPI »), a vu le jour en 1996. Il constitue un arrangement spécial au sens de l'article 20 de la *Convention de Berne*, qui dispose que « [l]es Gouvernements des pays de l'Union [constituée en vertu de la *Convention de Berne*] se réservent le droit de prendre entre eux des arrangements particuliers, en tant que ces arrangements conféreront aux auteurs des droits plus étendus que ceux accordés par la Convention, ou qu'ils renfermeraient d'autres stipulations non contraires à la présente Convention » (voir l'article 1(1) du Traité de l'OMPI).

[45] Article 8 of the WCT reads:

[45] L'article 8 du Traité de l'OMPI est libellé comme suit :

[Right of Communication to the Public] Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11*bis*(1)(i) and (ii), 11*ter*(1)(ii), 14(1)(ii) and 14*bis*(1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.

[46] Ricketson and Ginsburg comment on the meaning and legislative history of Art. 8 in these terms:

The WCT's principal innovation is its specification that the right of communication to the public includes a right of "making available to the public of [literary and artistic] works in such a way that members of the public may access those works from a place and at a time individually chosen by them". This right targets on-demand transmissions (whether by wire or wireless means), for it makes clear that the members of the public may be separated both in space and in time. [Emphasis added; para. 12.57.]

[47] The *WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use*, chapter 5, "International Treaties and Conventions on Intellectual Property", No. 489 (2nd ed. 2004), comments that the "WCT . . . clarifies that that right also covers transmissions in interactive systems" (para. 5.226 (emphasis added)).

[48] In the end, "[t]he core concept of 'making available' . . . can fairly be called neither a reaffirmation nor a novelty, for it resolves an ambiguity as to whether the old communication to the public rights accommodated or excluded 'pull technologies'" (J. C. Ginsburg, "The (new?) right of making available to the public", in D. Vaver and L. Bently, eds., *Intellectual Property in the New Millennium: Essays in Honour of William R. Cornish* (2004), 234, at p. 246).

[49] Canada has signed, but not yet ratified or legislatively adopted the WCT. Therefore, the WCT is not binding in this country. The WCT is only

[Droit de communication au public] Sans préjudice des dispositions des articles 11.1)2^o), 11*bis*.1)1^o) et 2^o), 11*ter*.1)2^o), 14.1)2^o) et 14*bis*.1) de la Convention de Berne, les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée.

[46] Voici les observations de Ricketson et Ginsburg sur la portée et l'historique législatif de l'article 8 :

[TRADUCTION] La principale innovation du Traité de l'OMPI est qu'il précise que le droit de communiquer [une œuvre littéraire ou artistique] au public comprend le droit de la mettre « à la disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée ». Le Traité vise ainsi la transmission « sur demande » (par fil ou sans fil), car il précise bien que les destinataires peuvent être séparés tant dans l'espace que dans le temps. [Je souligne; par. 12.57.]

[47] Le guide de l'OMPI sur la propriété intellectuelle (*WIPO Intellectual Property Handbook : Policy, Law and Use*) renferme les observations suivantes au chapitre 5 intitulé [TRADUCTION] « Conventions et traités internationaux sur la propriété intellectuelle », n^o 489 (2^e éd. 2004) : [TRADUCTION] « le Traité de l'OMPI [. . .] précise que ce droit s'applique aussi à la transmission par dispositif interactif . . . » (par. 5.226 (je souligne)).

[48] En somme, [TRADUCTION] « on ne saurait voir dans la notion fondamentale de "mise à disposition" [. . .] ni la réaffirmation d'un principe ni une nouveauté, car elle ne fait que lever une ambiguïté quant à savoir si l'ancien droit de communication au public s'appliquait ou non à l'"extraction personnalisée" » (J. C. Ginsburg, « The (new?) right of making available to the public », dans D. Vaver et L. Bently, dir., *Intellectual Property in the New Millennium : Essays in Honour of William R. Cornish* (2004), 234, p. 246).

[49] Le Traité de l'OMPI compte le Canada au nombre de ses signataires, mais il n'a pas encore été ratifié ou adopté par voie législative, de sorte qu'il

cited to demonstrate that the broad interpretation of s. 3(1)(f) of the Act, recognizing that a communication “to the public” subject to copyright protection may occur through point-to-point transmissions at the user’s request, is not out of step with Art. 8 of the WCT and international thinking on the issue.

(8) American Jurisprudence

[50] The appellants’ remaining argument is based on American jurisprudence. This argument must also be dismissed. They mainly rely on the decision of the Court of Appeals for the Second Circuit in *Cartoon Network v. CSC Holdings, Inc.*, 536 F.3d 121 (2008), in which it was held that the potential audience of *each point-to-point transmission* must be considered to determine whether a given transmission is “to the public”. The Second Circuit Court of Appeals found in that case that the transmissions were not “to the public”.

[51] This case is of no assistance to the appellants. The Court of Appeals for the Second Circuit relied on the specific language of the U.S. “transmit clause”. It held that the language of the clause itself directs considering who is “capable of receiving” a particular “transmission” or “performance”, and not of the potential audience of a particular “work” (p. 134). Quite to the contrary, our *Copyright Act* speaks more broadly of “communicat[ing a] work to the public”. This Court has recognized in the past important differences both in wording and in policy between Canadian and American copyright legislation. It has warned that “United States court decisions, even where the factual situations are similar, must be scrutinized very carefully” (see *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357, at p. 367). The difference in statutory wording between the relevant provisions of the American legislation and of the Canadian *Copyright Act* is sufficient to render the U.S. decisions of no assistance in the interpretive exercise engaged here.

n’a pas force obligatoire au pays. Je le cite uniquement pour démontrer que l’interprétation large de l’al. 3(1)f) de la Loi, suivant laquelle la communication « au public » protégée peut s’entendre de la transmission point à point à la demande de l’utilisateur, n’est en décalage ni avec l’article 8 du Traité de l’OMPI ni avec les vues internationales sur le sujet.

(8) La jurisprudence américaine

[50] Les appelantes invoquent en dernier lieu la jurisprudence américaine, mais leur prétention fondée sur celle-ci doit également être rejetée. Elles tablent surtout sur l’arrêt *Cartoon Network c. CSC Holdings, Inc.*, 536 F.3d 121 (2008), dans lequel la Cour d’appel des États-Unis pour le deuxième circuit statue qu’il faut tenir compte de l’auditoire potentiel *de chacune des transmissions point à point* pour déterminer s’il y a communication « au public ». Elle conclut finalement que les transmissions en cause ne constituent pas des communications « au public ».

[51] Cet arrêt n’étaye pas la thèse des appelantes. La Cour d’appel des États-Unis pour le deuxième circuit se fonde sur le libellé explicite de la [TRADUCTION] « disposition relative à la transmission ». Elle estime que le texte même de la disposition américaine oblige à tenir compte des personnes qui « peuvent » recevoir soit l’« émission », soit la « représentation » ou l’« exécution » en cause, et non de l’auditoire potentiel d’une « œuvre » donnée (p. 134). Dans notre *Loi sur le droit d’auteur*, le législateur s’exprime bien au contraire de façon plus générale : « communiquer au public [. . .] une œuvre . . . ». Notre Cour a reconnu dans le passé les différences importantes qui existent entre les lois canadienne et américaine sur le droit d’auteur tant sur le plan de la formulation que sur celui des principes. Elle a fait la mise en garde suivante : « La jurisprudence américaine doit [. . .] être analysée avec prudence même si elle porte sur des faits semblables . . . » (voir *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357, p. 367). La différence de formulation entre les dispositions américaines et notre *Loi sur le droit d’auteur* est suffisante pour que la jurisprudence américaine ne soit d’aucune utilité dans la présente entreprise d’interprétation.

(9) Summary

[52] These considerations are sufficient to dispose of the appellants' argument that a point-to-point transmission is necessarily a private transaction outside of the scope of the exclusive right to communicate to the public. To quote Sharlow J.A., at para. 35 of *CWTA*,

in determining whether paragraph 3(1)(f) applies to the transmission of a musical work in the form of a digital audio file, it is not enough to ask whether there is a one-to-one communication, or a one-to-one communication requested by the recipient. The answer to either of those questions would not necessarily be determinative because a series of transmissions of the same musical work to numerous different recipients may be a communication to the public if the recipients comprise the public, or a significant segment of the public.

CCH (SCC) determined that a "series of repeated . . . transmissions of the same work to numerous different recipients" may constitute a communication "to the public" within the meaning of s. 3(1)(f) of the Act (para. 78). Where such a series of point-to-point communications of the same work to an aggregation of individuals is found to exist, it matters little for the purposes of copyright protection whether the members of the public receive the communication in the same or in different places, at the same or at different times or at their own or the sender's initiative.

IV. Application to the Facts — Whether Online Music Services "Communicate to the Public"

[53] Although they occur between the online music provider and the individual consumer in a point-to-point fashion, the transmissions of musical works in this case, where they constitute "communications", can be nothing other than communications "to the public".

[54] Online music services provide catalogues of musical works. It is open to any customer willing

(9) Résumé

[52] Ces éléments permettent de statuer sur la thèse des appelantes suivant laquelle la transmission point à point est forcément une opération privée qui échappe au droit exclusif de communiquer au public. Je cite la juge Sharlow au par. 35 de l'arrêt *ACTSF* :

[P]our déterminer si l'alinéa 3(1)f) s'applique à la transmission d'une œuvre musicale sous forme de fichier audionumérique, il ne suffit pas de se demander si l'on a affaire à une communication entre un expéditeur unique et un destinataire unique ou à une communication unique demandée par le destinataire. La réponse à l'une et l'autre de ces questions ne serait pas nécessairement déterminante parce qu'une série de transmissions de la même œuvre musicale à un grand nombre de destinataires différents peut constituer une communication au public si les destinataires constituent le public ou une partie importante du public.

Dans l'arrêt *CCH* (CSC), la Cour opine que la « transmission répétée d'une copie d'une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public » au sens de l'al. 3(1)f) de la Loi (par. 78). Lorsqu'on conclut à l'existence d'une série de communications point à point de la même œuvre à un groupe de personnes, il importe peu, pour déterminer si la protection du droit d'auteur s'applique, que les destinataires reçoivent la communication au même endroit ou en des lieux différents, au même moment ou à des moments différents, à leur initiative ou à celle de l'expéditeur.

IV. Application aux faits — La transmission de fichiers de musique par un service en ligne constitue-t-elle une « communication au public »?

[53] Même si elle intervient point à point entre le service de musique en ligne et un consommateur individuel, la transmission d'œuvres musicales considérée en l'espèce, lorsqu'elle constitue une « communication », ne peut être autre chose qu'une communication « au public ».

[54] Le service de musique en ligne propose des œuvres musicales au moyen d'un catalogue. Tout

to pay the purchase price to download or stream the works on offer. The works in the catalogues could as a result be transmitted to large segments of the public — if not the public at large. Through the commercial activities of the online music services, the works in question have the potential of being put in the possession of an aggregation of customers. Indeed, the appellants' business model is premised on the expectation of multiple sales of any given musical work. Achieving the highest possible number of online sales is the very *raison d'être* of online music services. The number of actual transmissions depends only on the commercial success of a given work. The necessary implication of this business model is that there will be a "series of repeated . . . transmissions of the same work to numerous different recipients" (*CCH (SCC)*, at para. 78). The conclusion that a communication "to the public" occurs is consistent with reality. As Professor Vaver explains,

[i]f the content is intentionally made available to anyone who wants to access it, it is treated as communicated "to the public" even if users access the work at different times and places.

(D. Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2nd ed. 2011), at p. 173)

[55] These facts are distinguishable from those in *CCH* and the holding in that case does not assist the appellants. The publishers alleging infringement in *CCH* had presented no evidence that the Great Library was communicating the same works in a serial fashion or that the Great Library had made the works generally available at any lawyer's request. The Great Library's employees examined and accordingly accepted or refused every request on its own merits, thus retaining control over access to the works.

[56] Following the online music services' business model, musical works are indiscriminately

consommateur disposé à payer le prix exigé peut télécharger ou écouter grâce à la transmission en continu les œuvres ainsi mises à sa disposition. Les œuvres inscrites au catalogue pourraient donc être transmises à de grands pans de la population, voire au grand public. En raison de l'activité commerciale du service de musique en ligne, les œuvres en cause sont susceptibles de se retrouver entre les mains d'un ensemble de consommateurs. D'ailleurs, le modèle d'entreprise des appelantes suppose qu'une même œuvre musicale fera l'objet de ventes multiples. Réaliser le plus grand nombre possible de ventes en ligne est la *raison d'être* même d'un service de musique en ligne. Le nombre de transmissions effectuées dans les faits tient uniquement au succès commercial de l'œuvre en question. Ce modèle d'entreprise suppose donc la « transmission répétée [. . .] d'une même œuvre à de nombreux destinataires » (*CCH (CSC)*, par. 78). La conclusion qu'il y a communication « au public » correspond à la réalité. Le professeur Vaver explique :

[TRADUCTION] On considère que le contenu volontairement mis à la disposition de toute personne qui souhaite y accéder est communiqué « au public », et ce, même si les utilisateurs y accèdent à des moments et à des endroits différents ».

(D. Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks* (2^e éd. 2011), p. 173)

[55] Les faits de la présente espèce diffèrent de ceux de l'affaire *CCH*, et la décision rendue dans cet autre dossier n'appuie pas la prétention des appelantes. Dans *CCH*, les éditeurs qui alléguaient la violation du droit d'auteur n'ont pas présenté d'éléments de preuve tendant à démontrer que la Grande bibliothèque communiquait simultanément les mêmes œuvres en série ou qu'elle les mettait à la disposition du public en général à la demande d'un avocat. Les employés de la Grande bibliothèque examinaient, puis donnaient suite ou non, à chacune des demandes de manière discrétionnaire, de sorte qu'ils demeuraient maîtres de l'accès aux œuvres.

[56] Dans le cas d'un service de musique en ligne, les œuvres musicales sont indistinctement mises à la

made available to anyone with Internet access to the online music service's website. This means that the customers requesting the streams are not members of a narrow group, such as a family or a circle of friends. Simply, they are "the public". In these circumstances, the transmission of any file containing a musical work, starting with the first, from the online service's website to the customer's computer, at the customer's request, constitutes "communicat[ing] the work to the public by telecommunication".

V. Conclusion

[57] The appeal is allowed in respect of downloads for the reasons set out by the majority in *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada* and dismissed in respect of music streamed from the Internet in accordance with these reasons. In view of the divided result, each party should bear its own costs.

The following are the reasons delivered by

[58] ABELLA J. — I agree with Justice Rothstein that in the case of streams only, not downloads, we ought not to disturb the Copyright Board's conclusion that a point-to-point communication from an online service provider, effected at the request of a customer, can be a communication "to the public". The focus of these concurring reasons, however, is on the standard of review.

[59] In my respectful view, the majority's conclusion about how to approach the standard of review overcomplicates what should be a straightforward application of the reasonableness standard. The Board, when interpreting its home statute in setting tariffs for the communication of new forms of digital media, should be accorded the same deference and be reviewed on the same standard as every other specialized tribunal in Canada.

disposition de quiconque a accès à son site Internet. Dès lors, le consommateur qui demande la transmission en continu ne fait pas partie d'un groupe restreint, comme la famille ou le cercle d'amis. Il fait seulement partie du « public ». Dans ces conditions, transmettre un fichier contenant une œuvre musicale, du site Internet du fournisseur à l'ordinateur du consommateur, à la demande de ce dernier, équivaut dès la première fois à « communiquer au public, par télécommunication, une œuvre ».

V. Dispositif

[57] Le pourvoi est accueilli en ce qui concerne le téléchargement pour les motifs invoqués par les juges majoritaires dans *Entertainment Software Association c. Société canadienne des compositeurs, auteurs et éditeurs de musique* et rejeté en ce qui a trait à la transmission de musique en continu sur Internet pour les motifs qui précèdent. Chacune des parties ayant partiellement gain de cause, elle supportera ses propres frais de justice.

Version française des motifs rendus par

[58] LA JUGE ABELLA — Je conviens avec le juge Rothstein que, dans le cas de la transmission en continu, mais pas dans celui du téléchargement, il n'y a pas lieu de modifier la conclusion de la Commission du droit d'auteur selon laquelle la communication point à point effectuée par le fournisseur de services en ligne à la demande du client peut constituer une communication « au public ». Toutefois, les présents motifs concordants portent sur la norme de contrôle applicable.

[59] Soit dit en tout respect, j'estime que, dans leur analyse de la norme de contrôle applicable, les juges majoritaires compliquent à outrance ce qui devrait être en fait un cas simple d'application de la norme de la raisonabilité. Lorsqu'elle interprète sa loi constitutive aux fins de l'établissement de tarifs pour la communication effectuée grâce aux nouveaux médias numériques, la Commission devrait avoir droit à la même déférence et être soumise à la même norme que tout autre tribunal administratif spécialisé au Canada.

[60] Since *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, this Court has unwaveringly held that institutionally expert and specialized tribunals are entitled to a presumption of deference when interpreting their home statute. Applying a correctness standard of review on the sole basis that a court might interpret the same statute, in my view, takes us back to the pre-*Dunsmuir* focus on relative expertise between courts and tribunals and the view that courts prevail whenever it comes to questions of law. This effectively drains expert tribunals of the deference and respect they are owed, as is reflected in the language of *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R. 427 (*SOCAN v. CAIP*), which the majority's reasons rely on to conclude that the Board's legal determinations should be reviewed on a correctness standard:

The *Copyright Act* is an act of general application which usually is dealt with before courts rather than tribunals. The questions at issue in this appeal are legal questions. . . . [T]he Board's ruling . . . addresses a point of general legal significance far beyond the working out of the details of an appropriate royalty tariff, which lies within the core of the Board's mandate. [Emphasis added; para. 49.]

[61] This Court recently held in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, [2011] 3 S.C.R. 654 (*ATA*), that deference on judicial review is presumed any time a tribunal interprets its home statute:

[U]nless the situation is exceptional, and we have not seen such a situation since *Dunsmuir*, the interpretation by the tribunal of "its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity" should be presumed to be a question of statutory interpretation subject to deference on judicial review. [Emphasis added; para. 34.]

[62] The existing exceptions to the presumption of home statute deference are, as noted in *ATA*, constitutional questions and questions of law of

[60] Depuis l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, notre Cour reconnaît invariablement l'application présumée de la norme déferente au tribunal administratif doté d'une expertise spécialisée lorsqu'il interprète sa loi constitutive. Appliquer la norme de la décision correcte pour la seule raison qu'une cour de justice pourrait être appelée à interpréter la même loi nous ramène selon moi à la situation d'avant *Dunsmuir* où l'on s'attachait à l'expertise relative du décideur administratif et de la cour, et où l'on considérait que toute question de droit ressortissait aux cours de justice. En fait, une telle démarche nie au tribunal expert la déférence et le respect auxquels il a droit, comme l'illustre le passage suivant tiré de l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427 (*SOCAN c. ACFI*), qu'invoquent les juges majoritaires pour assujettir à la norme de la décision correcte les conclusions de droit de la Commission :

La *Loi sur le droit d'auteur* est une loi de portée générale dont l'application relève habituellement des cours de justice, et non des tribunaux administratifs. Les questions en litige dans le présent pourvoi sont des questions de droit. [. . .] [La décision de la Commission] a tranché une question de droit d'une importance générale allant bien au-delà de la mise au point d'un tarif de redevances approprié, laquelle est au cœur du mandat de la Commission. [Italiques ajoutés; par. 49.]

[61] Récemment, dans *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, [2011] 3 R.C.S. 654 (*ATA*), la Cour dit que, lors du contrôle judiciaire, la déférence se présume dès lors que le tribunal administratif interprète sa loi constitutive :

[S]auf situation exceptionnelle — et aucune ne s'est présentée depuis *Dunsmuir* —, il convient de présumer que l'interprétation par un tribunal administratif de « sa propre loi constitutive ou [d']une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie » est une question d'interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire. [Italiques ajoutés; par. 34.]

[62] Dans *ATA*, la Cour signale que les questions qui font alors exception à la présomption de déférence que commande l'interprétation de la

central importance to the legal system and outside the adjudicator's specialized expertise (*ATA*, at para. 30; *Dunsmuir*, at paras. 58 and 60). The Court in *ATA* also questioned the continued existence of another exception: the problematic category of true questions of jurisdiction or *vires* (paras. 33-34).

[63] In concluding that the Copyright Board's concurrent jurisdiction with all federal and provincial courts in Canada warrants a correctness standard of review, the majority's reasons have added a new exception — shared jurisdiction with courts. This is not even hinted at in *Dunsmuir*. Nor is anything about this new category obviously analogous to the other exceptions to the presumption of home statute deference, which are essentially legal questions beyond the quotidian work of a tribunal. Nor is it obvious to me why shared jurisdiction should be seen to displace Parliament's attributed intention that a tribunal's specialized expertise entitles it to be reviewed with restraint. It appears to spring full panoplied from a different brow.

[64] We attribute expertise to a tribunal on the basis that Parliament has delegated decision making to it as an *institutionally specialized body*. *Dunsmuir* recognized the reality that "in many instances, those working day to day in the implementation of frequently complex administrative schemes have or will develop a considerable degree of expertise or field sensitivity to the imperatives and nuances of the legislative regime": at para. 49, citing David J. Mullan, "Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?" (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, at p. 93. This idea was reinforced by this Court in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, [2009] 1 S.C.R. 339, where the majority held that express or implied statutory direction was not required before granting deference to a tribunal — deference flowed instead

loi constitutive sont les questions constitutionnelles, ainsi que les questions de droit d'une importance capitale pour le système juridique et étrangères au domaine d'expertise du décideur (*ATA*, par. 30; *Dunsmuir*, par. 58 et 60). Elle s'interroge également quant à savoir si une autre exception existe toujours, celle correspondant à la catégorie problématique des véritables questions de compétence ou *vires* (par. 33-34).

[63] En concluant que la compétence que se partagent la Commission et l'ensemble des cours de justice provinciales et fédérales du Canada justifie l'application de la norme de la décision correcte, les juges majoritaires créent une nouvelle exception, celle de la compétence concurrente. Outre l'absence de toute allusion à cette nouvelle catégorie dans *Dunsmuir*, elle n'est manifestement semblable en rien aux autres exceptions à l'assujettissement présumé à la norme déférente du tribunal qui interprète sa loi constitutive, à savoir les questions de droit qui échappent au travail quotidien d'un tribunal administratif. Je ne vois pas non plus pourquoi l'existence d'une compétence concurrente écarterait l'intention prêtée au législateur, à savoir qu'en raison de son expertise spécialisée, le tribunal administratif a droit à la retenue judiciaire lors du contrôle de ses décisions. Cette nouvelle exception, entièrement blindée, paraît surgir d'une source différente.

[64] L'expertise reconnue au tribunal administratif tient au pouvoir décisionnel que lui délègue le législateur à titre d'*institution spécialisée*. Dans *Dunsmuir*, la Cour constate que « dans beaucoup de cas, les personnes qui se consacrent quotidiennement à l'application de régimes administratifs souvent complexes possèdent ou acquièrent une grande connaissance ou sensibilité à l'égard des impératifs et des subtilités des régimes législatifs en cause » : par. 49, citant David J. Mullan, « Establishing the Standard of Review : The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, p. 93. Dans *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, [2009] 1 R.C.S. 339, les juges majoritaires de notre Cour renchérissent, estimant que la déférence à laquelle a droit le décideur administratif n'est pas subordonnée à l'existence d'une directive législative expresse ou implicite,

from the tribunal's "day to day" statutory familiarity (para. 25).

[65] The Board has specialized expertise in interpreting the provisions of the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42. The fact of shared jurisdiction does not undermine this expertise, the basis for institutional deference. The Board does not simply "wor[k] out . . . the details of an appropriate royalty tariff", despite what is suggested in *SOCAN v. CAIP*, at para. 49. It sets policies that collectively determine the rights of copyright owners and users, and plays an important role in achieving the proper balance between those actors: Margaret Ann Wilkinson, "Copyright, Collectives, and Contracts: New Math for Educational Institutions and Libraries", in Michael Geist, ed., *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright"* (2010), 503, at p. 514.

[66] The Board has highly specialized knowledge about the media technologies used to create and disseminate copyrighted works, such as the Internet, digital radio, satellite communications, as well as related economic issues: Copyright Board Canada, Performance Report for the period ending 31 March 2003 (online), at Section II: Departmental Context — Organization, Mandate and Strategic Outcomes. This specialized knowledge is precisely the kind of institutional expertise that *Dunsmuir* concluded was entitled to deference.

[67] In the case before us, the Board is tasked with determining whether downloading a musical work constitutes a "communicat[ion] . . . to the public" within s. 3(1)(f) of the *Copyright Act*. This question involves examining many facets, including how music is accessed (e.g., through a stream versus a download), recent changes and trends in the way that users and consumers access music, and how all of this impacts on the ability of copyright owners to obtain compensation for their work.

mais découle plutôt de la connaissance approfondie des dispositions qu'il applique acquise « quotidiennement » (par. 25).

[65] La Commission du droit d'auteur possède une expertise spécialisée dans l'interprétation de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42. L'existence d'une compétence concurrente n'enlève rien à cette expertise, qui appelle la déférence envers l'institution. La Commission ne se livre pas simplement à la « mise au point d'un tarif de redevances approprié », malgré ce que laisse entendre la Cour dans *SOCAN c. ACFI*, par. 49. Elle adopte un ensemble de politiques qui définit les droits du titulaire du droit d'auteur et ceux de l'utilisateur et elle joue un rôle important dans l'établissement d'un juste équilibre entre ces acteurs : Margaret Ann Wilkinson, « Copyright, Collectives, and Contracts : New Math for Educational Institutions and Libraries », dans Michael Geist, dir., *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright"* (2010), 503, p. 514.

[66] Elle possède des connaissances très spécialisées sur les technologies de communication employées pour créer et diffuser des œuvres protégées par le droit d'auteur, comme Internet, la radio numérique et la communication par satellite, ainsi que sur les enjeux économiques connexes : Commission du droit d'auteur du Canada, Rapport sur le rendement pour l[a] période se terminant le 31 mars 2003 (en ligne), Partie II : Contexte ministériel — Organisation, mandat et résultats stratégiques. Ces connaissances spécialisées correspondent précisément au type d'expertise institutionnelle qui commande la déférence suivant *Dunsmuir*.

[67] En l'espèce, la Commission est appelée à déterminer si télécharger une œuvre musicale équivaut à la « communiquer au public » pour l'application de l'al. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Pour trancher, il lui faut examiner de nombreuses facettes, notamment la manière dont l'utilisateur et le consommateur obtiennent l'accès à l'œuvre musicale (p. ex., transmission en continu ou téléchargement), les tendances et mutations récentes à cet égard, ainsi que l'incidence de ces réalités sur la rémunération du titulaire du droit d'auteur pour son travail.

[68] In exercising its mandate, the Board must interpret the meaning of several provisions in the *Copyright Act*, including the exclusive rights of copyright owners listed in s. 3(1). The fact that a court might in another case be asked to interpret the same provisions of the *Copyright Act* does not detract from the Board's particular familiarity and expertise with the provisions of the *Copyright Act*. Nor does it make this legislation any less of a home statute to the Board. The *Act* may sometimes be home to other judicial actors as part of their varied adjudicative functions, but their occasional occupancy should not deprive the Board of the deference it is entitled to as the permanent resident whose only task is to interpret and apply the *Act*.

[69] The majority bases its conclusion that shared jurisdiction attracts a correctness standard on the possibility of inconsistent results stemming from a more deferential standard of review for the Board's interpretation of the *Act*. But this Court in *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, [2011] 1 S.C.R. 160, considered — and rejected — concerns over the possibility of multiple interpretations flowing from deference. Justice Fish noted that even prior to *Dunsmuir*, the standard of reasonableness was based on the idea that multiple valid interpretations of a statutory provision were inevitable, and ought not to be disturbed unless the tribunal's decision was not rationally supported (paras. 38-39).

[70] The majority's reasons also suggest that concurrent jurisdiction between tribunals and courts is rare, and therefore no threat to the integrity of the "home statute" presumption. Yet tribunals often share jurisdiction with courts in interpreting and applying the same statutory provisions. Both the Trade-marks Opposition Board and the Federal Court, for example, interpret and apply s. 6 of the *Trade-marks Act*, R.S.C. 1985, c. T-13, to determine whether a trade-mark is "confusing". The Board applies s. 6 in the context of opposition proceedings seeking to block registration of a trade-mark,

[68] Dans l'exécution de son mandat, la Commission interprète plusieurs dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur*, dont le par. 3(1), qui énumère les droits exclusifs reconnus au titulaire du droit d'auteur. La possibilité qu'une cour de justice soit appelée à interpréter les mêmes dispositions dans une autre affaire n'enlève pas à la Commission sa connaissance approfondie de la *Loi sur le droit d'auteur* ni son expertise dans l'application de celle-ci. La *Loi sur le droit d'auteur* n'en demeure pas moins sa loi constitutive. Même si, dans certains cas, la *Loi* accueille en sa demeure des acteurs judiciaires aux fonctions juridictionnelles variées, ce séjour occasionnel ne saurait éclipser la déférence à laquelle a droit l'occupant permanent, la Commission, dont l'unique tâche est d'interpréter et d'appliquer la *Loi*.

[69] Les juges majoritaires fondent leur conclusion qu'une compétence concurrente commande l'application de la norme de la décision correcte sur le risque que des décisions incompatibles découlent de l'application d'une norme déférente à l'interprétation de la *Loi* par la Commission. Or, dans *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, [2011] 1 R.C.S. 160, notre Cour considère puis écarte les craintes exprimées quant à la possibilité que la déférence entraîne de multiples interprétations. Le juge Fish fait remarquer que, même avant *Dunsmuir*, la norme de la décision raisonnable reposait sur l'idée que de multiples interprétations valables d'une même disposition législative sont inévitables et qu'il faut se garder d'intervenir, sauf lorsque la décision du tribunal administratif n'a pas de fondement rationnel (par. 38-39).

[70] Les juges majoritaires laissent également entendre que, dans la mesure où une même compétence échoit rarement à la fois à un décideur administratif et à une cour de justice, la présomption dont bénéficie l'interprétation de la loi constitutive n'est pas menacée. Or, le pouvoir d'interpréter et d'appliquer les mêmes dispositions législatives est souvent partagé. Par exemple, la Commission des oppositions des marques de commerce et la Cour fédérale sont toutes deux habilitées à interpréter et à appliquer l'art. 6 de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, ch. T-13, pour déterminer si une

while the Federal Court applies s. 6 in the context of actions for infringement or claims seeking the expungement of a registered trade-mark on the basis that it is invalid: see *Chamberlain Group Inc. v. Lynx Industries Inc.*, 2010 FC 1287, 379 F.T.R. 270; *Alticor Inc. v. Nutravite Pharmaceuticals Inc.*, 2005 FCA 269, 339 N.R. 56.

[71] Notwithstanding this shared jurisdiction, the Trade-marks Opposition Board's decisions are nevertheless reviewed on a reasonableness standard, as Rothstein J.A. concluded for the majority in *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145 (C.A.):

Having regard to the Registrar's expertise . . . I am of the opinion that decisions of the Registrar, whether of fact, law or discretion, within his area of expertise, are to be reviewed on a standard of reasonableness simpliciter . . . [unless] additional evidence is adduced in the Trial Division that would have materially affected the Registrar's findings of fact [Emphasis added; para. 51.]

[72] And in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, [2011] 3 S.C.R. 471, this Court applied a reasonableness standard to the Canadian Human Rights Tribunal's conclusion that the terms "compensate . . . for any expenses incurred by the victim" in s. 53(2)(c) and (d) of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, gave it the authority to award costs. Justices LeBel and Cromwell, for the Court, noted that even though the issue of "costs" could arise before other adjudicative bodies, *including the courts*, this was not an automatic reason to apply a correctness standard. Instead, the Court found that the question was *within the Tribunal's expertise*, and therefore reviewable on a reasonableness standard of review:

marque crée de la « confusion ». La première peut connaître de la procédure d'opposition à l'enregistrement d'une marque de commerce, tandis que la seconde applique l'art. 6 dans le cadre d'une action pour violation ou d'une demande de radiation de l'enregistrement d'une marque de commerce pour cause d'invalidité : voir *Chamberlain Group Inc. c. Lynx Industries Inc.*, 2010 CF 1287 (CanLII); *Alticor Inc. c. Nutravite Pharmaceuticals Inc.*, 2005 CAF 269 (CanLII).

[71] Malgré cette compétence concurrente, les décisions de la Commission d'opposition des marques de commerce demeurent assujetties à la norme de la raisonabilité, ce qu'a déjà expliqué comme suit le juge Rothstein, au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Brasseries Molson c. John Labatt Ltée*, [2000] 3 C.F. 145 (C.A.) :

Compte tenu de l'expertise du registraire, [. . .] je considère que les décisions du registraire qui relèvent de son champ d'expertise, qu'elles soient fondées sur les faits, sur le droit ou qu'elles résultent de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, devraient être révisées suivant la norme de la décision raisonnable simpliciter [. . .] [sauf si] une preuve additionnelle est déposée devant la Section de première instance et que cette preuve aurait pu avoir un effet sur les conclusions du registraire . . . [Italiques ajoutés; par. 51.]

[72] En outre, dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [2011] 3 R.C.S. 471, notre Cour applique la norme de la décision raisonnable à la conclusion du Tribunal canadien des droits de la personne selon laquelle les mots « indemniser la victime [. . .] des dépenses entraînées par l'acte » employés aux al. 53(2)c) et d) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6, l'habilitent à adjuger des dépens. Au nom de la Cour, les juges LeBel et Cromwell y font remarquer que, même si d'autres organismes juridictionnels, *dont les cours de justice*, peuvent être saisis de la question des « dépens », la norme de la décision correcte ne s'applique pas pour autant d'office. La Cour estime plutôt que cette question *relève de l'expertise du Tribunal* et que la décision s'y rapportant doit donc être contrôlée suivant la norme de la décision raisonnable :

There is no doubt that the human rights tribunals are often called upon to address issues of very broad import. But, the same questions may arise before other adjudicative bodies, particularly the courts. . . .

if the issue relates to the *interpretation and application of its own statute, is within its expertise and does not raise issues of general legal importance, the standard of reasonableness will generally apply and the Tribunal will be entitled to deference.* [Emphasis added; paras. 23-24.]

[73] There are other examples of the application of a reasonableness standard notwithstanding shared jurisdiction between tribunals and courts. Most recently, in *Doré v. Barreau du Québec*, [2012] 1 S.C.R. 395, this Court applied a reasonableness standard in determining whether a disciplinary board properly applied the *Canadian Charter of Rights and Freedoms'* guarantee of freedom of expression in disciplining a lawyer under Quebec's *Code of ethics of advocates*, R.R.Q. 1981, c. B-1. The fact that "freedom of expression" is concurrently interpreted by the courts did not in any way detract from the deference given to the discipline board in applying the *Charter*. If concurrent jurisdiction with the courts in interpreting and applying something as legally transcendent as the *Charter* does not affect the deference to which tribunals are entitled in interpreting their own mandate, surely it is hard to justify carving out copyright law for unique judicial "protection".

[74] Even if shared jurisdiction is accepted as a justification for reviewing the Board's legal determinations on a standard of correctness, the Board's mandate was to decide whether a particular activity — downloading a musical work — is the type of activity captured by the phrase "communicate . . . to the public" in s. 3(1)(f) of the *Copyright Act*, thereby triggering a tariff. This is a question of mixed fact and law which, according to *Dunsmuir*, attracts deference. The view that we can extricate a legal definition of "communicate . . . to the public" under s. 3(1)(f), from the context of the complex and interlocking facts and policies

Nul doute qu'un tribunal des droits de la personne est souvent appelé à se prononcer sur des questions de très large portée. Or, les mêmes questions peuvent être soulevées devant d'autres organismes juridictionnels, en particulier des cours de justice. . . .

lorsqu'il s'agit *d'interpréter et d'appliquer sa propre loi, dans son domaine d'expertise et sans que soit soulevée une question de droit générale, la norme de la décision raisonnable s'applique habituellement, et le Tribunal a droit à la déférence.* [Italiques ajoutés; par. 23-24.]

[73] La norme du caractère raisonnable a été retenue dans d'autres cas malgré la compétence concurrente conférée à un tribunal administratif et à une cour de justice. En effet, dans l'affaire récente *Doré c. Barreau du Québec*, [2012] 1 R.C.S. 395, c'est en fonction de cette norme que la Cour a déterminé si, lorsqu'il avait réprimandé un avocat en application du *Code de déontologie des avocats* du Québec, R.R.Q. 1981, ch. B-1, le Comité de discipline avait bien interprété la liberté d'expression garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le pouvoir concurrent des cours de justice de se prononcer sur la « liberté d'expression » n'écarte pas la déférence à laquelle a droit le Comité de discipline lorsqu'il applique la *Charte*. Si une compétence concurrente à l'égard de l'interprétation et de l'application d'un texte juridique aussi transcendant que la *Charte* n'écarte pas la déférence qui s'impose envers le tribunal administratif lorsqu'il interprète son propre mandat, il est assurément difficile de justifier que les dispositions sur le droit d'auteur bénéficient d'une « protection » judiciaire particulière.

[74] À supposer même que l'existence d'une compétence concurrente justifiait que le contrôle de ses conclusions de droit s'effectue au regard de la norme de la décision correcte, la Commission avait pour mandat de déterminer si une activité — télécharger une œuvre musicale — équivalait à « communiquer au public » pour l'application de l'al. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur* et emportait l'exigibilité d'une redevance. Il s'agit d'une question mixte de fait et de droit qui, selon *Dunsmuir*, commande la déférence. Il me paraît irréaliste de dégager la portée juridique des mots « communiquer au public » du contexte constitué des faits

considered by the Board in setting a tariff, strikes me as unrealistic. The majority, however, sees two extricable legal questions: the definition of “communicate” and the definition of “to the public”: see also the companion appeal, *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, [2012] 2 S.C.R. 231.

[75] “Extricating” legal issues from a question of mixed fact and law is an appellate review concept that was developed in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235. In the context of judicial review, however, extricating legal issues — sometimes referred to as “segmentation” — presents several problems. Unlike trial courts, which have no expertise relative to appellate courts when interpreting a statute, most tribunals are granted particular mandates, giving them specialized expertise in interpreting and applying their home statute to a particular set of facts.

[76] In *Dunsmuir*, while Bastarache and LeBel JJ. for the majority did not define “mixed fact and law” questions, they did discuss the issue of “separat[ing]” legal and factual issues at paras. 51-53:

Where the question is one of fact, discretion or policy, deference will usually apply automatically. We believe that *the same standard must apply to the review of questions where the legal and factual issues are intertwined with and cannot be readily separated.* [Emphasis added; citations omitted; para. 53.]

[77] This statement was recently affirmed by this Court in *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, [2010] 2 S.C.R. 650, at para. 65. In that decision, the Chief Justice held that the B.C. Utilities Commission’s conclusion that consultation with First Nations was not required for the approval of an Energy Purchase Agreement was a question of mixed fact and law (at para. 78). She declined to classify the Commission’s decision within the scheme of the *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, as a “constitutional question”

et des politiques à la fois complexes et interdépendants dont la Commission tient compte pour fixer un tarif. Or, les juges majoritaires dégagent deux questions de droit : la définition de « communiquer » et celle d’« au public » (voir également le pourvoi connexe *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, [2012] 2 R.C.S. 231).

[75] L’opération qui consiste à « dégager » une question de droit d’une question mixte de fait et de droit, propre à l’appel, a vu le jour dans l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235. Cependant, dans le contexte d’un contrôle judiciaire, cette opération (parfois appelée « fractionnement ») soulève plusieurs problèmes. Contrairement à la cour de justice qui n’est ni plus ni moins experte que la cour d’appel pour interpréter une loi, le tribunal administratif se voit confier dans la plupart des cas un mandat particulier, ce qui lui confère une expertise spécialisée pour interpréter sa loi constitutive et l’appliquer aux faits d’une espèce.

[76] Sans définir la question « mixte de fait et de droit », dans *Dunsmuir*, les juges Bastarache et LeBel, aux par. 51-53 de leurs motifs majoritaires, se penchent sur l’éventualité que les éléments qui la composent puissent être « dissociés » :

En présence d’une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, la retenue s’impose habituellement d’emblée. Nous sommes d’avis que *la même norme de contrôle doit s’appliquer lorsque le droit et les faits s’entrelacent et ne peuvent aisément être dissociés.* [Italiques ajoutés; références omises; par. 53.]

[77] La Cour a récemment confirmé cet avis dans l’arrêt *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 65. La Juge en chef voit une question mixte de fait et de droit dans la conclusion de la B.C. Utilities Commission selon laquelle l’approbation d’un contrat d’achat d’électricité n’était pas subordonnée à la consultation des Premières nations (par. 78). Elle se refuse à qualifier la décision de la Commission, suivant l’*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, ch. 45, soit de « question constitutionnelle » ou de droit, soit

or question of law on the one hand, or a finding of fact on the other. Instead, citing *Dunsmuir*, she held that the mixed question “falls between the legislated standards and thus attracts the common law standard of ‘reasonableness’” (para. 78).

[78] Moreover, this Court has repeatedly held that the application of multiple standards of review to different aspects of a tribunal’s decision — one for questions of law and one for questions of fact — should be avoided, urging instead that the tribunal’s decision be reviewed as a whole. As Iacobucci J. explained for the majority in *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157 (*CBC v. Canada*):

While the [Canada Labour Relations Board] may have to be *correct in an isolated interpretation of external legislation, the standard of review of the decision as a whole, if that decision is otherwise within its jurisdiction, will be one of patent unreasonableness*. Of course, the correctness of the interpretation of the external statute *may affect the overall reasonableness* of the decision. Whether this is the case will depend on the impact of the statutory provision on the outcome of the decision as a whole. [Emphasis added; para. 49.]

[79] And in *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, at para. 56, Iacobucci J. confirmed that what should be reviewed are the “reasons, taken as a whole” (see also *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, [2011] 3 S.C.R. 708, at para. 14).

[80] In other words, even if an aspect of the tribunal’s decision would otherwise attract a correctness standard, the decision “as a whole” should be reviewed on a deferential standard. As suggested by Iacobucci J. in *CBC v. Canada* (at para. 49 (emphasis added)), even when the tribunal incorrectly interprets an *external* statute, that would merely “*affect the overall reasonableness of the decision*”, as opposed to being a completely extricable error of law.

de conclusion de fait. Citant *Dunsmuir*, elle conclut plutôt au caractère mixte de la question, ce qui « appelle une norme se situant entre celles établies par la loi, à savoir la norme de la raisonabilité, issue de la common law » (par. 78).

[78] En outre, la Cour a maintes fois estimé qu’il valait mieux éviter d’appliquer des normes différentes aux questions de droit et aux questions de fait, préconisant plutôt le contrôle de la décision administrative dans son ensemble. Au nom des juges majoritaires dans *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157 (*SRC c. Canada*), le juge Iacobucci donne l’explication suivante :

Bien que le Conseil [canadien des relations du travail] puisse être soumis à la norme [*de la décision correcte*] dans l’interprétation isolée d’une loi autre que sa loi constitutive, la norme de contrôle applicable à l’ensemble de la décision, à supposer que celle-ci soit par ailleurs conforme à la compétence du Conseil, sera celle du caractère manifestement déraisonnable. Évidemment, la justesse de l’interprétation de la loi non constitutive *pourra influencer sur le caractère raisonnable global* de la décision, mais cela tiendra à l’effet de la disposition législative en question sur la décision dans son ensemble. [Italiques ajoutés; par. 49.]

[79] De plus, dans *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, le juge Iacobucci confirme au par. 56 que le contrôle doit porter sur « les motifs, considérés dans leur ensemble » (voir également *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 14).

[80] Autrement dit, même lorsqu’un aspect de la décision administrative est par ailleurs assujéti à la norme de la décision correcte, les motifs « dans leur ensemble » font l’objet d’un contrôle suivant la norme de la décision raisonnable. Comme le laisse entendre le juge Iacobucci dans l’arrêt *SRC c. Canada* (par. 49 (italiques ajoutés)), même l’interprétation erronée d’une *autre loi que la loi constitutive* a simplement pour effet d’« *influencer sur le caractère raisonnable global de la décision* » administrative, mais ne saurait constituer une erreur de droit entièrement dissociable.

[81] There are several other directives from this Court to the effect that the application of more than one standard of review to a tribunal's decision is an exceptional practice. In *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, LeBel J. warned:

This Court has recognized on a number of occasions that it may, in certain circumstances, be appropriate to apply different standards of deference to different decisions taken by an administrative adjudicator in a single case. This case provides an example of one type of situation where this may be the proper approach. It involves a fundamental legal question falling outside the arbitrator's area of expertise. This legal question, though foundational to the decision as a whole, is easily differentiated from a second question on which the arbitrator was entitled to deference: the determination of whether there was just cause

However, as I have noted above, the fact that the question adjudicated by the arbitrator in this case can be separated into two distinct issues, one of which is reviewable on a correctness standard, should not be taken to mean that this will often be the case. *Such cases are rare; the various strands that go into a decision are more likely to be inextricably intertwined, particularly in a complex field such as labour relations, such that the reviewing court should view the adjudicator's decision as an integrated whole.* [Emphasis added; citations omitted; paras. 75-76.]

[82] This view was endorsed in *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 650, where the majority said:

The Agency is responsible for interpreting its own legislation, including what that statutory responsibility includes. The Agency made a decision with *many component parts*, each of which fell squarely and inextricably within its expertise and mandate. It was therefore entitled to a *single, deferential standard of review.* [Emphasis added; para. 100.]

[83] And in *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 S.C.R. 772, the Trade-marks Opposition Board concluded that use of the name "Barbie's" for a small Montreal restaurant chain would not create confusion in the marketplace with the Mattel doll of the same name. On judicial review and at this

[81] Notre Cour a plusieurs fois indiqué que l'application de plus d'une norme de contrôle à une décision administrative demeurerait l'exception. Le juge LeBel fait la mise en garde suivante dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77 :

Notre Cour a reconnu à un certain nombre d'occasions que les différentes décisions d'un tribunal administratif dans une affaire donnée peuvent commander différents degrés de déférence, selon les circonstances. Ce pourrait être le cas dans la présente affaire où l'arbitre a statué sur une question de droit fondamentale échappant à son domaine d'expertise. Cette question de droit, malgré son caractère fondamental pour l'appréciation de la décision dans son ensemble, se distingue aisément d'une deuxième question pour laquelle la décision de l'arbitre appelait la déférence : Oliver a-t-il été congédié pour un motif valable?

Toutefois, je le répète, même si la question tranchée par l'arbitre en l'espèce peut se scinder en deux questions distinctes dont l'une peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire fondé sur la norme de la décision correcte, *cela n'arrive que rarement. Les divers éléments qui sous-tendent une décision ont plus de chance d'être inextricablement liés les uns aux autres, en particulier dans un domaine complexe comme celui des relations de travail, de sorte que la cour de justice chargée du contrôle doit considérer que la décision du tribunal forme un tout.* [Italiques ajoutés; références omises; par. 75-76.]

[82] Dans *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650, les juges majoritaires reprennent ce point de vue et s'expriment en ces termes :

L'Office est chargé d'interpréter ses propres dispositions législatives, y compris ce en quoi consiste cette responsabilité que lui confie la Loi. La décision qu'il a rendue comportait *plusieurs parties*, chacune d'elles relevant clairement et inextricablement de son domaine d'expertise et de son mandat. Elle commandait donc l'application d'une *seule norme de contrôle faisant appel à la déférence.* [Italiques ajoutés; par. 100.]

[83] Enfin, dans l'affaire *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 R.C.S. 772, la Commission des oppositions des marques de commerce avait estimé que la dénomination d'une petite chaîne de restauration montréalaise — « Barbie's » — ne créait pas de confusion sur le marché avec la poupée

Court, Mattel argued that the Board wrongly interpreted a provision of the *Trade-marks Act* defining “confusion”. Binnie J. for the majority refused to extricate a definitional legal question from the mixed question of whether the word “Barbie” created “confusion” in the marketplace. Concluding that the factual and legal issues were intertwined, he applied a deferential standard:

The determination of the likelihood of confusion requires an expertise that is possessed by the Board (which performs such assessments day in and day out) in greater measure than is typical of judges. This calls for some judicial deference to the Board’s determination

While the appellant frames its argument as a challenge to the correctness of the interpretation given to s. 6 . . . I think that in reality . . . its challenge is directed to the relative weight to be given to the s. 6(5) enumerated and unenumerated factors. *The legal issue is not neatly extricable from its factual context, but calls for an interpretation within the expertise of the Board.* [Emphasis added; paras. 36 and 39.]

[84] Binnie J., rightly in my view, was reluctant to extricate a pure question of statutory interpretation from the Board’s overall conclusion that the name “Barbie” did not create “confusion”. The case before us raises the identical issue of reviewing statutory interpretation.

[85] Prof. David Mullan, persuasively in my view, has also warned against segmentation. In his view, “[o]ver-willingness” to see a question as a “court” question rather than a “tribunal” question (i.e., jurisdictional questions, questions of law or statutory interpretation), “can lead to excessive and wrong-headed intervention” (p. 74):

In my view, it is quite inappropriate to place much, if any store in the context of a judicial review application

Barbie de Mattel. Lors du contrôle judiciaire et en appel devant notre Cour, Mattel a fait valoir que la Commission avait mal interprété la disposition de la *Loi sur les marques de commerce* qui définit la « confusion ». Au nom des juges majoritaires, le juge Binnie refuse de dissocier une question de droit de la question mixte de savoir si le mot « Barbie » est susceptible de créer de la « confusion » sur le marché. Concluant que faits et droit s’entrelacent, il applique une norme empreinte de déférence :

La détermination de la probabilité de confusion requiert une expertise que la Commission (qui procède quotidiennement à des évaluations de ce genre) possède dans une plus grande mesure que les juges en général. Il faut donc faire preuve d’une certaine retenue judiciaire à l’égard de la décision de la Commission . . .

Même si l’appelante formule son argument comme si elle contestait le bien-fondé de l’interprétation attribuée à l’art. 6 [. . .], j’estime qu’en réalité [. . .] sa contestation porte sur l’importance relative qu’il faut accorder aux facteurs énumérés au par. 6(5) et à ceux qui n’y figurent pas. *La question de droit ne peut être clairement isolée de son contexte factuel, mais commande une interprétation qui relève de l’expertise de la Commission.* [Italiques ajoutés; par. 36 et 39.]

[84] Le juge Binnie hésite — à juste titre selon moi — à dissocier une pure question d’interprétation législative de la conclusion globale de la Commission, à savoir que le mot « Barbie » ne crée pas de « confusion ». L’affaire dont nous sommes saisis appelle également le contrôle de l’interprétation d’une disposition.

[85] Le professeur David Mullan, qui met aussi en garde contre le fractionnement, et de façon persuasive selon moi, opine que [TRADUCTION] « [t]rop incliner » à considérer qu’une question ressortit à une cour de justice plutôt qu’à un tribunal administratif (c.-à-d. question de compétence, de droit ou d’interprétation législative) « risque de mener à des interventions excessives et aberrantes » (p. 74) :

[TRADUCTION] À mon avis, lors du contrôle judiciaire, il ne convient pas du tout d’accorder quelque

on the fact that the tribunal might be resolving a “pure question of law” which will have “precedential value”. To see that as an indicator of a need for correctness review would be *to undercut seriously the philosophy of deference that prevails in judicial review . . .*

To the extent that segmentation frequently involves the extraction of overarching legal principles, *it will have a tendency to promote correctness review or greater intervention.* [Emphasis added; pp. 77 and 79.]

[86] The Board was not tasked with definitively or even separately defining the terms “communicat[ion]” and “to the public” in its decision about whether s. 3(1)(f) applied to downloading music. It is not clear to me that Parliament intended this phrase to be defined categorically at all, as opposed to contextually depending on the facts of each case.

[87] Segmenting the definition of each word or phrase in a statutory provision into discrete questions of law is a re-introduction by another name — correctness — of the unduly interventionist approach championed by the jurisdictional and preliminary question jurisprudence, jurisprudence which this Court definitively banished in *ATA*. When that jurisprudence was in full flight, in *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756 (*Bell (1971)*), this Court held that the Ontario Human Rights Commission exceeded its jurisdiction when it defined the term “self-contained dwelling unit” within the *Ontario Human Rights Code, 1961-62*, S.O. 1961-62, c. 93, to include a boarding house. In *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, [2012] 1 S.C.R. 364, this Court overturned *Bell (1971)* on the basis that it represented an unduly interventionist approach on the part of the reviewing courts:

Early judicial intervention . . . allows for judicial imposition of a “correctness” standard with respect to legal

importance à la possibilité que le tribunal administratif tranche une « question de droit pure » et rende ainsi une décision qui aura « valeur de précédent ». Invoquer cette éventualité pour justifier l’application de la norme de la décision correcte *mine gravement l’esprit de déférence qui anime le contrôle judiciaire. . .*

Dans la mesure où le fractionnement consiste souvent à dégager les principes juridiques fondamentaux, *il favorise généralement le contrôle selon la norme de la décision correcte, et donc une intervention accrue.* [Italiques ajoutés; p. 77 et 79.]

[86] La Commission n’avait pas à se prononcer définitivement ni même séparément sur le sens des termes « communi[cation] » et « au public » pour décider si l’al. 3(1)f) s’applique au téléchargement de musique. Il n’appert pas, selon moi, que le législateur a voulu que cette expression soit définie dans l’absolu, plutôt que de manière contextuelle, au regard des faits de chaque espèce.

[87] Voir dans la définition de chaque mot ou expression figurant dans une disposition législative une question de droit distincte équivaut à ramener sous une autre appellation — celle de la décision correcte — l’interventionnisme indu qui caractérisait la doctrine de la condition préalable liée à la compétence, une doctrine avec laquelle la Cour a rompu définitivement dans *ATA*. Dans l’arrêt *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756 (*Bell (1971)*), qui date de l’époque où ce courant jurisprudentiel avait le vent dans les voiles, notre Cour a conclu que la Commission ontarienne des Droits de l’Homme avait outrepassé sa compétence en estimant que la partie d’un immeuble louée par son propriétaire pouvait constituer un [TRADUCTION] « logement indépendant » au sens de l’*Ontario Human Rights Code, 1961-62*, S.O. 1961-62, ch. 93. Or, dans l’arrêt *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, [2012] 1 R.C.S. 364, notre Cour écarte *Bell (1971)* au motif qu’il est l’expression d’un interventionnisme indu de la part des cours de justice :

Une intervention judiciaire hâtive [. . .] ouvre la porte à l’assujettissement à la norme de la « décision correcte »

questions that, had they been decided by the tribunal, might be entitled to deference . . . [para. 36]

[88] The Copyright Board's conclusion that a music download is a "communicat[ion] . . . to the public" was a decision entirely within its mandate and specialized expertise, involving a complex tapestry of technology, fact, and broadcast law and policy. Pulling a single legal thread from this textured piece and declaring it to be the determinative strand for deciding how the whole piece is to be assessed strikes me, with great respect, as an anomalous jurisprudential relapse.

Appeal allowed in part.

Solicitors for the appellants: Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitors for the intervener CMRRA-SODRAC Inc.: Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Solicitors for the intervener Cineplex Entertainment LP: Gilbert's, Toronto.

Solicitor for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: University of Ottawa, Ottawa.

Solicitors for the interveners Apple Canada Inc. and Apple Inc.: Goodmans, Toronto.

de questions de droit qui, si elles avaient été tranchées par le tribunal administratif, auraient pu commander la déférence judiciaire . . . [par. 36]

[88] La conclusion de la Commission du droit d'auteur selon laquelle télécharger une œuvre musicale équivaut à la « communiquer au public » ressortit tout à fait à son mandat et à son expertise spécialisée. Elle a pour toile de fond un enchevêtrement complexe de technologies, de faits, ainsi que de dispositions législatives et de politiques en matière de radiodiffusion. Prélever un seul fil de cette riche étoffe et en faire l'élément déterminant pour l'appréciation de la pièce dans son ensemble représente, à mon humble avis, un recul jurisprudentiel anormal.

Pourvoi accueilli en partie.

Procureurs des appelantes : Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.

Procureurs de l'intimée : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante CMRRA-SODRAC Inc. : Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Cineplex Divertissement LP : Gilbert's, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Université d'Ottawa, Ottawa.

Procureurs des intervenantes Apple Canada Inc. et Apple Inc. : Goodmans, Toronto.

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, Canadian Recording Industry Association and CMRRA-SODRAC Inc. *Appellants*

v.

Bell Canada, Apple Canada Inc., Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P., TELUS Communications Inc., Entertainment Software Association and Entertainment Software Association of Canada *Respondents*

and

Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, Canadian Association of University Teachers, Canadian Legal Information Institute and Computer & Communications Industry Association *Interveners*

INDEXED AS: SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA v. BELL CANADA

2012 SCC 36

File No.: 33800.

2011: December 6; 2012: July 12.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Intellectual property — Copyright — Infringement — Exception — Fair dealing — Online music service providers giving customers the ability to listen to free previews of musical works prior to purchase of musical works — Collective society seeking to collect royalties for use of previews — Whether the use of previews

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement et CMRRA-SODRAC Inc. *Appelantes*

c.

Bell Canada, Apple Canada Inc., Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P., Société TELUS Communications, Entertainment Software Association et Association canadienne du logiciel de divertissement *Intimées*

et

Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko, Association canadienne des professeures et des professeurs d'université, Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, Institut canadien d'information juridique et Computer & Communications Industry Association *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE c. BELL CANADA

2012 CSC 36

N^o du greffe : 33800.

2011 : 6 décembre; 2012 : 12 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Violation — Exception — Utilisation équitable — Services de musique en ligne offrant au consommateur, avant l'achat d'une œuvre musicale, la possibilité d'en écouter gratuitement un extrait — Société de gestion collective alléguant le droit de percevoir une redevance pour

constitutes “fair dealing” — *Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 29.*

S represents composers, authors and music publishers and administers their performing and communication rights. S filed proposed tariffs with the Copyright Board for the determination of royalties to be paid when musical works are communicated to the public over the Internet. The Board agreed that S was entitled to collect royalties for the downloading of musical works but not for previews, which consist of 30- to 90-second excerpts of musical works that can be listened to by consumers prior to purchasing the work. In the Board’s view, the use of previews was not an infringement of copyright since it was “fair dealing” for the purpose of research under s. 29 of the *Copyright Act*, and, accordingly, no royalties were required to be paid to S. The Federal Court of Appeal upheld the Board’s decision.

Held: The appeal should be dismissed.

Fair dealing allows users to engage in activities that might otherwise amount to copyright infringement. The purpose of the fair dealing analysis under the *Copyright Act* is to determine whether the proper balance has been achieved between protection of the exclusive rights of authors and copyright owners and access to their works by the public.

The test for fair dealing was articulated in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, and involves two steps. The first step is to determine whether the dealing is for the purpose of either “research” or “private study”, the two allowable purposes listed under s. 29 of the *Copyright Act*. The second step assesses whether the dealing is “fair”.

The first inquiry in this case is whether the previews are provided for the allowable purpose of “research” under the first step of the fair dealing test. The purpose of “research” should be analyzed from the perspective of the consumer as the ultimate user, not the online service provider. The Board properly considered the previews from the perspective of the consumer’s purpose, namely, conducting research to identify which music to purchase.

“Research” need not be for creative purposes only. Permitting only creative purposes to qualify as “research” would ignore the fact that one of the objectives of the *Copyright Act* is the dissemination of the works themselves. Limiting “research” to creative

l’écoute préalable d’un extrait — Cette écoute constitue-t-elle une « utilisation équitable »? — Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 29.

S représente les compositeurs, les auteurs et les éditeurs de musique et elle gère leurs droits d’exécution et de communication. Elle a demandé à la Commission du droit d’auteur de fixer les redevances exigibles lors de la communication au public d’œuvres musicales sur Internet. La Commission a convenu que S pouvait percevoir une redevance pour le téléchargement d’une œuvre musicale, mais pas pour l’écoute préalable d’un extrait de celle-ci, d’une durée de 30 à 90 secondes, avant que le consommateur ne décide d’acheter l’œuvre ou non. À son avis, l’écoute préalable ne viole pas le droit d’auteur, car elle peut être assimilée à l’« utilisation équitable » aux fins de recherche que permet l’art. 29 de la *Loi sur le droit d’auteur* et, partant, elle n’empêche pas le versement de redevances à S. La Cour d’appel fédérale a confirmé la décision de la Commission.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L’utilisation équitable permet certaines activités qui, sans cette exception, pourraient violer le droit d’auteur. L’analyse y afférente fondée sur la *Loi sur le droit d’auteur* vise à déterminer si un juste équilibre a été établi entre la protection des droits exclusifs des auteurs et des titulaires du droit d’auteur et l’accès du public à leurs œuvres.

Énoncé dans l’arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, le critère relatif à l’utilisation équitable comporte deux volets. Dans le cadre du premier, il s’agit de savoir si l’utilisation a pour but la « recherche » ou l’« étude privée », les deux seules fins expressément prévues à l’art. 29 de la *Loi sur le droit d’auteur*. Le second volet s’attache à déterminer si l’utilisation est « équitable ».

Suivant le premier volet du critère relatif à l’utilisation équitable, il faut d’abord se demander en l’espèce si les extraits sont offerts à la fin permise de « recherche ». Le bon angle d’analyse n’est alors pas celui du fournisseur de services en ligne, car il faut considérer la situation du point de vue du consommateur en tant qu’utilisateur ultime. La Commission a dûment considéré les extraits en fonction de la fin poursuivie par le consommateur, soit la recherche de pièces musicales à acquérir.

Une fin de « recherche » ne s’entend pas seulement d’une fin créative. Conclure en ce sens serait oublier que la diffusion des œuvres constitue l’un des objectifs de la *Loi sur le droit d’auteur*. Ce serait également contraire au sens ordinaire du mot « recherche » auquel

purposes would also run counter to the ordinary meaning of “research”, which includes many activities that do not require the establishment of new facts or conclusions. The fair dealing exception must not be interpreted restrictively and “research” must be given a large and liberal interpretation.

The inquiry then moves to the second step set out in *CCH*, namely, determining whether the use of previews was “fair”. The factors to be considered in determining whether a dealing is fair are the purpose, character, and amount of the dealing; the existence of any alternatives to the dealing; the nature of the work; and the effect of the dealing on the work.

The Board properly concluded that previews constituted fair dealing. The guiding perspective is that of the ultimate user or consumer. The service providers facilitate the research purposes of the consumers. There are reasonable safeguards in place to ensure that the previews are being used for this purpose.

With respect to the character of the dealing, users do not keep a permanent copy of the preview, since the file is streamed and automatically deleted from the user’s computer once the preview is heard. As a result, copies cannot be duplicated or further disseminated.

The “amount of the dealing” factor should not be assessed on the basis of the aggregate number of previews that are streamed by consumers. This factor should be assessed by looking at the proportion of the preview in relation to the whole work, not the aggregate amount of music heard through previews. Streaming a preview of several seconds is a modest amount when compared to the whole work.

Under the remaining factors, there are no alternatives to the dealing that as effectively demonstrate to a consumer what a musical work sounds like. Previews are therefore reasonably necessary to help consumers research what to purchase. Unless a potential customer can locate and identify the work he or she wants to buy, the work will not be disseminated. Short, low-quality previews do not compete with, or adversely affect, the downloading of the works themselves. Instead, their effect is to increase the sale and dissemination of copyrighted musical works.

The previews therefore constitute fair dealing under the *Copyright Act*.

on associe de nombreuses activités qui n'exigent pas l'établissement de faits nouveaux ou la formulation de conclusions nouvelles. Il ne faut pas interpréter restrictivement l'utilisation équitable, et le mot « recherche » doit être interprété de manière large et généreuse.

Au deuxième volet du critère de l'arrêt *CCH*, il faut déterminer si l'écoute préalable constitue une utilisation « équitable ». Les éléments à considérer sont alors le but, la nature et l'ampleur de l'utilisation; l'existence de solutions de rechange à l'utilisation; la nature de l'œuvre; et l'effet de l'utilisation sur l'œuvre.

La Commission a conclu avec raison que l'écoute préalable constituait une utilisation équitable. Le point de vue qu'il convient d'adopter est celui de l'utilisateur final, le consommateur. Le fournisseur de services facilite la recherche, la fin que poursuit le consommateur, et des mesures garantissent raisonnablement que l'écoute préalable a lieu à cette fin.

En ce qui a trait à la nature de l'utilisation, l'utilisateur n'obtient pas de copie permanente; le fichier transmis en continu est en effet supprimé automatiquement dans l'ordinateur de l'utilisateur une fois l'écoute terminée, ce qui exclut toute reproduction ou nouvelle diffusion.

Il ne faut pas apprécier l'élément « ampleur de l'utilisation » au regard du nombre total d'extraits écoutés par les consommateurs grâce à la transmission en continu. C'est à l'aune du rapport entre l'extrait et l'œuvre entière qu'il faut apprécier cet élément, et non en fonction de la quantité globale de musique écoutée grâce aux extraits. La transmission en continu d'un extrait de quelques secondes constitue une utilisation modeste par rapport à l'œuvre en entier.

En ce qui concerne les autres éléments, aucune solution de rechange à l'utilisation ne donne au consommateur une aussi bonne idée de la teneur de l'œuvre musicale. L'écoute préalable constitue donc un moyen raisonnablement nécessaire à la recherche par le consommateur de ce qu'il souhaite acquérir. Il n'y aura diffusion d'une œuvre que si un acquéreur éventuel peut la trouver puis décider de l'acheter. Étant donné leur courte durée et leur piètre qualité, les extraits ne font pas concurrence au téléchargement des œuvres elles-mêmes et ils n'ont pas d'effet préjudiciable sur elles. En fait, ils augmentent la vente et la diffusion d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur.

L'écoute préalable constitue donc une utilisation équitable pour l'application de la *Loi sur le droit d'auteur*.

Cases Cited

Referred to: *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467; *United States v. American Society of Composers, Authors and Publishers*, 599 F.Supp.2d 415 (2009); *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994); *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357; *Century 21 Canada Limited Partnership v. Rogers Communications Inc.*, 2011 BCSC 1196, 338 D.L.R. (4th) 32; *Hubbard v. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023; *Robertson v. Thomson Corp.*, 2006 SCC 43, [2006] 2 S.C.R. 363.

Statutes and Regulations Cited

17 U.S.C. § 107 (2006).
Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 29, 29.1, 29.2.

Authors Cited

Craig, Carys J. “Locke, Labour and Limiting the Author’s Right: A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law” (2002), 28 *Queen’s L.J.* 1.
 D’Agostino, Giuseppina. “Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada’s Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use” (2008), 53 *McGill L.J.* 309.
 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.
 Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Létourneau, Nadon and Pelletier J.J.A.), 2010 FCA 123, 403 N.R. 57, 320 D.L.R. (4th) 342, 83 C.P.R. (4th) 409, [2010] F.C.J. No. 570 (QL), 2010 CarswellNat 1333, affirming a decision of the Copyright Board, www.cb-cda.gc.ca/decisions/2007/20071018-m-e.pdf, (2007), 61 C.P.R. (4th) 353, [2007] C.B.D. No. 7 (QL), 2007 CarswellNat 3466. Appeal dismissed.

Henry Brown, Q.C., Gilles M. Daigle, Paul Surgeon and Matthew S. Estabrooks, for the

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; *United States c. American Society of Composers, Authors and Publishers*, 599 F.Supp.2d 415 (2009); *Campbell c. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994); *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357; *Century 21 Canada Limited Partnership c. Rogers Communications Inc.*, 2011 BCSC 1196, 338 D.L.R. (4th) 32; *Hubbard c. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023; *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, [2006] 2 R.C.S. 363.

Lois et règlements cités

17 U.S.C. § 107 (2006).
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 29, 29.1, 29.2.

Doctrine et autres documents cités

Craig, Carys J. « Locke, Labour and Limiting the Author’s Right : A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law » (2002), 28 *Queen’s L.J.* 1.
 D’Agostino, Giuseppina. « Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada’s Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use » (2008), 53 *R.D. McGill* 309.
 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.
 Vaver, David. *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2011.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Létourneau, Nadon et Pelletier), 2010 CAF 123, 403 N.R. 57, 320 D.L.R. (4th) 342, 83 C.P.R. (4th) 409, [2010] A.C.F. n° 570 (QL), 2010 CarswellNat 1334, qui a confirmé une décision de la Commission du droit d’auteur, www.cb-cda.gc.ca/decisions/2007/20071018-m-e.pdf, (2007), 61 C.P.R. (4th) 353, [2007] D.C.D.A. n° 7 (QL), 2007 CarswellNat 3467. Pourvoi rejeté.

Henry Brown, c.r., Gilles M. Daigle, Paul Surgeon et Matthew S. Estabrooks, pour

appellant the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada.

Glen A. Bloom, for the appellant the Canadian Recording Industry Association.

Casey M. Chisick, Timothy Pinos and Jason Beitchman, for the appellant CMRRA-SODRAC Inc.

Gerald L. Kerr-Wilson, Ariel A. Thomas and Julia Kennedy, for the respondents Bell Canada, Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P. and TELUS Communications Inc.

Michael Koch, for the respondent Apple Canada Inc.

No one appeared for the respondents the Entertainment Software Association and the Entertainment Software Association of Canada.

David Fewer and Jeremy de Beer, for the interveners the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Wendy Matheson, Andrew Bernstein and Alexandra Peterson, for the interveners the Canadian Association of University Teachers.

Ronald E. Dimock and Sangeetha Punniyamoorthy, for the interveners the Federation of Law Societies of Canada and the Canadian Legal Information Institute.

Andrea Rush, for the interveners the Computer & Communications Industry Association.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — The purchase of musical works is increasingly carried out over the Internet. Some commercial Internet sites that sell music allow consumers to preview musical works before making a purchase. The issue in this case is whether those

l'appelante la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique.

Glen A. Bloom, pour l'appelante l'Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement.

Casey M. Chisick, Timothy Pinos et Jason Beitchman, pour l'appelante CMRRA-SODRAC Inc.

Gerald L. Kerr-Wilson, Ariel A. Thomas et Julia Kennedy, pour les intimées Bell Canada, Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P. et Société TELUS Communications.

Michael Koch, pour l'intimée Apple Canada Inc.

Personne n'a comparu pour les intimées Entertainment Software Association et l'Association canadienne du logiciel de divertissement.

David Fewer et Jeremy de Beer, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

Wendy Matheson, Andrew Bernstein et Alexandra Peterson, pour l'intervenante l'Association canadienne des professeures et des professeurs d'université.

Ronald E. Dimock et Sangeetha Punniyamoorthy, pour les intervenants la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada et l'Institut canadien d'information juridique.

Andrea Rush, pour l'intervenante Computer & Communications Industry Association.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Les gens font de plus en plus l'acquisition d'œuvres musicales sur Internet. Certains sites commerciaux de vente en ligne leur permettent d'écouter un extrait d'une œuvre musicale avant de décider de se la procurer ou non. En

previews constitute “fair dealing” under s. 29 of the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42.

Background

[2] The Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) represents composers, authors and music publishers and administers their performing and communication rights. Its arguments before this Court were supported by the Canadian Recording Industry Association and CMRRA-SODRAC Inc.

[3] Bell Canada, Apple Canada Inc., Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P. and TELUS Communications Inc. operate online music services that sell downloads of digital files of musical works. These services provide catalogues of digital audio files that allow users to identify musical works by title, album, genre and artist. The service providers also give consumers the ability to listen to free “previews” of those works before deciding which work to purchase. SOCAN seeks compensation for the provision of those previews over and beyond what would normally be paid for a music download or a CD.

[4] A preview consists of an extract taken from the work, usually 30 to 90 seconds of a musical track. Users are able to select and listen to the preview through an online “stream”, meaning that a temporary copy of the excerpt is heard by the user in such a way that his or her computer does not store a permanent copy of the preview. The previews help users decide whether to purchase a permanent download of the work. Apple’s iTunes service, for example, allows consumers to listen to previews as many times as they want, whether or not they make a purchase or have registered with the online service provider.

[5] As noted in the companion appeal (*Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, [2012]

l’espèce, la question à trancher est celle de savoir si l’« utilisation équitable » visée à l’art. 29 de la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, peut s’entendre de cette écoute préalable.

Contexte

[2] La Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) représente les compositeurs, les auteurs et les éditeurs de musique et elle gère par ailleurs leurs droits d’exécution et de communication. La thèse qu’elle défend devant nous reçoit l’appui de l’Association de l’industrie canadienne de l’enregistrement et de CMRRA-SODRAC Inc.

[3] Bell Canada, Apple Canada Inc., Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P. et Société TELUS Communications exploitent des services de musique en ligne qui vendent le téléchargement de fichiers audionumériques. Leurs catalogues proposent des œuvres musicales classées par titre de piste ou d’album, genre ou artiste. Le consommateur peut, avant de décider d’acheter une œuvre ou non, en écouter gratuitement un extrait. La SOCAN demande qu’une somme soit exigible pour l’écoute d’un tel extrait en sus de ce qui est normalement versé pour l’obtention d’un téléchargement ou d’un disque compact.

[4] Généralement, l’extrait de la piste musicale dure de 30 à 90 secondes. L’utilisateur peut choisir la pièce et écouter l’extrait grâce à une transmission en continu, de sorte qu’il a accès à une copie temporaire qu’il ne peut conserver de manière permanente dans son ordinateur. L’écoute préalable guide l’utilisateur dans sa décision d’acheter ou non un téléchargement permanent de l’œuvre. Par exemple, grâce au service iTunes d’Apple, le consommateur peut écouter un extrait autant de fois qu’il le veut, sans obligation d’achat de sa part ni obligation d’être inscrit auprès du fournisseur en ligne.

[5] Comme il est précisé dans le pourvoi connexe (*Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs*

2 S.C.R. 283), SOCAN filed proposed tariffs targeting the years 1996 to 2006 with the Copyright Board of Canada in 1995 for the determination of royalties to be paid by users when musical works are communicated to the public over the Internet.

[6] In a decision released on October 18, 2007 (61 C.P.R. (4th) 353), the Board agreed that SOCAN was entitled to collect royalties for the downloading of musical works, but not for previews. In the Board's view, the use of previews was not an infringement of copyright since their use was "fair dealing" for the purpose of research under s. 29 of the *Copyright Act* based on the factors identified by McLachlin C.J. in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339. Because the previews were not an infringement of copyright, no royalties were required to be paid to SOCAN for their use.

[7] The Federal Court of Appeal upheld the Board's decision (2010 FCA 123, 403 N.R. 57). As would I.

Analysis

[8] In *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, this Court noted that copyright requires "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" (para. 30).

[9] *Théberge* reflected a move away from an earlier, author-centric view which focused on the exclusive right of authors and copyright owners to control how their works were used in the marketplace: see e.g. *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, at pp. 478-79. Under this former framework, any benefit the public might derive from the copyright system was only "a fortunate by-product of private entitlement": Carys J. Craig, "Locke, Labour and Limiting the Author's Right: A Warning against a

de musique, [2012] 2 R.C.S. 283), en 1995, la SOCAN a demandé à la Commission du droit d'auteur du Canada de fixer les redevances exigibles des utilisateurs pour les années 1996 à 2006 lors de la communication au public d'œuvres musicales sur Internet.

[6] Dans sa décision du 18 octobre 2007 (en ligne), la Commission a convenu que la SOCAN pouvait à bon droit percevoir des redevances pour le téléchargement d'œuvres musicales, mais pas pour l'écoute préalable. À son avis, l'écoute préalable ne violait pas le droit d'auteur, car elle pouvait être assimilée à l'« utilisation équitable » aux fins de recherche que permet l'art. 29 de la *Loi sur le droit d'auteur* compte tenu des éléments énoncés par la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339. L'écoute d'extraits ne constituant pas une violation du droit d'auteur, elle n'emportait pas le versement de redevances à la SOCAN.

[7] La Cour d'appel fédérale a confirmé la décision de la Commission (2010 CAF 123 (CanLII)), et j'abonde dans le même sens.

Analyse

[8] Dans l'arrêt *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, la Cour signale que l'application du droit d'auteur commande « 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 » (par. 30).

[9] Dans cet arrêt, la Cour rompt avec une conception jusque-là centrée sur l'auteur de l'œuvre ainsi que sur le droit exclusif de l'auteur et du titulaire du droit d'auteur de décider de l'usage qui peut être fait de l'œuvre sur le marché : voir p. ex. *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, p. 478-479. Pour les tenants de cette conception, tout avantage que pouvait tirer le public du régime de protection du droit d'auteur ne représentait qu'une [TRADUCTION] « conséquence heureuse mais

Lockean Approach to Copyright Law” (2002), 28 *Queen’s L.J.* 1, at pp. 14-15.

[10] *Théberge* focused attention instead on the importance copyright plays in promoting the public interest, and emphasized that the dissemination of artistic works is central to developing a robustly cultured and intellectual public domain. As noted by Professor David Vaver, both protection and access must be sensitively balanced in order to achieve this goal: *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2nd ed. 2011), at p. 60.

[11] *CCH* confirmed that users’ rights are an essential part of furthering the public interest objectives of the *Copyright Act*. One of the tools employed to achieve the proper balance between protection and access in the *Act* is the concept of fair dealing, which allows users to engage in some activities that might otherwise amount to copyright infringement. In order to maintain the proper balance between these interests, the fair dealing provision “must not be interpreted restrictively”: *CCH*, at para. 48.

[12] *CCH* sets out the test for fair dealing under s. 29 of the *Copyright Act*:

29. Fair dealing for the purpose of research or private study does not infringe copyright.

While not specifically in issue in the case before us, ss. 29.1 and 29.2 of the *Act* also permit “fair dealing” for the purposes of criticism, review or news reporting.

[13] The test for fair dealing articulated in *CCH* involves two steps. The first is to determine whether

fortuite de la reconnaissance d’un droit privé » : Carys J. Craig, « Locke, Labour and Limiting the Author’s Right : A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law » (2002), 28 *Queen’s L.J.* 1, p. 14-15.

[10] Dans l’arrêt *Théberge*, la Cour s’attache plutôt à l’importance du droit d’auteur lorsqu’il s’agit de promouvoir l’intérêt public et elle souligne que la diffusion des œuvres artistiques joue un rôle crucial dans l’établissement d’un domaine public vigoureux sur les plans culturel et intellectuel. Le professeur David Vaver fait observer que, à cette fin, un équilibre judicieux s’impose entre, d’une part, la protection des œuvres et, d’autre part, l’accès à ces dernières : *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks* (2^e éd. 2011), p. 60.

[11] L’arrêt *CCH* confirme que les droits des utilisateurs sont essentiels à la réalisation des objectifs de la *Loi* sur le droit d’auteur qui sont liés à l’intérêt public. L’exception au titre de l’utilisation équitable constitue l’un des moyens retenus par le législateur pour établir un juste équilibre entre protection et accès. Certaines activités qui, sans cette exception, pourraient violer le droit d’auteur, sont ainsi permises. Dès lors, pour maintenir un juste équilibre entre ces intérêts, « il ne faut pas [. . .] interpréter [l’exception] restrictivement » (*CCH*, par. 48).

[12] Dans *CCH*, la Cour énonce le critère permettant de déterminer si une utilisation est équitable pour l’application de l’exception prévue à l’art. 29 de la *Loi sur le droit d’auteur*, dont voici le libellé :

29. L’utilisation équitable d’une œuvre ou de tout autre objet du droit d’auteur aux fins d’étude privée ou de recherche ne constitue pas une violation du droit d’auteur.

Les articles 29.1 et 29.2 de la *Loi*, dont l’application n’est pas précisément en jeu en l’espèce, permettent également une « utilisation équitable » aux fins de critique, de compte rendu ou de communication de nouvelles.

[13] Le critère établi dans *CCH* relativement à l’utilisation équitable comporte deux volets.

the dealing is for the purpose of either “research” or “private study”, the two allowable purposes listed under s. 29. The second step assesses whether the dealing is “fair”. The onus is on the person invoking “fair dealing” to satisfy both aspects of the test under *CCH*.

[14] To assist in determining whether the dealing is “fair”, this Court set out the following six fairness factors for guidance: the purpose, character, and amount of the dealing; the existence of any alternatives to the dealing; the nature of the work; and the effect of the dealing on the work.

[15] The first inquiry in this case, therefore, is whether previews are provided for the allowable purpose of “research” under the first step of the *CCH* fair dealing test. While *CCH* did not define the word “research”, it notably concluded that “[r]esearch” must be given a large and liberal interpretation in order to ensure that users’ rights are not unduly constrained” (para. 51).

[16] The Board defined “previews” as

a marketing tool offered by online music services, among others. A preview is an excerpt (usually 30 seconds or less) of a sound recording that can be streamed so that consumers are allowed to “preview” the recording to help them decide whether to purchase a (usually permanent) download. [para. 18]

[17] Based on the evidence it heard about the purpose of previews and the way they were used by consumers, the Board concluded that previews were used “either to determine whether the track suits the user’s tastes or to verify that the track is the one the user wants to buy” (para. 101). Listening to previews helped users identify what music to purchase. Since planning the purchase of a download involved “searching [and] investigation”, the Board was of the view that previews amounted to “research” under s. 29 of the *Copyright Act* (para. 109).

[18] The Federal Court of Appeal endorsed the Board’s view that listening to previews was part

Premièrement, l’utilisation a-t-elle pour but l’« étude privée » ou la « recherche », les deux fins permises à l’art. 29? Deuxièmement, l’utilisation est-elle « équitable »? Il incombe à la personne qui invoque l’« utilisation équitable » de satisfaire aux deux volets.

[14] Selon la Cour, les six éléments suivants permettent de déterminer si une utilisation est « équitable » ou non : le but, la nature et l’ampleur de l’utilisation; l’existence de solutions de rechange à l’utilisation; la nature de l’œuvre; et l’effet de l’utilisation sur l’œuvre.

[15] En l’espèce, le premier volet du critère relatif à l’utilisation équitable que dégage la Cour dans *CCH* veut donc qu’on se demande d’abord si les extraits sont offerts à l’une des deux fins permises, la « recherche ». La Cour ne définit pas ce mot, mais elle conclut qu’« [i]l faut interpréter le mot “recherche” de manière large afin que les droits des utilisateurs ne soient pas indûment restreints » (par. 51).

[16] La Commission définit l’« écoute préalable » comme suit :

. . . un moyen de mise en marché utilisé entre autres par les fournisseurs de musique en ligne. Il implique la transmission sur demande d’un extrait (habituellement d’au plus 30 secondes) d’un enregistrement sonore afin de permettre à l’utilisateur de l’« essayer », de façon à décider d’acheter ou non un téléchargement (la plupart du temps permanent). [par. 18]

[17] Au vu de la preuve présentée concernant la fin poursuivie lors de l’écoute préalable et le recours à celle-ci par les consommateurs, la Commission conclut que l’écoute d’extraits sert à « établir si la piste convient [à leurs] goûts [. . .] ou à vérifier si c’est bien celle qu’il[s] souhaite[nt] acheter » (par. 101). L’écoute préalable aide l’utilisateur à déterminer quelle pièce musicale il se procurera. Puisque planifier l’achat d’un téléchargement requiert à la fois « recherche [et] effort pour trouver », elle estime que l’écoute préalable équivaut à une « recherche » pour l’application de l’art. 29 de la *Loi sur le droit d’auteur* (par. 109).

[18] La Cour d’appel fédérale adhère au point de vue de la Commission, à savoir que l’écoute

of planning the purchase of a download of a musical work and was therefore “for the purpose of research”, concluding:

... it would not be unreasonable to give the word “research” its primary and ordinary meaning. The consumer is searching for an object of copyright that he or she desires and is attempting to locate and wishes to ensure its authenticity and quality before obtaining it. ... “[L]istening to previews assists in this investigation”. [para. 20]

[19] SOCAN argued that the Board and the Federal Court of Appeal misinterpreted the term “research” in two ways. It argued first that their interpretation of “research” was overly broad. Its second argument was that the purpose of “research” should have been analysed from the perspective of the online service provider and not the consumer. From this perspective, the purpose of the previews was not “research”, but to sell permanent downloads of the musical works.

[20] SOCAN offers the definition of “research” as being “the systematic investigation into and study of materials and sources in order to establish facts and reach new conclusions” (A.F., at para. 96). Moreover, SOCAN argues, the goal of the “research” must be for the purpose of making creative works, since only uses that contribute to the creative process are in the public interest. As a result, previews do not amount to “research” since their primary purpose is not to foster creativity, but to enable users to purchase music online.

[21] It is true that an important goal of fair dealing is to allow users to employ copyrighted works in a way that helps them engage in their own acts of authorship and creativity: Abraham Drassinower, “Taking User Rights Seriously”, in Michael Geist, ed., *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law* (2005), 462, at pp. 467-72. But that does not argue for permitting only creative purposes to qualify as “research” under s. 29 of the *Copyright Act*. To do so would ignore the fact that the dissemination of works is also one of the *Act*’s

préalable intervient dans la planification de l’achat du téléchargement d’une œuvre musicale et, par conséquent, « aux fins [. . .] de recherche ». Elle arrive à la conclusion suivante :

... il n’est pas déraisonnable de donner au mot « recherche » son sens premier et usuel. Car le consommateur est à la recherche d’un objet du droit d’auteur qu’il désire et s’efforce de trouver et dont il veut s’assurer de [l’]authenticité et de [la] qualité avant de se le procurer. [. . .] « [L]’écoute préalable contribue à cet effort pour trouver ». [par. 20]

[19] Selon la SOCAN, la Commission et la Cour d’appel fédérale interprètent mal le mot « recherche », et ce, sous deux rapports. Premièrement, elles optent pour une interprétation trop large. Deuxièmement, l’objet de la « recherche » aurait dû être considéré du point de vue du fournisseur de services en ligne, et non du consommateur. En effet, dans l’optique du premier, le but de l’écoute préalable n’est pas la « recherche », mais bien la vente du téléchargement permanent de l’œuvre musicale.

[20] Pour la SOCAN, la « recherche » s’entend de [TRADUCTION] « l’enquête et l’étude systématiques de documents et de sources en vue d’établir des faits et de tirer des conclusions nouvelles » (m.a., par. 96). En outre, la « recherche » devrait avoir pour but la conception d’œuvres créatives, car seule l’utilisation qui contribue au processus de création est dans l’intérêt public. Par conséquent, l’écoute préalable, dont le but principal n’est pas de favoriser la créativité mais de permettre à l’utilisateur d’acheter de la musique en ligne, ne saurait être assimilée à la « recherche ».

[21] Certes, l’un des objets importants de l’utilisation équitable des œuvres protégées est de permettre à d’autres personnes d’accomplir elles-mêmes des actes d’expression et de création : Abraham Drassinower, « Taking User Rights Seriously », dans Michael Geist, dir., *In the Public Interest : The Future of Canadian Copyright Law* (2005), 462, p. 467-472. Pour autant, on ne saurait considérer que seule une fin créative constitue une fin de « recherche » pour l’application de l’art. 29 de la *Loi sur le droit d’auteur*, car ce serait oublier que la diffusion

purposes, which means that dissemination too, with or without creativity, is in the public interest. It would also ignore that “private study”, a concept that has no intrinsic relationship with creativity, was also expressly included as an allowable purpose in s. 29. Since “research” and “private study” both qualify as fair dealing purposes under s. 29, we should not interpret the term “research” more restrictively than “private study”.

[22] Limiting research to creative purposes would also run counter to the ordinary meaning of “research”, which can include many activities that do not demand the establishment of new facts or conclusions. It can be piecemeal, informal, exploratory, or confirmatory. It can in fact be undertaken for no purpose except personal interest. It is true that research can be for the purpose of reaching new conclusions, but this should be seen as only one, not the primary component of the definitional framework.

[23] In urging the Court to narrow the definition of “research” as requiring the creation of something new, SOCAN relied on American jurisprudence which looks to the requirement of a “transformative” purpose before the use is seen as fair. It cited as an example *United States v. American Society of Composers, Authors and Publishers*, 599 F.Supp.2d 415 (2009), where the New York District Court held that the use of music previews as a marketing tool to sell musical ringtones was not “transformative” in nature and therefore could not be fairly described as “criticism, comment, news reporting . . . or research” under the fair use provisions in Title 17, § 107 of the *U.S. Code*, at pp. 424-25.

[24] The American approach is called “fair use”. The U.S. Code provisions create an open set of purposes for fair use which include criticism,

des œuvres fait également partie des objets de la *Loi*; dès lors, la diffusion — avec ou sans créativité — est aussi dans l’intérêt public. Opter pour une telle interprétation restrictive serait également oublier que l’« étude privée » — une notion sans lien intrinsèque avec la créativité — constitue aussi une fin expressément permise à l’art. 29. La « recherche » et l’« étude privée » constituant deux fins de l’utilisation équitable permise par cette disposition, il ne convient pas d’interpréter la première plus étroitement que la seconde.

[22] Rendre la « recherche » tributaire de la poursuite d’une fin créative serait également contraire à son sens ordinaire, car on peut y associer nombre d’activités qui ne consistent pas nécessairement à établir des faits nouveaux ou à tirer des conclusions nouvelles. La recherche peut être fragmentaire, informelle, exploratoire ou confirmative. Elle peut même être entreprise pour aucun autre motif que l’intérêt personnel. La recherche peut assurément avoir pour but d’arriver à des conclusions nouvelles, mais ce n’est qu’un de ses composants définitionnels, non le principal.

[23] À l’appui de sa prétention selon laquelle le mot « recherche » doit être interprété étroitement de façon à n’englober que la création d’un objet nouveau, la SOCAN invoque la jurisprudence américaine qui ne conclut au caractère équitable d’une utilisation que si celle-ci a une fin « transformative ». Elle cite à titre d’exemple la décision *United States v. American Society of Composers, Authors and Publishers*, 599 F.Supp. 2d 415 (2009), dans laquelle la Cour de district de New York conclut que l’écoute préalable qui sert de moyen de mise en marché en vue de la vente de sonneries musicales pour téléphones portables n’est pas de nature [TRADUCTION] « transformative » et ne saurait donc être assimilée à une forme « de critique, de commentaire, de reportage, [. . .] ou de recherche » pour les besoins des dispositions du titre 17 relatives à l’utilisation équitable (§ 107, *U.S. Code*, p. 424-425).

[24] Aux États-Unis, les dispositions relatives à l’utilisation équitable permettent des fins dont l’énumération n’est pas exhaustive; mentionnons la

comment, news reporting, teaching, scholarship, or research: 17 U.S.C. § 107. The analysis proceeds straight to the assessment of fairness, an assessment based on factors enumerated in the Code or established by the case law. Although one of those fairness factors includes whether the use is transformative, it is not at all clear that a transformative use is “absolutely necessary” for a finding of fair use: *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994), at p. 579.

[25] But even if it were a requirement under American law, this Court has previously cautioned against the automatic portability of American copyright concepts into the Canadian arena, given the “fundamental differences” in the respective legislative schemes: *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357, at p. 367. This caution has resonance in the fair dealing context.

[26] Unlike the American approach of proceeding straight to the fairness assessment, we do not engage in the fairness analysis in Canada until we are satisfied that the dealing is for one of the allowable purposes enumerated in the *Copyright Act*. Under the test set out in *CCH*, “fairness” is not considered until the second step of the test for fair dealing: see *CCH*, at para. 51; see also Giuseppina D’Agostino, “Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada’s Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use” (2008), 53 *McGill L.J.* 309, and *Century 21 Canada Limited Partnership v. Rogers Communications Inc.*, 2011 BCSC 1196, 338 D.L.R. (4th) 32, at para. 234.

[27] In mandating a generous interpretation of the fair dealing purposes, including “research”, the Court in *CCH* created a relatively low threshold for the first step so that the analytical heavy-hitting is done in determining whether the dealing was fair. SOCAN’s submission that “research”

critique, le commentaire, la communication de nouvelles, l’enseignement, les travaux d’érudition et la recherche : 17 U.S.C. § 107. On s’y livre d’emblée à la détermination du caractère équitable ou non de l’utilisation au regard des éléments établis par le législateur ou issus de la jurisprudence. Même si l’un de ces éléments correspond à la nature transformative ou non de l’utilisation, il n’est pas du tout certain que cette nature transformative soit [TRADUCTION] « absolument nécessaire » pour que l’on puisse conclure au caractère équitable de l’utilisation : *Campbell c. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994), p. 579.

[25] Or, même s’il s’agissait d’une exigence en droit américain, notre Cour a déjà mis en garde contre l’importation automatique, dans l’arène canadienne, de la jurisprudence fondée sur la conception américaine du droit d’auteur, car nos lois respectives sont « fondamentalement différentes » : *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357, p. 367. La mise en garde trouve écho dans le contexte de l’utilisation équitable.

[26] Contrairement aux tribunaux américains qui passent directement à l’appréciation du caractère équitable, les tribunaux canadiens déterminent d’abord s’il y a utilisation à l’une des fins permises dans la *Loi sur le droit d’auteur* avant de se pencher sur le caractère équitable. Suivant les paramètres établis dans l’arrêt *CCH*, l’examen du caractère « équitable » correspond au second volet du critère applicable pour déterminer s’il y a utilisation équitable : voir *CCH*, par. 51; voir également Giuseppina D’Agostino, « Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada’s Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use » (2008), 53 *McGill L.J.* 309, et *Century 21 Canada Limited Partnership c. Rogers Communications Inc.*, 2011 BCSC 1196, 338 D.L.R. (4th) 32, par. 234.

[27] Dans *CCH*, en prescrivant une interprétation généreuse des fins auxquelles il peut y avoir utilisation équitable, dont la « recherche », la Cour applique un critère relativement peu strict au premier volet, de sorte que le grand branle-bas analytique n’intervient qu’au second volet, celui de la

be restricted to the creation of new works would conflate the allowable purpose with the fairness analysis and unduly raise the bar for entering that analysis. Moreover, its restricted definitional scope of “research” contradicts not only the Court’s admonition in *CCH* that “[i]n order to maintain the proper balance between the rights of a copyright owner and users’ interests, [the fair dealing exception] must not be interpreted restrictively” (para. 48), but also its direction that the term “research” be given a “large and liberal interpretation” so that in maintaining that balance, users’ rights are not unduly constrained (paras. 48 and 51).

[28] SOCAN’s proposed definition of “research” as requiring “systematic investigation” and “new conclusions” is also at odds with its second submission about “research”, namely, that “research” be analysed from the perspective of the purpose of the online service providers, and not that of the users. But its own proposed definition shows that it sees research as a user-focused undertaking, since the investigation and creation of new conclusions are clearly done *by* a user, not a provider. The provider’s purpose in making the works available is therefore not the relevant perspective at the first stage of the fair dealing analysis.

[29] This is consistent with the Court’s approach in *CCH*, where it described fair dealing as a “user’s right” (para. 48). In *CCH*, the Great Library was the provider, offering a photocopying service to lawyers requesting copies of legal materials. The Court did not focus its inquiry on the library’s perspective, but on that of the ultimate user, the lawyers, whose purpose was legal research (para. 64).

[30] Similarly, in considering whether previews are for the purpose of “research” under the first step

détermination du caractère équitable. Prétendre comme le fait la SOCAN que la « recherche » ne s’entend que de la création d’œuvres nouvelles équivaut à confondre la notion de fin permise et l’analyse du caractère équitable et à resserrer indûment le passage menant à celle-ci. En outre, sa conception étroite de la « recherche » ne tient compte ni de la mise en garde de la Cour dans *CCH*, à savoir que « [p]our maintenir un juste équilibre entre les droits des titulaires du droit d’auteur et les intérêts des utilisateurs, il ne faut pas [. . .] interpréter restrictivement [l’utilisation équitable] » (par. 48), ni de son exhortation à interpréter le mot « recherche [. . .] de manière large » afin d’éviter que, dans l’établissement de cet équilibre, les droits des utilisateurs soient indûment restreints (par. 48 et 51).

[28] En outre, lorsqu’elle définit la « recherche » comme comportant nécessairement une [TRADUCTION] « enquête systématique » et des « conclusions nouvelles », la SOCAN contredit sa deuxième prétention concernant l’interprétation du mot « recherche », à savoir que c’est la fin poursuivie par le fournisseur de services en ligne, et non par le consommateur, qui doit être considérée. En effet, la définition qu’elle propose montre qu’elle conçoit la recherche comme une entreprise de l’utilisateur, puisque, de toute évidence, c’est *lui*, et non le fournisseur, qui fait l’enquête et tire les conclusions nouvelles. À la première étape de l’analyse relative au caractère équitable de l’utilisation, le bon angle n’est donc pas celui du fournisseur et de la fin qu’il poursuit lorsqu’il met les œuvres à disposition.

[29] Cette conclusion est dans le droit fil de l’arrêt *CCH*, où la Cour voit dans l’utilisation équitable un « droit des utilisateurs » (par. 48). Dans cette affaire, le fournisseur — la Grande bibliothèque — offrait un service de photocopie aux avocats désireux d’obtenir copie de documents juridiques. La Cour analyse la situation du point de vue non pas de la bibliothèque mais de l’utilisateur, l’avocat, dont la fin poursuivie est la recherche juridique (par. 64).

[30] De même, afin de déterminer si, pour les besoins du premier volet du critère de l’arrêt

of *CCH*, the Board properly considered them from the perspective of the user or consumer's purpose. And from that perspective, consumers used the previews for the purpose of conducting research to identify which music to purchase, purchases which trigger dissemination of musical works and compensation for their creators, both of which are outcomes the *Act* seeks to encourage.

[31] The inquiry then moves to the second step, namely, determining whether the use of previews was "fair" in accordance with the *CCH* factors.

[32] Whether something is "fair" is a question of fact and depends on the facts of each case: *CCH*, at para. 52, citing *Hubbard v. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023 (C.A.), at p. 1027. Based on all the factors, the Board concluded, properly in my view, that previews amounted to fair dealing.

[33] The first factor identified in *CCH* is the purpose of the dealing, where an objective assessment is made of the "real purpose or motive" behind using the copyrighted work (para. 54).

[34] SOCAN argued that the purpose of the previews in this case was purely commercial. This is an approach that looks at the purpose of the previews from the perspective not of the consumer, but of the service providers. I agree instead with the Board and the Federal Court of Appeal that the predominant perspective in this case is that of the ultimate users of the previews, and *their* purpose in using previews was to help them research and identify musical works for online purchase. While the service providers sell musical downloads, the purpose of providing *previews* is primarily to facilitate the research purposes of the consumers.

[35] The Board also noted that there were reasonable safeguards in place to ensure that the users' dealing in previews was in fact being used for this purpose: the previews were streamed, short, and often

CCH, la fin qui sous-tend l'écoute préalable est la « recherche », la Commission tient compte avec raison du point de vue de l'utilisateur ou de la fin que poursuit le consommateur. Sous cet angle, l'écoute préalable permet au consommateur d'effectuer une recherche pour choisir les pièces dont il fera l'achat, ce qui entraîne la diffusion des œuvres musicales et la rétribution de leurs créateurs, deux résultats voulus par le législateur.

[31] Vient ensuite le deuxième volet, où il faut déterminer si, au regard des éléments dégagés dans l'arrêt *CCH*, l'écoute préalable constitue une utilisation « équitable ».

[32] Le caractère « équitable » est une question de fait qui doit être tranchée à partir des circonstances de l'espèce : *CCH*, par. 52, citant *Hubbard c. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023 (C.A.), p. 1027. À la lumière de tous les éléments à considérer, la Commission conclut, avec raison selon moi, que l'écoute préalable constitue une utilisation équitable.

[33] Le premier élément énoncé dans *CCH* est le but de l'utilisation. Il s'agit alors de déterminer objectivement le « but ou le motif réel » de l'utilisation de l'œuvre protégée (par. 54).

[34] La SOCAN fait valoir que, dans le cas qui nous occupe, l'écoute préalable a un but strictement commercial. Elle considère le but de l'écoute préalable du point de vue non pas du consommateur, mais du fournisseur de services. Je conviens plutôt avec la Commission et la Cour d'appel fédérale que l'angle d'analyse prédominant est en l'espèce celui de l'utilisateur et que la fin poursuivie par *ce dernier* lors de l'écoute préalable est la recherche d'œuvres musicales en vue d'en faire l'achat en ligne. Bien qu'il vende le téléchargement d'œuvres musicales, le fournisseur de services offre l'écoute *préalable* essentiellement pour faciliter la poursuite des fins de recherche du consommateur.

[35] La Commission relève également que des mesures garantissent raisonnablement que l'écoute préalable aura lieu à cette fin : les extraits sont courts, en continu et de qualité souvent

of lesser quality than the musical work itself. These safeguards prevented the previews from replacing the work while still fulfilling a research function.

[36] SOCAN also argued that even from the perspective of the consumers, the purpose of the previews was purely commercial, since their purpose was the potential purchase of musical works. Ultimately, however, the Board's approach is consistent with *CCH*'s observation that while research done for commercial reasons may be less fair than research done for non-commercial purposes (para. 54), the dealing may nonetheless be fair if there are "reasonable safeguards" in place to ensure that the works are actually being used for research (para. 66).

[37] The second factor discussed in *CCH* is the character of the dealing. The Court stated that a particular dealing might be unfair if multiple copies of works are being widely distributed (para. 55). But as the Court also pointed out, if a single copy of a work is used for a specific legitimate purpose, or if the copy no longer existed after it was used, this would favour a finding of fairness (para. 55).

[38] SOCAN's argument was based on the fact that consumers accessed, on average, 10 times the number of previews as full-length musical works. However, no copy existed after the preview was heard. The previews were streamed, not downloaded. Users did not get a permanent copy, and once the preview was heard, the file was automatically deleted from the user's computer. The fact that each file was automatically deleted meant that copies could not be duplicated or further disseminated by users.

[39] The third factor identified in *CCH* is the amount — or quantity — of the dealing. The Board characterized the "amount" of the dealing in terms of the length of each preview compared to the length of the work, concluding that streaming a preview of about 30 seconds was a modest dealing "when compared to purchasing the whole work

inférieure à celle de l'œuvre musicale. Ces caractéristiques empêchent la substitution des extraits aux œuvres, mais permettent néanmoins la recherche.

[36] La SOCAN fait par ailleurs valoir que même du point de vue du consommateur, la fin qu'il poursuit lors de l'écoute préalable est purement commerciale, car il s'agit de l'achat éventuel d'œuvres musicales. Or, tout compte fait, la démarche de la Commission respecte la remarque de la Cour dans *CCH*, à savoir que même si la recherche effectuée pour un motif commercial peut être moins équitable que celle effectuée à une fin non commerciale (par. 54), l'utilisation peut tout de même être équitable si on « garantit raisonnablement » que les œuvres sont effectivement utilisées aux fins de recherche (par. 66).

[37] Le deuxième élément à considérer selon l'arrêt *CCH* est la nature de l'utilisation. Pour la Cour, une utilisation peut être inéquitable lorsque de multiples copies d'une œuvre sont diffusées largement (par. 55). En outre, le fait qu'une seule copie sert à une fin légitime en particulier ou que la copie cesse d'exister après son usage milite en faveur du caractère équitable de l'utilisation (par. 55).

[38] La prétention de la SOCAN repose sur le constat que le consommateur accède en moyenne dix fois plus souvent à l'extrait d'une œuvre musicale qu'à sa version intégrale. Par contre, il ne reste pas de copie de l'extrait après l'écoute préalable. Les extraits sont transmis en continu; ils ne sont pas téléchargés. L'utilisateur n'obtient pas de copie permanente, et une fois l'écoute terminée, le fichier est supprimé automatiquement dans l'ordinateur, ce qui rend impossible toute reproduction ou nouvelle diffusion par l'utilisateur.

[39] Le troisième élément énoncé dans *CCH* correspond à l'ampleur de l'utilisation sur le plan quantitatif. La Commission, pour qui l'« ampleur » correspond à la durée de l'extrait par rapport à celle de l'œuvre en entier, conclut que l'écoute préalable d'un extrait d'une trentaine de secondes constitue une utilisation modeste « par rapport à l'achat de

[approximately four minutes] for repeated listening” (para. 113).

[40] SOCAN argued, however, that the proportion of the preview in relation to the length of the whole musical work was not the proper measure, and that the Board should have considered instead the *aggregate* number of previews that are streamed by consumers. Since the evidence showed that each user, on average, listened to 10 previews before purchasing a musical work for download, the overall amount of time spent listening to previews was so large that the dealing was unfair. SOCAN saw this factor as determinative in this case.

[41] There is no doubt that the aggregate quantity of music heard through previews is significant, but SOCAN’s argument conflicts with the Court’s statement in *CCH* that “amount” means the “quantity of the work taken” (para. 56). Since fair dealing is a “user’s” right, the “amount of the dealing” factor should be assessed based on the individual use, not the amount of the dealing in the aggregate. The appropriate measure under this factor is therefore, as the Board noted, the proportion of the excerpt used in relation to the whole work. That, it seems to me, is consistent with the Court’s approach in *CCH*, where it considered the Great Library’s dealings by looking at its practices as they related to specific works requested by individual patrons, not at the total number of patrons or pages requested. The “amount of the dealing” factor should therefore be assessed by looking at how each dealing occurs on an individual level, not on the aggregate use.

[42] Moreover, the quantification of the aggregate dissemination is already considered under the “character of the dealing” factor, which examines whether multiple copies of works are being widely distributed. Reconsidering the same “aggregate” quantity under the “amount” factor would deprive that factor of any utility in the analysis, and would erase consideration of the proportion of the excerpt to the entire work.

l’œuvre au complet [d’une durée approximative de quatre minutes] pour écoute répétée » (par. 113).

[40] La SOCAN écarte toutefois cette appréciation et fait valoir que la Commission doit plutôt tenir compte du nombre *global* d’extraits écoutés par les consommateurs au moyen de la transmission en continu. Comme la preuve révèle qu’un utilisateur écoute en moyenne 10 extraits d’une œuvre musicale avant de la télécharger contre paiement, le temps consacré globalement à l’écoute préalable est si considérable qu’il rend l’utilisation inéquitable. Il s’agit pour la SOCAN d’un élément déterminant en l’espèce.

[41] S’il ne fait aucun doute que l’écoute préalable donne globalement accès à une grande quantité de musique, l’argument de la SOCAN va toutefois à l’encontre de ce que dit la Cour dans *CCH*, à savoir que l’« ampleur » de l’utilisation s’entend de « l’ampleur [d’ordre quantitatif] de l’extrait tiré de l’œuvre » (par. 56). Puisque le droit d’utilisation équitable correspond à un droit des utilisateurs, il faut déterminer « l’ampleur » en fonction de l’utilisation individuelle, et non globale. C’est donc à l’aune du rapport entre l’extrait et l’œuvre entière, comme le préconise la Commission, qu’il faut déterminer l’ampleur de l’utilisation. Une telle conclusion me paraît conforme à la démarche de la Cour dans *CCH*, où elle qualifie l’utilisation des œuvres en se penchant sur les suites données par la Grande bibliothèque aux demandes individuelles formulées par des usagers relativement à des œuvres précises, et non sur le nombre total d’usagers ou le nombre total de pages demandées. Il faut donc apprécier l’élément de l’« ampleur de l’utilisation » au regard de chacune des utilisations individuelles plutôt que de l’ensemble des utilisations.

[42] Qui plus est, l’aspect quantitatif de la diffusion globale est déjà pris en compte en fonction de la « nature de l’utilisation », l’élément qui appelle à se demander si de multiples copies de l’œuvre sont largement distribuées. Revenir sur la même quantification « globale » en liaison avec l’élément de l’« ampleur » rend ce dernier inutile aux fins de l’analyse et soustrait à l’examen le rapport entre l’extrait et l’œuvre entière.

[43] Further, given the ease and magnitude with which digital works are disseminated over the Internet, focusing on the “aggregate” amount of the dealing in cases involving digital works could well lead to disproportionate findings of unfairness when compared with non-digital works. If, as SOCAN urges, large-scale organized dealings are inherently unfair, most of what online service providers do with musical works would be treated as copyright infringement. This, it seems to me, potentially undermines the goal of technological neutrality, which seeks to have the *Copyright Act* applied in a way that operates consistently, regardless of the form of media involved, or its technological sophistication: *Robertson v. Thomson Corp.*, [2006] 2 S.C.R. 363, at para. 49.

[44] The fourth factor identified in *CCH* involves considering any alternatives to the dealing. A dealing may be less fair if there is a non-copyrighted equivalent of the work that could have been used, or if the dealing was not reasonably necessary to achieve the ultimate purpose (para. 57).

[45] SOCAN argued that there were other methods available, like advertising, to help users identify potential music for purchase. Many of the service providers, for example, offered album artwork, textual descriptions, and user-generated album reviews. In addition, some service providers offered return policies in the event that users accidentally downloaded the wrong musical work.

[46] But allowing returns is an expensive, technologically complicated, and market-inhibiting alternative for helping consumers identify the right music. And none of the other suggested alternatives can demonstrate to a consumer what reviews can, namely, what a musical work *sounds* like. The Board found that “[l]istening to a preview probably is the most practical, most economical and safest way for users to ensure that they purchase what they wish” (para. 114). As a result, it concluded that

[43] En outre, vu la facilité avec laquelle une œuvre numérisée peut être diffusée à grande échelle sur Internet, s’attacher à l’utilisation « globale » risque de mener à une conclusion d’utilisation inéquitable beaucoup plus souvent pour les œuvres qui sont numérisées que pour celles qui ne le sont pas. Si, comme le soutient la SOCAN, l’utilisation organisée et à grande échelle est intrinsèquement inéquitable, la quasi-totalité des activités des fournisseurs de musique en ligne qui sont liées aux œuvres musicales emporte la violation du droit d’auteur. Je crains que sa thèse n’aille à l’encontre de l’objectif de la neutralité technologique, c’est-à-dire l’application uniforme de la *Loi sur le droit d’auteur* peu importe le support ou son degré d’avancement technologique : *Robertson c. Thomson Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 363, par. 49.

[44] En ce qui concerne le quatrième élément dans *CCH*, la Cour invite à examiner toute solution de rechange à l’utilisation. Le fait qu’un équivalent non protégé aurait pu servir ou que l’utilisation de l’œuvre n’était pas raisonnablement nécessaire eu égard à la fin visée pourrait militer contre le caractère équitable de l’utilisation (par. 57).

[45] La SOCAN prétend qu’il existe d’autres méthodes (telle la publicité) grâce auxquelles les consommateurs peuvent choisir la musique qu’ils veulent se procurer. Par exemple, le site de nombre de fournisseurs de services renferme une reproduction de la pochette, un texte descriptif et les critiques d’autres utilisateurs. Certains fournisseurs de services permettent également l’échange lorsqu’un utilisateur télécharge par mégarde une autre œuvre musicale que celle qu’il voulait.

[46] Or, lorsqu’il s’agit d’aider le consommateur à trouver des pièces musicales qui lui plaisent, l’échange constitue une solution coûteuse, complexe sur le plan technologique et défavorable à l’essor du secteur d’activité en cause. Qui plus est, aucune des solutions de rechange proposées ne permet au consommateur, comme seule le fait l’écoute préalable, d’entendre l’œuvre musicale, du moins en partie. La Commission estime que « [l]’écoute préalable d’un extrait est

short, low-quality streamed previews are reasonably necessary to help consumers research what to purchase. I agree.

[47] The fifth factor is the nature of the work, which examines whether the work is one which should be widely disseminated. SOCAN does not dispute the desirability of the sale and dissemination of musical works, but argues that since these works are easily purchased and disseminated without the use of previews, previews are of no additional benefit to promoting further dissemination. But the fact that a musical work is widely available does not necessarily correlate to whether it is widely disseminated. Unless a potential consumer can locate and identify a work he or she wants to buy, the work will not be disseminated.

[48] This observation is linked to the final factor: the effect of the dealing on the work and whether the dealing adversely affects or competes with the work. Because of their short duration and degraded quality, it can hardly be said that previews are in competition with downloads of the work itself. And since the effect of previews is to *increase* the sale and therefore the dissemination of copyrighted musical works thereby generating remuneration to their creators, it cannot be said that they have a negative impact on the work.

[49] All of this confirms the Board's conclusion that previews satisfy the requirements of fair dealing and that the online service providers do not infringe copyright. In so concluding, the Board properly balanced the purposes of the *Act* by encouraging the creation and dissemination of works while at the same time ensuring that creators are fairly rewarded. Its approach was consistent with *CCH*, with the interpretative principles it set out, and with its test for fair dealing under s. 29

vraisemblablement la façon la plus pratique, la plus économique et la plus sûre pour les [utilisateurs] de s'assurer d'obtenir ce qu'ils veulent » (par. 114). Elle arrive donc à la conclusion que l'écoute préalable de courts extraits de piètre qualité, transmis en continu, constitue un moyen raisonnablement nécessaire à la recherche par le consommateur de ce qu'il souhaite acquérir. Je suis du même avis.

[47] La nature de l'œuvre — le cinquième élément — appelle à se demander si l'œuvre est de celles qui devraient être largement diffusées. La SOCAN ne nie pas que la vente et la diffusion des œuvres musicales sont souhaitables, mais selon elle, puisque ces œuvres peuvent facilement être acquises et diffusées sans l'écoute préalable, celle-ci ne confère pas d'avantage supplémentaire pour l'optimisation de la diffusion. Or, un grand accès à une œuvre musicale ne coïncide pas nécessairement avec sa diffusion à grande échelle. Il n'y aura diffusion d'une œuvre que si un acquéreur éventuel peut la trouver et décider de l'acheter.

[48] L'observation qui précède est liée au dernier élément : l'effet de l'utilisation sur l'œuvre et, notamment, le risque que l'utilisation nuise à l'œuvre ou y fasse concurrence. Étant donné la courte durée des extraits et leur piètre qualité, on peut difficilement leur reprocher de faire concurrence au téléchargement de l'œuvre complète. Et comme l'écoute préalable a pour effet d'*augmenter* les ventes d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur — et donc leur diffusion —, ce qui entraîne la rémunération de leurs créateurs, on ne saurait lui attribuer d'incidence négative sur les œuvres.

[49] Toutes ces considérations confirment la conclusion de la Commission selon laquelle l'écoute préalable remplit les conditions de l'utilisation équitable et les fournisseurs de services en ligne ne violent pas le droit d'auteur. Pour arriver à cette conclusion, la Commission établit un juste équilibre entre les objets de la *Loi* en encourageant la création et la diffusion des œuvres, d'une part, et en veillant à la juste rétribution des créateurs, d'autre part. Elle respecte les paramètres établis

of the *Copyright Act*. The conclusion, as a result, should not be disturbed.

[50] I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitors for the appellant the Canadian Recording Industry Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa.

Solicitors for the appellant CMRRA-SODRAC Inc.: Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Solicitors for the respondents Bell Canada, Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P. and TELUS Communications Inc.: Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.

Solicitors for the respondent Apple Canada Inc.: Goodmans, Toronto.

Solicitor for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: University of Ottawa, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of University Teachers: Torys, Toronto.

Solicitors for the interveners the Federation of Law Societies of Canada and the Canadian Legal Information Institute: Dimock Stratton, Toronto.

Solicitors for the intervener the Computer & Communications Industry Association: Heenan Blaikie, Toronto.

par la Cour dans *CCH*, les principes d'interprétation qui y sont énoncés et le critère qui y est formulé pour déterminer qu'une utilisation peut être assimilée ou non à l'utilisation équitable visée à l'art. 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Par conséquent, il n'y a pas lieu de modifier sa conclusion.

[50] Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'appelante l'Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement : Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa.

Procureurs de l'appelante CMRRA-SODRAC Inc. : Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Procureurs des intimées Bell Canada, Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P. et Société TELUS Communications : Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.

Procureurs de l'intimée Apple Canada Inc. : Goodmans, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Université d'Ottawa, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des professeures et des professeurs d'université : Torys, Toronto.

Procureurs des intervenants la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada et l'Institut canadien d'information juridique : Dimock Stratton, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Computer & Communications Industry Association : Heenan Blaikie, Toronto.

Province of Alberta as represented by the Minister of Education, Province of British Columbia as represented by the Minister of Education, Province of Manitoba as represented by the Minister of Education, Citizenship and Youth, Province of New Brunswick as represented by the Minister of Education, Province of Newfoundland and Labrador as represented by the Minister of Education, Northwest Territories as represented by the Minister of Education, Culture and Employment, Province of Nova Scotia as represented by the Minister of Education, Territory of Nunavut as represented by the Minister of Education, Province of Ontario as represented by the Minister of Education, Province of Prince Edward Island as represented by the Minister of Education, Province of Saskatchewan as represented by the Minister of Education, Yukon Territory as represented by the Minister of Education, Airy and Sabine District School Area Board, Algoma District School Board, Algonquin and Lakeshore Catholic District School Board, Asquith-Garvey District School Area Board, Atikokan Roman Catholic Separate School Board, Avon Maitland District School Board, Bloorview MacMillan School Authority, Bluewater District School Board, Brant Haldimand Norfolk Catholic District School Board, Bruce-Grey Catholic District School Board, Campbell Children's School Authority, Caramat District School Area Board, Catholic District School Board of Eastern Ontario, Collins District School Area Board, Connell and Ponsford District School Area Board, Conseil des écoles catholiques du Centre-Est de l'Ontario, Conseil des écoles publiques de l'Est de l'Ontario, Conseil des écoles séparées catholiques de Dubreuilville, Conseil des écoles séparées catholiques de Foleyet, Conseil scolaire de district catholique Centre-Sud, Conseil scolaire de district catholique de l'Est Ontarien, Conseil scolaire

Province d'Alberta, représentée par le ministre de l'Éducation, Province de la Colombie-Britannique, représentée par le ministre de l'Éducation, Province du Manitoba, représentée par le ministre de l'Éducation, Citoyenneté et Jeunesse, Province du Nouveau-Brunswick, représentée par le ministre de l'Éducation, Province de Terre-Neuve-et-Labrador, représentée par le ministre de l'Éducation, Territoires du Nord-Ouest, représentés par le ministre de l'Éducation, de la Culture et de la Formation, Province de la Nouvelle-Écosse, représentée par le ministre de l'Éducation, Territoire du Nunavut, représenté par le ministre de l'Éducation, Province d'Ontario, représentée par le ministre de l'Éducation, Province de l'Île-du-Prince-Édouard, représentée par le ministre de l'Éducation, Province de la Saskatchewan, représentée par le ministre de l'Éducation, Territoire du Yukon, représenté par le ministre de l'Éducation, Airy and Sabine District School Area Board, Algoma District School Board, Algonquin and Lakeshore Catholic District School Board; Asquith-Garvey District School Area Board, Atikokan Roman Catholic Separate School Board, Avon Maitland District School Board, Bloorview MacMillan School Authority, Bluewater District School Board, Brant Haldimand Norfolk Catholic District School Board, Bruce-Grey Catholic District School Board, Campbell Children's School Authority, Caramat District School Area Board, Catholic District School Board of Eastern Ontario, Collins District School Area Board, Connell and Ponsford District School Area Board, Conseil des écoles catholiques du Centre-Est de l'Ontario, Conseil des écoles publiques de l'Est de l'Ontario, Conseil des écoles séparées catholiques de Dubreuilville, Conseil des écoles séparées catholiques de Foleyet, Conseil scolaire de district catholique Centre-Sud, Conseil scolaire de district catholique de l'Est Ontarien, Conseil scolaire

de district catholique des Aurores Boréales, Conseil scolaire de district catholique des Grandes Rivières, Conseil scolaire de district catholique du Nouvel-Ontario, Conseil scolaire de district catholique Franco-Nord, Conseil scolaire de district des écoles catholiques du Sud-Ouest, Conseil scolaire de district du Centre Sud-Ouest, Conseil scolaire de district du Grand Nord de l'Ontario, Conseil scolaire de district du Nord-Est de l'Ontario, District School Board of Niagara, District School Board Ontario North East, Dufferin-Peel Catholic District School Board, Durham Catholic District School Board, Durham District School Board, Foleyet District School Area Board, Gogama District School Area Board, Gogama Roman Catholic Separate School Board, Grand Erie District School Board, Greater Essex County District School Board, Halton Catholic District School Board, Halton District School Board, Hamilton-Wentworth Catholic District School Board, Hamilton-Wentworth District School Board, Hastings & Prince Edward District School Board, Hornepayne Roman Catholic Separate School Board, Huron Perth Catholic District School Board, Huron-Superior Catholic District School Board, James Bay Lowlands Secondary School Board, Kawartha Pine Ridge District School Board, Keewatin-Patricia District School Board, Kenora Catholic District School Board, Lakehead District School Board, Lambton Kent District School Board, Limestone District School Board, Missarenda District School Area Board, Moose Factory Island District School Area Board, Moosonee District School Area Board, Moosonee Roman Catholic Separate School Board, Murchison and Lyell District School Area Board, Nakina District School Area Board, Near North District School Board, Niagara Catholic District School Board, Niagara Peninsula Children's Centre School Authority, Nipissing-Parry Sound Catholic

de district catholique des Aurores Boréales, Conseil scolaire de district catholique des Grandes Rivières, Conseil scolaire de district catholique du Nouvel-Ontario, Conseil scolaire de district catholique Franco-Nord, Conseil scolaire de district des écoles catholiques du Sud-Ouest, Conseil scolaire de district du Centre Sud-Ouest, Conseil scolaire de district du Grand Nord de l'Ontario, Conseil scolaire de district du Nord-Est de l'Ontario, District School Board of Niagara, District School Board Ontario North East, Dufferin-Peel Catholic District School Board, Durham Catholic District School Board, Durham District School Board, Foleyet District School Area Board, Gogama District School Area Board, Gogama Roman Catholic Separate School Board, Grand Erie District School Board, Greater Essex County District School Board, Halton Catholic District School Board, Halton District School Board, Hamilton-Wentworth Catholic District School Board, Hamilton-Wentworth District School Board, Hastings & Prince Edward District School Board, Hornepayne Roman Catholic Separate School Board, Huron Perth Catholic District School Board, Huron-Superior Catholic District School Board, James Bay Lowlands Secondary School Board, Kawartha Pine Ridge District School Board, Keewatin-Patricia District School Board, Kenora Catholic District School Board, Lakehead District School Board, Lambton Kent District School Board, Limestone District School Board, Missarenda District School Area Board, Moose Factory Island District School Area Board, Moosonee District School Area Board, Moosonee Roman Catholic Separate School Board, Murchison and Lyell District School Area Board, Nakina District School Area Board, Near North District School Board, Niagara Catholic District School Board, Niagara Peninsula Children's Centre School Authority, Nipissing-Parry Sound Catholic

District School Board, Northeastern Catholic District School Board, Northern District School Area Board, Northwest Catholic District School Board, Ottawa Children's Treatment Centre School Authority, Ottawa Catholic District School Board, Ottawa-Carleton District School Board, Parry Sound Roman Catholic Separate School Board, Peel District School Board, Peterborough Victoria Northumberland and Clarington Catholic District School Board, Rainbow District School Board, Rainy River District School Board, Red Lake Area Combined Roman Catholic Separate School Board, Renfrew County Catholic District School Board, Renfrew County District School Board, Simcoe County District School Board, Simcoe Muskoka Catholic District School Board, St. Clair Catholic District School Board, Sudbury Catholic District School Board, Superior North Catholic District School Board, Superior-Greenstone District School Board, Thames Valley District School Board, Thunder Bay Catholic District School Board, Toronto Catholic District School Board, Toronto District School Board, Trillium Lakelands District School Board, Upper Canada District School Board, Upper Grand District School Board, Upsala District School Area Board, Waterloo Catholic District School Board, Waterloo Region District School Board, Wellington Catholic District School Board, Windsor-Essex Catholic District School Board, York Catholic District School Board and York Region District School Board *Appellants*

v.

Canadian Copyright Licensing Agency Operating as "Access Copyright" *Respondent*

and

District School Board, Northeastern Catholic District School Board, Northern District School Area Board, Northwest Catholic District School Board, Ottawa Children's Treatment Centre School Authority, Ottawa Catholic District School Board, Ottawa-Carleton District School Board, Parry Sound Roman Catholic Separate School Board, Peel District School Board, Peterborough Victoria Northumberland and Clarington Catholic District School Board, Rainbow District School Board, Rainy River District School Board, Red Lake Area Combined Roman Catholic Separate School Board, Renfrew County Catholic District School Board, Renfrew County District School Board, Simcoe County District School Board, Simcoe Muskoka Catholic District School Board, St. Clair Catholic District School Board, Sudbury Catholic District School Board, Superior North Catholic District School Board, Superior-Greenstone District School Board, Thames Valley District School Board, Thunder Bay Catholic District School Board, Toronto Catholic District School Board, Toronto District School Board, Trillium Lakelands District School Board, Upper Canada District School Board, Upper Grand District School Board, Upsala District School Area Board, Waterloo Catholic District School Board, Waterloo Region District School Board, Wellington Catholic District School Board, Windsor-Essex Catholic District School Board, York Catholic District School Board et York Region District School Board *Appellants*

c.

Canadian Copyright Licensing Agency, connue sous la raison sociale « Access Copyright » *Intimée*

et

Canadian Publishers' Council, Association of Canadian Publishers, Canadian Educational Resources Council, Canadian Association of University Teachers, Canadian Federation of Students, Association of Universities and Colleges of Canada, Association of Canadian Community Colleges, CMRRA-SODRAC Inc., Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, Canadian Authors Association, Canadian Freelance Union, Canadian Society of Children's Authors, Illustrators and Performers, League of Canadian Poets, Literary Translators' Association of Canada, Playwrights Guild of Canada, Professional Writers Association of Canada, Writers' Union of Canada and Centre for Innovation Law and Policy of the Faculty of Law University of Toronto *Intervenors*

INDEXED AS: ALBERTA (EDUCATION) v. CANADIAN COPYRIGHT LICENSING AGENCY (ACCESS COPYRIGHT)

2012 SCC 37

File No.: 33888.

2011: December 7; 2012: July 12.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Intellectual property — Copyright — Infringement — Exception — Fair dealing — Teachers making photocopies of excerpts of textbooks and other copyrighted works to distribute to students as part of class instruction — Collective society seeking to collect royalties for photocopies of excerpts — Whether elementary and secondary schools can claim the benefit of “fair dealing” exception for copies of works made at the teachers’ initiative with instructions to students that they read the material — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 29.

Canadian Publishers' Council, Association of Canadian Publishers, Canadian Educational Resources Council, Association canadienne des professeures et professeurs d'université, Fédération canadienne des étudiantes et étudiants, Association des universités et collèges du Canada, Association des collèges communautaires du Canada, CMRRA-SODRAC Inc., Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko, Canadian Authors Association, Canadian Freelance Union, Société canadienne des auteurs, illustrateurs et artistes pour enfants, League of Canadian Poets, Association des traducteurs et traductrices littéraires du Canada, Playwrights Guild of Canada, Professional Writers Association of Canada, Writers' Union of Canada et Centre for Innovation Law and Policy of the Faculty of Law University of Toronto *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : ALBERTA (ÉDUCATION) c. CANADIAN COPYRIGHT LICENSING AGENCY (ACCESS COPYRIGHT)

2012 CSC 37

N° du greffe : 33888.

2011 : 7 décembre; 2012 : 12 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Violation — Exception — Utilisation équitable — Photocopie d'extraits de manuels et d'autres ouvrages protégés par le droit d'auteur, par des enseignants, pour distribution en classe aux élèves — Demande présentée par une société de gestion collective afin qu'elle puisse percevoir des redevances pour la photocopie d'extraits — Les écoles des niveaux élémentaire et secondaire peuvent-elles bénéficier de l'exception de l'« utilisation équitable » à l'égard des copies que l'enseignant fait de son propre chef et qu'il donne à lire aux élèves? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 29.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Copyright Board deeming that photocopies of excerpts of textbooks and other copyrighted works did not constitute fair dealing — Whether decision reviewable on standard of reasonableness or correctness — Whether Board made reviewable error.

Access Copyright represents authors and publishers of printed literary and artistic works. It filed a proposed tariff with the Copyright Board with respect to the reproduction of its repertoire for use in elementary and secondary schools in all the provinces and territories other than Quebec. The Copyright Board concluded that copies made at the teachers' initiative with instructions to students that they read the material were made for the allowable purpose of "research or private study" under s. 29 of the *Copyright Act*. They did not, however, constitute fair dealing and were therefore subject to a royalty. On judicial review, the Federal Court of Appeal upheld the Copyright Board's conclusion that the copies were not fair dealing.

Held (Deschamps, Fish, Rothstein and Cromwell JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the matter remitted to the Board for reconsideration.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Moldaver and Karakatsanis JJ.: Fair dealing allows users to engage in activities that might otherwise amount to copyright infringement. The test for fair dealing was articulated in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* as involving two steps. The first is to determine whether the dealing is for the allowable purpose of "research or private study" under s. 29, "criticism or review" under s. 29.1, or "news reporting" under s. 29.2 of the *Copyright Act*. The second step assesses whether the dealing is "fair".

There is no dispute that the first step of the test set out in *CCH* was met and that the dealing — photocopying — was for the allowable purpose of research or private study. The dispute in this case centres on the second step of the test, namely, whether the copies were "fair" according to the factors set out in *CCH*: the purpose, character, and amount of the dealing; the existence of any alternatives to the dealing; the nature of the work; and the effect of the dealing on the work.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Conclusion de la Commission du droit d'auteur selon laquelle la photocopie de passages de manuels et d'autres ouvrages protégés par le droit d'auteur n'équivaut pas à une utilisation équitable — La décision est-elle assujettie à la norme de contrôle de la décision raisonnable ou à celle de la décision correcte? — La Commission a-t-elle commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire?

Access Copyright représente les auteurs et les éditeurs d'œuvres littéraires et artistiques. Elle a demandé à la Commission du droit d'auteur d'homologuer un projet de tarif applicable lorsque des œuvres de son répertoire sont reproduites en vue d'une utilisation dans les écoles élémentaires et secondaires de chacune des provinces (sauf le Québec) et de chacun des territoires. La Commission du droit d'auteur a conclu que les copies tirées du propre chef de l'enseignant et que ce dernier donne à lire à ses élèves sont produites aux fins d'« étude privée ou de recherche », comme le permet l'art. 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Or, elle a estimé que ces copies ne résultaient pas d'une utilisation équitable et étaient par conséquent assujetties au tarif. Saisie d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour d'appel fédérale a confirmé la conclusion de la Commission du droit d'auteur selon laquelle les copies ne satisfaisaient pas aux conditions de l'utilisation équitable.

Arrêt (les juges Deschamps, Fish, Rothstein et Cromwell sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et l'affaire est renvoyée à la Commission pour réexamen.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Moldaver et Karakatsanis : L'utilisation équitable permet certaines activités qui, sans cette exception, pourraient violer le droit d'auteur. Énoncé dans l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, le critère qui permet de déterminer s'il y a utilisation équitable comporte deux volets. Dans le cadre du premier, il s'agit de savoir s'il y a utilisation aux fins « d'étude privée ou de recherche » suivant l'art. 29, « de critique ou de compte rendu » suivant l'art. 29.1, ou encore, de « communication des nouvelles », suivant l'art. 29.2 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Le second volet s'attache à déterminer si l'utilisation est « équitable ».

Les parties conviennent que le premier volet du critère de l'arrêt *CCH* est respecté et que l'utilisation — la photocopie — a lieu aux fins permises d'étude privée ou de recherche. Le litige porte en l'espèce sur le second volet : les copies résultent-elles d'une utilisation « équitable » au regard des éléments énoncés dans *CCH*, à savoir le but, la nature et l'ampleur de l'utilisation, l'existence de solutions de rechange à l'utilisation, la nature de l'œuvre et l'effet de l'utilisation sur l'œuvre?

The Board concluded that the predominant purpose was that of the teacher as the copier. This meant that the purpose was instruction, not research or private study. When considering the first stage of *CCH* — whether the dealing is for an allowable purpose — the relevant perspective is that of the user. This does not mean, however, that the copier's purpose is irrelevant at the second stage. The copier's purpose will be relevant to the fairness analysis if the copier hides behind the shield of the user's allowable purpose in order to engage in a separate purpose — such as a commercial one — that can make the dealing unfair. There is no separate purpose on the part of the teachers in this case. They have no ulterior or commercial motive when providing copies to students. They are there to facilitate the students' research and private study and to enable the students to have the material they need for the purpose of studying. The teacher/copier shares a symbiotic purpose with the student/user who is engaging in research or private study. The Copyright Board's approach drives an artificial wedge into these unified purposes of instruction and research/private study by drawing a distinction between copies made by the teacher at the request of a student and copies made by the teacher without a prior request from a student. The word "private" in "private study" should not be understood as requiring users to view copyrighted works in isolation.

The Copyright Board's approach to the "amount of the dealing" factor was also flawed. Having found that teachers only copied short excerpts of each textbook, the Board was required to determine whether the proportion of each of the short excerpts in relation to the whole work was fair. This factor is not a quantitative assessment based on aggregate use, but an examination of the proportion between the excerpted copy and the entire work.

With respect to the "alternatives to the dealing" factor, contrary to the Copyright Board's conclusion, buying books for every student is not a realistic alternative to teachers copying short excerpts to supplement student textbooks. Purchasing a greater number of original textbooks to distribute to students is unreasonable in light of the Board's finding that teachers only photocopy short excerpts to complement existing textbooks.

As for the "effect of the dealing on the work" factor, there was no evidence of a link between photocopying short excerpts and a decline in textbook sales. There were several factors, in fact, other than photocopying,

La Commission a estimé que la fin prédominante de l'utilisation devait être celle de l'enseignant lorsqu'il effectue la photocopie, à savoir l'enseignement, et non l'étude privée ou la recherche. Il convient d'adopter le point de vue de l'utilisateur pour déterminer, au premier volet du critère de l'arrêt *CCH*, s'il y a utilisation à une fin permise. Il ne s'ensuit toutefois pas que le but de celui qui tire les copies n'est pas pris en compte au second volet. Ce but importe dans l'analyse du caractère équitable lorsque, sous le couvert d'une fin permise à l'utilisateur, l'auteur des copies poursuit une fin distincte (telle une fin commerciale) qui est de nature à rendre l'utilisation inéquitable. En l'espèce, l'enseignant ne poursuit pas une fin distincte. Il n'a pas de motif inavoué ou commercial lorsqu'il fournit les copies aux élèves. Son rôle consiste à faciliter la recherche et l'étude privée des élèves et de permettre à ceux-ci de disposer du matériel nécessaire à l'apprentissage. L'enseignant/auteur des copies et l'élève/utilisateur qui s'adonne à la recherche ou à l'étude privée poursuivent en symbiose une même fin. La Commission du droit d'auteur vient artificiellement enfoncer un coin entre les fins réunies en une seule que sont l'enseignement et la recherche/étude privée en établissant une distinction entre les copies produites par l'enseignant à la demande d'un élève et celles produites en l'absence d'une telle demande. Dans le terme « étude privée », l'adjectif « privée » ne doit pas être interprété comme exigeant de l'utilisateur qu'il consulte l'œuvre protégée dans l'isolement.

L'approche adoptée par la Commission du droit d'auteur à l'égard de « l'ampleur de l'utilisation » était également erronée. Puisqu'elle a conclu que l'enseignant ne reproduit que de courts extraits de chacun des manuels, elle devait se demander si la proportion entre chacun des courts extraits et l'œuvre en entier était équitable. Cet élément ne commande pas une appréciation quantitative en fonction de l'utilisation globale, mais appelle un examen du rapport entre l'extrait et l'œuvre entière.

Contrairement à l'opinion de la Commission du droit d'auteur, l'achat de livres pour tous les élèves ne constitue pas une « solution de rechange » réaliste à la reproduction par l'enseignant de courts extraits complémentaires. L'achat d'exemplaires supplémentaires pour les distribuer aux élèves n'est pas une solution raisonnable étant donné que, selon la Commission, les enseignants ne photocopient que de courts extraits pour compléter les manuels existants.

En ce qui a trait à « l'effet de l'utilisation sur l'œuvre », rien ne démontre l'existence d'un quelconque lien entre la photocopie de courts extraits et la diminution des ventes de manuels. Outre la photocopie, plusieurs

that were more likely to have contributed to any such decline. Moreover, the Board's finding that the teachers' copying was limited to short excerpts of complementary texts, makes it difficult to see how the teachers' copying competes with the market for textbooks.

The Copyright Board's decision as to whether the photocopies amount to fair dealing is to be reviewed on a reasonableness standard. Because its finding of unfairness was based on a misapplication of the *CCH* factors, its outcome was unreasonable.

Per Deschamps, Fish, Rothstein and Cromwell JJ. (dissenting): Whether a dealing is fair is a question of fact. The *CCH* factors help assess whether a dealing is fair but they are not statutory requirements. The Copyright Board's application of these factors to the facts of a case should be treated with deference and a reasonableness standard should be applied on judicial review. In this case, the Board made no reviewable error in principle.

It was neither artificial nor unreasonable to conclude that the photocopies mainly serve the teacher's purpose of teaching and that this was the relevant and predominant purpose of the dealing. The Board did not draw an artificial distinction between copies made at the request of a student and at the teacher's own initiative. The Board did not err by equating "instruction" with "non-private study". The word "private" in s. 29 of the *Copyright Act* cannot be stripped of meaning. A copy made on a teacher's own initiative may be for private study if, for example, the material is tailored to the particular learning needs or interests of a single or small number of students but "private study" cannot include large quantities of copies made as part of an organized program of instruction.

It is important not to look to the same aspect of the dealing under more than one *CCH* factor. The Board's analysis of the amount of the dealing remained focused on the overall proportion of the copied pages of a work in relation to the entire work over a period of time. Its analysis of the character of the dealing focused on the fact that multiple copies of the same excerpt are made, at any one time, to be disseminated to a whole class.

autres considérations sont en fait davantage susceptibles d'expliquer la baisse. Aussi, étant donné la conclusion de la Commission voulant que les enseignants n'en reproduisent que de courts extraits à titre complémentaire, il est difficile de concevoir que les photocopies tirées par les enseignants puissent concurrencer les manuels sur le marché.

C'est en fonction de la norme de la raisonabilité que doit être contrôlée la décision de la Commission du droit d'auteur quant à savoir si la photocopie équivaut à une utilisation équitable. Comme elle a conclu au caractère inéquitable de l'utilisation à l'issue d'une application erronée des éléments énoncés dans *CCH*, sa décision était déraisonnable.

Les juges Deschamps, Fish, Rothstein et Cromwell (dissidents) : Ce qu'il faut entendre par utilisation équitable est une question de fait. Les éléments établis dans *CCH* contribuent à la détermination du caractère équitable ou non équitable de l'utilisation, mais il ne s'agit pas d'exigences légales. L'application de ces éléments aux faits d'une affaire par la Commission du droit d'auteur appelle la déférence, et la norme de la décision raisonnable est celle qui convient en cas de contrôle judiciaire. En l'espèce, la Commission n'a pas commis, sur le plan des principes, d'erreur susceptible de contrôle judiciaire.

Il n'était ni artificiel ni déraisonnable d'inférer que la reproduction servait principalement la fin poursuivie par l'enseignant et que cette fin importait et était prédominante quant à l'utilisation. La Commission n'a pas établi une distinction artificielle entre les copies faites par l'enseignant à la demande d'un élève et celles faites de sa propre initiative. Elle n'a pas eu tort de faire équivaloir « enseignement » et « étude non privée ». On ne saurait interpréter l'art. 29 de la *Loi sur le droit d'auteur* de manière à dépouiller de tout sens l'adjectif « privée » qui y est employé. La reproduction effectuée à l'initiative d'un enseignant peut avoir pour fin l'étude privée lorsque, par exemple, le matériel est adapté aux besoins d'apprentissage spéciaux ou aux intérêts particuliers d'un seul élève ou d'un petit nombre d'élèves, mais l'« étude privée » ne saurait englober la photocopie à grande échelle dans le cadre établi d'un programme d'enseignement.

Il importe de ne pas considérer un même aspect dans l'examen de plus d'un des éléments dégagés dans *CCH*. L'analyse de la Commission concernant l'ampleur de l'utilisation est demeurée axée sur le rapport global entre les pages photocopiées et l'œuvre entière dans un laps de temps donné. Son analyse relative à la nature de l'utilisation s'est attachée au fait que de multiples copies d'un même extrait étaient distribuées à une classe

There is no basis to disturb the Board's assessments of these factors.

The Board's analysis of alternatives to the dealing was not unreasonable. Furthermore, in a case where numerous short excerpts of the work are taken, the fact that there are no non-copyrighted alternatives will not automatically render a dealing fair. The Board's conclusion that the dealing competes with the original work to an extent that makes the dealing unfair is unsupported by evidence and unreasonable. However, no one *CCH* factor is determinative and the Board considered the purpose of the dealing and the amount of the dealing to be the most important factors, therefore this error is not sufficient to render the Board's decision unreasonable. The Board's decision was intelligible, transparent and justifiable and cannot be said to fall outside of a reasonable range of outcomes.

Cases Cited

By Abella J.

Referred to: *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, rev'g 2002 FCA 187, [2002] 4 F.C. 213; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326; *Sillitoe v. McGraw-Hill Book Company (U.K.) Ltd.*, [1983] F.S.R. 545; *University of London Press, Ltd. v. University Tutorial Press, Ltd.*, [1916] 2 Ch. 601; *Copyright Licensing Ltd. v. University of Auckland*, [2002] 3 N.Z.L.R. 76; *Hubbard v. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023.

By Rothstein J. (dissenting)

CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, rev'g 2002 FCA 187, [2002] 4 F.C. 213; *Hubbard v. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023; *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

Statutes and Regulations Cited

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 29, 29.1, 29.2, 29.4, 70.13(2).
Copyright, Designs and Patents Act 1988 (U.K.), 1988, c. 48, s. 178 "private study".

entière. Il n'y a pas lieu de revenir sur l'appréciation de ces éléments par la Commission.

L'analyse de la Commission concernant les solutions de rechange à l'utilisation n'était pas déraisonnable. Qui plus est, lorsque de nombreux courts extraits de l'œuvre sont utilisés, l'inexistence de solutions de rechange non protégées par le droit d'auteur ne rend pas automatiquement l'utilisation équitable. La conclusion de la Commission selon laquelle l'utilisation fait concurrence à l'œuvre originale au point de devenir inéquitable n'est ni étayée par la preuve ni raisonnable. Nul élément issu de *CCH* n'est à lui seul déterminant, et la Commission a accordé plus d'importance au but de l'utilisation et à son ampleur qu'aux autres éléments. L'erreur commise ne rend donc pas sa décision déraisonnable. La décision de la Commission était à la fois intelligible et transparente et elle se justifiait. De plus, on ne saurait prétendre qu'elle n'appartient pas aux issues possibles raisonnables.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêts mentionnés : *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, inf. 2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326; *Sillitoe c. McGraw-Hill Book Company (U.K.) Ltd.*, [1983] F.S.R. 545; *University of London Press, Ltd. c. University Tutorial Press, Ltd.*, [1916] 2 Ch. 601; *Copyright Licensing Ltd. c. University of Auckland*, [2002] 3 N.Z.L.R. 76; *Hubbard c. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023.

Citée par le juge Rothstein (dissident)

CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, inf. 2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213; *Hubbard c. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023; *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

Lois et règlements cités

Copyright, Designs and Patents Act 1988 (R.-U.), 1988, ch. 48, art. 178 « private study ».
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 29, 29.1, 29.2, 29.4, 70.13(2).

Authors Cited

D'Agostino, Giuseppina. "Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use" (2008), 53 *McGill L.J.* 309.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Blais C.J. and Noël and Trudel J.J.A.), 2010 FCA 198, [2011] 3 F.C.R. 223, 405 N.R. 354, 85 C.P.R. (4th) 349, [2010] F.C.J. No. 952 (QL), 2010 CarswellNat 2481, reversing in part a decision of the Copyright Board, www.cb-cda.gc.ca/decisions/2009/Access-Copyright-2005-2009-Schools.pdf, [2009] C.B.D. No. 6 (QL), 2009 CarswellNat 1930. Appeal allowed, Deschamps, Fish, Rothstein and Cromwell J.J. dissenting.

Wanda Noel, James Aidan O'Neill and Ariel A. Thomas, for the appellants.

Neil Finkelstein and Claude Brunet, for the respondent.

Barry B. Sookman and Daniel G. C. Glover, for the interveners the Canadian Publishers' Council, the Association of Canadian Publishers and the Canadian Educational Resources Council.

Written submissions only by *Wendy Matheson, Andrew Bernstein and Alexandra Peterson*, for the interveners the Canadian Association of University Teachers and the Canadian Federation of Students.

Marcus A. Klee, for the interveners the Association of Universities and Colleges of Canada and the Association of Canadian Community Colleges.

Timothy Pinos, Casey M. Chisick and Jason Beitchman, for the intervener CMRRA-SODRAC Inc.

Written submissions only by *David Fewer and Jeremy de Beer*, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Doctrine et autres documents cités

D'Agostino, Giuseppina. « Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use » (2008), 53 *R.D. McGill* 309.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Blais et les juges Noël et Trudel), 2010 CAF 198, [2011] 3 R.C.F. 223, 405 N.R. 354, 85 C.P.R. (4th) 349, [2010] A.C.F. n° 952 (QL), 2010 CarswellNat 4045, qui a infirmé en partie une décision de la Commission du droit d'auteur, www.cb-cda.gc.ca/decisions/2009/Access-Copyright-2005-2009-Schools.pdf, [2009] D.C.D.A. n° 6 (QL), 2009 CarswellNat 1931. Pourvoi accueilli, les juges Deschamps, Fish, Rothstein et Cromwell sont dissidents.

Wanda Noel, James Aidan O'Neill et Ariel A. Thomas, pour les appelants.

Neil Finkelstein et Claude Brunet, pour l'intimée.

Barry B. Sookman et Daniel G. C. Glover, pour les intervenants Canadian Publishers' Council, Association of Canadian Publishers et Canadian Educational Resources Council.

Argumentation écrite seulement par *Wendy Matheson, Andrew Bernstein et Alexandra Peterson*, pour les intervenantes l'Association canadienne des professeures et professeurs d'université et la Fédération canadienne des étudiantes et étudiants.

Marcus A. Klee, pour les intervenantes l'Association des universités et collèges du Canada et l'Association des collèges communautaires du Canada.

Timothy Pinos, Casey M. Chisick et Jason Beitchman, pour l'intervenante CMRRA-SODRAC Inc.

Argumentation écrite seulement par *David Fewer et Jeremy de Beer*, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

Written submissions only by *Marian Hebb, Warren Sheffer* and *Brendan van Niejenhuis*, for the interveners the Canadian Authors Association, the Canadian Freelance Union, the Canadian Society of Children's Authors, Illustrators and Performers, the League of Canadian Poets, the Literary Translators' Association of Canada, the Playwrights Guild of Canada, the Professional Writers Association of Canada and the Writers' Union of Canada.

Written submissions only by *Howard P. Knopf* and *Ariel Katz*, for the intervener the Centre for Innovation Law and Policy of the Faculty of Law University of Toronto.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Moldaver and Karakatsanis JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — Many authors create textbooks and other literary works to sell to primary and secondary level educational institutions across Canada. Photocopying short excerpts of these works is a common practice in Canadian schools, and is often used as an important administrative and teaching tool by teachers. The issue in this appeal is whether photocopies made by teachers to distribute to students as part of class instruction can qualify as fair dealing under the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42.

Background

[2] Access Copyright represents authors and publishers of literary and artistic works in printed materials which are subject to copying. It administers the reproduction of published materials by issuing licences and collecting and distributing royalties to affiliated copyright owners. When Access Copyright does not reach a licensing or royalty agreement with users who photocopy published works in its repertoire, it can apply to the Copyright Board to certify a royalty in the form of a tariff.

Argumentation écrite seulement par *Marian Hebb, Warren Sheffer* et *Brendan van Niejenhuis*, pour les intervenantes Canadian Authors Association, Canadian Freelance Union, la Société canadienne des auteurs, illustrateurs et artistes pour enfants, League of Canadian Poets, l'Association des traducteurs et traductrices littéraires du Canada, Playwrights Guild of Canada, Professional Writers Association of Canada et Writers' Union of Canada.

Argumentation écrite seulement par *Howard P. Knopf* et *Ariel Katz*, pour l'intervenant Centre for Innovation Law and Policy of the Faculty of Law University of Toronto.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Abella, Moldaver et Karakatsanis rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — De nombreux auteurs créent des œuvres littéraires, notamment des manuels scolaires, qu'ils destinent à la vente aux établissements d'enseignement des niveaux élémentaire et secondaire à la grandeur du Canada. La photocopie de courts extraits de ces œuvres est monnaie courante dans les écoles canadiennes, et les copies ainsi tirées constituent souvent un outil didactique et administratif important pour les enseignants. La question qu'il faut trancher en l'espèce est celle de savoir si le fait, pour les enseignants, de faire des photocopies en vue de les distribuer en classe aux élèves peut constituer une utilisation équitable pour l'application de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42.

Contexte

[2] Access Copyright représente les auteurs et les éditeurs d'œuvres littéraires et artistiques publiées et reproductibles. Elle gère la reproduction de ces œuvres en délivrant des licences et en percevant les redevances pour le compte des titulaires du droit d'auteur qui lui sont affiliés. Lorsque aucune entente d'octroi de licence en contrepartie de redevances n'intervient entre elle et les utilisateurs qui photocopient les œuvres de son répertoire, Access Copyright peut demander à la Commission du droit d'auteur d'homologuer un tarif de redevances.

[3] At elementary and secondary schools across Canada, teachers often make photocopies of portions of textbooks or other published works which are part of Access Copyright's repertoire. Between 1991 and 1997, Access Copyright reached royalty agreements with each of the provinces and territories (other than Quebec) with respect to the reproduction of its repertoire for use in these schools. In 1999, all the provincial parties and the Ontario School Boards (the "Coalition") signed a five-year agreement, providing for royalty increases based on a per student calculation, not on the number of pages copied.

[4] When the time came to renew the royalty agreement in 2004, Access Copyright wanted the royalties revised to reflect the volume and content of what was being copied. The parties were unable to reach an agreement, based largely on the fact that they could not agree on how a "volume study" was to be conducted. Access Copyright therefore filed a proposed tariff with the Copyright Board in accordance with s. 70.13(2) of the *Act*.

[5] During the course of the proceedings before the Board, the parties eventually agreed to the terms of a volume study. It was carried out between February 2005 and March 2006. In accordance with the agreed-upon terms, information was recorded by observers on stickers posted next to each photocopier, including who made the copy, who would be using the copy, and the purpose of the copy.

[6] Based on information collected from the stickers, each incident of photocopying was divided into one of four categories. The first three dealt with copies made by teachers either for themselves or at the request of a student. All parties agreed that copies falling under these categories — about 1.7 million pages — constituted fair dealing.

[3] Les enseignants des niveaux élémentaire et secondaire de partout au pays photocopient souvent des extraits de manuels ou d'autres publications qui figurent dans le répertoire d'Access Copyright. Entre 1991 et 1997, cette société a conclu avec chacune des provinces (sauf le Québec) et chacun des territoires une entente sur les redevances exigibles pour la reproduction d'œuvres de son répertoire en vue d'une utilisation dans les écoles de ces ressorts. En 1999, les provinces qui sont parties au pourvoi et les conseils scolaires de l'Ontario (la « coalition ») ont conclu une entente d'une durée de cinq ans prévoyant l'augmentation du montant des redevances, lequel était fixé au prorata du nombre d'élèves, et non en fonction du nombre de pages reproduites.

[4] En 2004, au moment de renouveler l'entente, Access Copyright a demandé la modification du calcul des redevances, de sorte que leur montant tienne compte du volume et de la teneur de l'objet de la reproduction. Les parties n'ont pu s'entendre, en raison surtout de leur désaccord sur les modalités de l'« enquête de volume ». Access Copyright a donc déposé un projet de tarif auprès de la Commission du droit d'auteur conformément au par. 70.13(2) de la *Loi*.

[5] Avant que la Commission ne rende sa décision, les parties ont convenu des modalités de l'enquête sur le volume, laquelle a eu lieu de février 2005 à mars 2006. Conformément aux conditions arrêtées, des renseignements (l'auteur de la copie, son destinataire, la fin poursuivie, etc.) étaient consignés sur une étiquette d'enregistrement par des observateurs postés près des photocopieurs.

[6] À partir des données recueillies grâce aux étiquettes, pour chacun des épisodes de reproduction, les photocopies ont été attribuées à l'une de quatre catégories. Les trois premières catégories rassemblent les copies faites par un enseignant pour lui-même ou pour un élève à sa demande. Les parties conviennent que les copies appartenant à ces catégories — et qui représentent environ 1,7 million de pages — correspondent à une utilisation équitable.

[7] The fourth category (Category 4) dealt with copies of works made at the teachers' initiative with instructions to students that they read the material. Teachers would photocopy short excerpts from textbooks and distribute those copies to students as a complement to the main textbook the students used.

[8] At a hearing before the Board, Access Copyright argued that the Category 4 copies did not meet the test for fair dealing identified by McLachlin C.J. in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339. The Coalition countered with the argument that the approximately 16.9 million pages in Category 4 should be excluded from any tariff because the copies constituted fair dealing under ss. 29 or 29.1 of the *Act*.

[9] Based on the evidence from the stickers used in the volume study, the Board concluded that the Category 4 copies were made for the allowable purpose of "research or private study" under s. 29 of the *Act*, but found, applying the *CCH* fairness factors, that the Category 4 copies did not constitute fair dealing and were therefore subject to a royalty. The Board also rejected the Coalition's argument that the Category 4 copies fell within the exception for educational institutions under s. 29.4 of the *Act* (online).

[10] On judicial review, the Federal Court of Appeal remitted the s. 29.4 issue back to the Board, stating that the Board failed to address an aspect of the "educational institutions" test. But the court found the Board's conclusion that the Category 4 copies were not fair dealing to be reasonable (2010 FCA 198, [2011] 3 F.C.R. 223).

[11] The Coalition appealed only the fair dealing issue to this Court, maintaining that the Board's

[7] Les copies font partie de la catégorie 4 lorsque l'enseignant les fait de son propre chef puis demande aux élèves d'en prendre connaissance. Elles résultent de la reproduction de courts extraits de manuels et elles sont distribuées aux élèves par l'enseignant en guise de complément au manuel principal utilisé.

[8] À l'audience devant la Commission, Access Copyright a fait valoir que les copies de la catégorie 4 ne respectaient pas le critère relatif à l'utilisation équitable établi par la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339. La coalition a répliqué que les copies de la catégorie 4 — soit environ 16,9 millions de pages — résultaient d'une utilisation équitable pour l'application des art. 29 et 29.1 de la *Loi* et ne devaient donc être assujetties à aucun tarif.

[9] Se fondant sur la preuve provenant des étiquettes employées lors de l'enquête sur le volume, la Commission conclut que les copies de la catégorie 4 ont été produites « aux fins d'étude privée ou de recherche », deux fins permises à l'art. 29 de la *Loi*. Or, eu égard aux éléments qui, selon *CCH*, permettent de conclure au caractère équitable de l'utilisation, elle estime que ces copies ne résultent pas d'une utilisation équitable et sont par conséquent assujetties au tarif. La Commission rejette également la prétention de la coalition selon laquelle ces copies bénéficient de l'exception prévue à l'art. 29.4 de la *Loi* pour les établissements d'enseignement (en ligne).

[10] Saisie d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour d'appel fédérale a renvoyé à la Commission la question liée à l'art. 29.4 au motif que l'un des volets du critère applicable aux « établissements d'enseignement » n'avait pas été considéré. Elle a néanmoins jugé raisonnable la conclusion de la Commission selon laquelle les copies de la catégorie 4 ne remplissaient pas les conditions de l'utilisation équitable (2010 CAF 198, [2011] 3 R.C.F. 223).

[11] La coalition n'interjette appel devant notre Cour que sur la question de l'utilisation équitable et

conclusion was not in accordance with the *CCH* test and was therefore unreasonable. I agree and would therefore remit the matter to the Board for reconsideration in accordance with these reasons.

Analysis

[12] As discussed in the companion appeal *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, [2012] 2 S.C.R. 326 (*SOCAN v. Bell*), the concept of fair dealing allows users to engage in some activities that might otherwise amount to copyright infringement. The test for fair dealing was articulated in *CCH* as involving two steps. The first is to determine whether the dealing is for the allowable purpose of “research or private study” under s. 29, “criticism or review” under s. 29.1, or “news reporting” under s. 29.2 of the *Act*. The second step of *CCH* assesses whether the dealing is “fair”. The onus is on the person invoking “fair dealing” to satisfy all aspects of the test. To assist in determining whether the dealing is “fair”, this Court set out a number of fairness factors: the purpose, character, and amount of the dealing; the existence of any alternatives to the dealing; the nature of the work; and the effect of the dealing on the work.

[13] The Board accepted that where the photocopier stickers indicated that the copying was for an allowable purpose — “research” or “private study” — no further inquiry under the first step of the *CCH* test was required. The Board also found that where the sticker indicated that the purpose of the copy was “criticism or review”, the purpose was also to be treated as “research or private study”.

[14] Before this Court, there was generally no dispute that the first step in *CCH* was met and that the dealing — photocopying — was for the allowable purpose of research or private study. The dispute essentially centred on the second step of the test: whether the Category 4 copies were “fair” in

elle fait valoir que la conclusion de la Commission ne respecte pas le critère établi dans *CCH*, ce qui la rend déraisonnable. Je fais droit à sa prétention. Je suis donc d’avis de renvoyer l’affaire à la Commission pour qu’elle la réexamine à la lumière des présents motifs.

Analyse

[12] Comme il est expliqué dans le pourvoi connexe *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, [2012] 2 R.C.S. 326 (*SOCAN c. Bell*), l’utilisation équitable s’entend de certaines activités qui, sans cette exception, pourraient violer le droit d’auteur. Énoncé dans l’arrêt *CCH*, le critère qui permet de déterminer si une utilisation est équitable ou non comporte deux volets. Premièrement, l’utilisation a-t-elle pour objet l’« étude privée ou [la] recherche », la « critique ou [le] compte rendu », ou encore, la « communication des nouvelles », soit l’une ou l’autre des fins permises aux art. 29, 29.1 et 29.2 de la *Loi*? Deuxièmement, l’utilisation est-elle « équitable »? Il incombe à la personne qui invoque l’« utilisation équitable » de satisfaire aux deux volets. Selon la Cour, un certain nombre d’éléments permettent de déterminer si une utilisation est « équitable » : le but, la nature et l’ampleur de l’utilisation, l’existence de solutions de rechange à l’utilisation, la nature de l’œuvre et l’effet de l’utilisation sur l’œuvre.

[13] Tenant pour avéré, sur la foi des étiquettes, que les copies ont été faites aux fins permises de « recherche » ou d’« étude privée », la Commission ne pousse pas l’analyse plus loin au premier volet du critère énoncé dans *CCH*. Elle assimile également à la reproduction aux fins susmentionnées celle qui a lieu, selon l’étiquette, « aux fins de critique ou de compte rendu ».

[14] En l’espèce, les parties conviennent généralement que le premier volet du critère est respecté et que l’utilisation — en l’occurrence la photocopie — a lieu à la fin permise de recherche ou d’étude privée. Le litige porte essentiellement sur le deuxième volet : les copies de la catégorie 4

accordance with the *CCH* factors. I have concerns over how the Board applied several of those factors.

[15] In my view, the key problem is in the way the Board approached the “purpose of the dealing” factor. The Board concluded that since the Category 4 copies were not made as a result of a student request, they were no longer for the purpose of research or private study at the second stage. This was based on its observation that in *CCH*, the Great Library was making copies at the request of lawyers. Because there was no such request for Category 4 copies, the Board concluded that the *predominant* purpose was that of the teacher, namely, “instruction” or “non-private study”. The Board therefore found that this factor tended to make the Category 4 copies unfair. The Federal Court of Appeal, agreeing with the Board, stated that the real purpose or motive behind the copies was instruction, not private study.

[16] Access Copyright argued that the purpose of the dealing should be seen, as it was by the Board and the Federal Court of Appeal, from the copier’s, or teacher’s perspective. It relied particularly on three key Commonwealth cases which found the copier’s purpose in reproducing the work to be determinative. In *Sillitoe v. McGraw-Hill Book Company (U.K.) Ltd.*, [1983] F.S.R. 545 (Ch. D.), an importer and seller of “study notes” which reproduced a substantial part of a literary work, argued that the notes were intended as a supplementary aid for students engaging in research and private study. The court held that the seller was unable to invoke the fair dealing exception since it was not *itself* engaged in private study or research, but was merely facilitating this activity for others (p. 558).

[17] The court in *Sillitoe* relied on *University of London Press, Ltd. v. University Tutorial Press, Ltd.*, [1916] 2 Ch. 601, where a publisher issued a

résultent-elles d’une utilisation « équitable » au regard des éléments énoncés dans *CCH*? J’ai des réserves sur l’application que fait la Commission de plusieurs de ces éléments.

[15] À mon avis, le problème principal réside dans la manière dont elle conçoit l’élément qui correspond au « but de l’utilisation ». Parce que les copies de la catégorie 4 ne sont pas faites à la demande d’un élève, la Commission conclut au second volet que la reproduction n’a plus pour fin la recherche ou l’étude privée. Elle invoque à l’appui de sa conclusion le fait que, dans l’affaire *CCH*, la Grande bibliothèque produisait des copies à la demande d’avocats. En l’espèce, puisque les copies de la catégorie 4 ne résultent pas d’une telle demande, la Commission estime que l’utilisation a pour but *prédominant* la fin poursuivie par l’enseignant, c’est-à-dire « l’étude non privée » ou « l’enseignement ». Cet élément fait selon elle pencher la balance du côté de l’utilisation inéquitable. La Cour d’appel fédérale convient avec la Commission que le but ou le motif réel de la reproduction est l’enseignement, non l’étude privée.

[16] Access Copyright a fait valoir qu’il fallait déterminer le but de l’utilisation du point de vue de la personne qui fait la copie, en l’occurrence l’enseignant, ce dont conviennent la Commission et la Cour d’appel fédérale. Elle a cité à l’appui trois arrêts fondamentaux de ressorts du Commonwealth selon lesquels la fin que poursuit la personne qui reproduit l’œuvre est déterminante. Dans *Sillitoe c. McGraw-Hill Book Company (U.K.) Ltd.*, [1983] F.S.R. 545 (Ch. Div.), un importateur et vendeur de « notes d’étude » qui reproduisait de larges extraits d’œuvres littéraires faisait valoir que son produit constituait un outil complémentaire offert aux étudiants qui se livraient à la recherche et à l’étude privée. La cour a écarté l’utilisation équitable dont s’excipait le vendeur, puisqu’il ne s’adonnait pas *lui-même* à la recherche ou à l’étude privée, mais facilitait seulement le travail d’autres personnes (p. 558).

[17] Dans *Sillitoe*, la conclusion de la cour se fonde sur l’arrêt *University of London Press, Ltd. c. University Tutorial Press, Ltd.*, [1916] 2 Ch. 601,

publication reproducing old exams and sold it to students who were preparing for their own exams. The publisher argued that the publication amounted to fair dealing “for the purposes of private study” by university students preparing for exams. The court held that the company could not bring itself within the fair dealing exception, rejecting the argument that the purpose of the publication was “private study”:

It could not be contended that the mere republication of a copyright work was a “fair dealing” because it was intended for purposes of private study; nor, if an author produced a book of questions for the use of students, could another person with impunity republish the book with the answers to the questions. Neither case would, in my judgment, come within the description of “fair dealing”. [p. 613]

[18] In the New Zealand case *Copyright Licensing Ltd. v. University of Auckland*, [2002] 3 N.Z.L.R. 76 (H.C.), several universities provided copies of copyrighted works to students as part of course packs, and charged the students for these materials through various school fees. The universities argued that the copying constituted fair dealing for the purposes of research or private study. The court held that the “purpose” must be that of the person “doing the copying” (paras. 43 and 52). Since the copiers — the universities — were not themselves dealing with the work for the purposes of research or private study, the copying did not amount to fair dealing.

[19] With respect, I do not find these authorities particularly helpful. Firstly, courts in the U.K. have tended to take a more restrictive approach to determining the “purpose” of the dealing than does *CCH*. Based on s. 178 of the *Copyright, Designs and Patents Act 1988* (U.K.), 1988, c. 48, for example, which defines “private study” to exclude “a commercial purpose”, courts in the U.K. have asserted that both research and private study must be for a non-commercial purpose: see G. D’Agostino, “Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright

rendu dans une affaire où un éditeur avait reproduit des examens antérieurs qu’il avait ensuite vendus à des étudiants qui préparaient les leurs. Selon l’éditeur, il s’agissait d’une utilisation équitable [TRADUCTION] « aux fins d’étude privée » par des étudiants se préparant à subir leurs examens universitaires. Estimant que la maison d’édition ne pouvait invoquer à son propre bénéfice l’exception de l’utilisation équitable, la cour a rejeté sa thèse selon laquelle la publication avait pour but l’« étude privée » :

[TRADUCTION] L’on ne saurait prétendre que la simple publication nouvelle d’une œuvre protégée par le droit d’auteur constitue une « utilisation équitable » parce qu’elle intervient aux fins d’étude privée; nul ne pourrait non plus publier à nouveau impunément à l’intention d’étudiants un cahier des questions auquel il ajouterait seulement les réponses. À mon sens, il n’y a d’« utilisation équitable » ni dans un cas ni dans l’autre. [p. 613]

[18] Dans l’affaire néo-zélandaise *Copyright Licensing Ltd. c. University of Auckland*, [2002] 3 N.Z.L.R. 76 (H.C.), plusieurs universités avaient distribué aux étudiants des cahiers de cours contenant des extraits d’œuvres protégées et avaient exigé en contrepartie des frais à divers titres. Les universités ont prétendu que la reproduction constituait une utilisation équitable aux fins de recherche ou d’étude privée. La cour a statué que la [TRADUCTION] « fin » est celle que poursuit la personne qui « reproduit » (par. 43 et 52). Comme les personnes qui produisaient les copies, en l’occurrence les universités, n’étaient pas celles qui les utilisaient aux fins de recherche ou d’étude privée, la reproduction ne constituait pas une utilisation équitable.

[19] En toute déférence, je ne trouve pas cette jurisprudence très utile. D’abord, les tribunaux du Royaume-Uni conçoivent la « fin » de l’utilisation plus restrictivement que ne le fait la Cour dans *CCH*. Par exemple, comme l’art. 178 de la *Copyright, Designs and Patents Act 1988* (R.-U.), 1988, ch. 48, définit l’[TRADUCTION] « étude privée » de manière à exclure « tout objet commercial », ils étendent l’absence de caractère commercial à la recherche et à l’étude privée: voir G. D’Agostino, « Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis

Analysis of Canada's Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use" (2008), 53 *McGill L.J.* 309, at p. 339. This expressly contradicts the statement in *CCH* that the allowable purposes must be given a "large and liberal interpretation", and that "research" is not limited to non-commercial or private contexts (para. 51).

[20] More importantly, as noted by Linden J.A. of the Federal Court of Appeal in *CCH*, 2002 FCA 187, [2002] 4 F.C. 213, at para. 132 (reversed on other grounds), these "course pack" cases involved copiers with demonstrably ulterior — i.e. commercial — motives. They invoked the allowable purposes of "research" or "private study", in effect, in order to appropriate their customers' or students' purposes as their own and escape liability for copy right infringement.

[21] These cases, then, to the extent that they are germane, do not stand for the proposition that "research" and "private study" are inconsistent with instructional purposes, but for the principle that copiers cannot camouflage their own distinct purpose by purporting to conflate it with the research or study purposes of the ultimate user.

[22] As noted in the companion appeal *SOCAN v. Bell*, fair dealing is a "user's right", and the relevant perspective when considering whether the dealing is for an allowable purpose under the first stage of *CCH* is that of the user (*CCH*, at paras. 48 and 64). This does not mean, however, that the copier's purpose is irrelevant at the fairness stage. If, as in the "course pack" cases, the copier hides behind the shield of the user's allowable purpose in order to engage in a separate purpose that tends to make the dealing unfair, that separate purpose will also be relevant to the fairness analysis.

[23] In the case before us, however, there is no such separate purpose on the part of the teacher. Teachers have no ulterior motive when providing copies to students. Nor can teachers be

of Canada's Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use » (2008), 53 *R.D. McGill* 309, p. 339. Cette position s'oppose manifestement à celle de la Cour dans *CCH*, à savoir que les fins permises doivent être interprétées « de manière large » et que la « recherche » ne s'entend pas uniquement de celle effectuée dans un contexte non commercial ou privé (par. 51).

[20] Mais surtout, et le juge Linden de la Cour d'appel fédérale le souligne dans *CCH*, 2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213, par. 132 (infirmer pour d'autres motifs), dans ces affaires relatives aux cahiers de cours, les intéressés étaient de toute évidence animés par un motif inavoué, tel un motif commercial. S'appuyant sur les fins permises que sont la « recherche » ou l'« étude privée », ils tentaient en fait de s'attribuer les fins de leurs clients ou des étudiants afin d'échapper à des allégations de violation du droit d'auteur.

[21] Donc, dans la mesure où elles sont pertinentes, ces affaires permettent d'affirmer non pas que la « recherche » et l'« étude privée » sont incompatibles avec l'enseignement, mais plutôt que l'auteur des copies ne peut dissimuler la fin distincte qu'il poursuit en l'amalgamant avec la recherche ou l'étude à laquelle s'adonne l'utilisateur final.

[22] Comme il est mentionné dans le pourvoi connexe *SOCAN c. Bell*, l'utilisation équitable est un « droit des utilisateurs ». Il convient d'adopter le point de vue de ces derniers pour déterminer, au premier volet du critère de l'arrêt *CCH*, s'il y a utilisation à une fin permise (*CCH*, par. 48 et 64). Il ne s'ensuit toutefois pas que le but de l'auteur des copies ne compte pas au second volet. Lorsque, comme dans les affaires relatives aux cahiers de cours, sous le couvert d'une fin permise à l'utilisateur, l'auteur des copies se livre à une utilisation distincte qui est de nature à rendre l'utilisation inéquitable, cette autre fin distincte est également prise en compte dans l'analyse du caractère équitable.

[23] Cependant, en l'espèce, l'enseignant ne poursuit pas une telle fin distincte. Il n'a pas de motif inavoué lorsqu'il fournit des copies à ses élèves. On ne saurait non plus soutenir qu'il poursuit une fin

characterized as having the completely separate purpose of “instruction”; they are there to facilitate the students’ research and private study. It seems to me to be axiomatic that most students lack the expertise to find or request the materials required for their own research and private study, and rely on the guidance of their teachers. They study what they are told to study, and the teacher’s purpose in providing copies is to enable the students to have the material they need for the purpose of studying. The teacher/copier therefore shares a symbiotic purpose with the student/user who is engaging in research or private study. Instruction and research/private study are, in the school context, tautological.

[24] The Board’s approach, on the other hand, drives an artificial wedge into these unified purposes by drawing a distinction between copies made by the teacher at the request of a student (Categories 1-3), and copies made by the teacher without a prior request from a student (Category 4). Nowhere in *CCH* did the Court suggest that the lawyer had to “request” the photocopies of legal works from the Great Library before those copies could be said to be for the purpose of “research”. On the contrary, what the Court found was that the copies of legal works were “necessary conditions of research and thus part of the research process”:

The reproduction of legal works is for the purpose of research in that it is an *essential element of the legal research process*. . . . Put simply, [the Great Library’s] custom photocopy service helps to ensure that legal professionals in Ontario can access the materials necessary to conduct the research required to carry on the practice of law. [Emphasis added; para. 64.]

[25] Similarly, photocopies made by a teacher and provided to primary and secondary school students are an essential element in the research and private study undertaken by those students. The fact that some copies were provided on request and others were not, did not change the significance of those copies for students engaged in research and private study.

[26] Nor, with respect, do I accept the statement made by the Board and endorsed by the Federal

d’« enseignement » totalement distincte, car il est là pour faciliter la recherche et l’étude privée des élèves. Il est à mon avis axiématique que la plupart des élèves sont incapables de trouver ou de demander les documents que requièrent leurs propres recherche et étude privée et qu’ils dépendent à cet égard de l’enseignant. Ils étudient ce qu’on leur dit d’étudier, et la fin que poursuit l’enseignant lorsqu’il fait des copies est celle de procurer à ses élèves le matériel nécessaire à leur apprentissage. L’enseignant/auteur des copies et l’élève/utilisateur qui s’adonne à la recherche ou à l’étude privée poursuivent en symbiose une même fin. Dans le contexte scolaire, enseignement et recherche ou étude privée sont tautologiques.

[24] Or, la Commission vient artificiellement enfoncer un coin entre ces fins réunies en une seule en établissant une distinction entre les copies produites par l’enseignant à la demande d’un élève (catégories 1 à 3) et celles produites en l’absence d’une telle demande (catégorie 4). Dans *CCH*, la Cour ne laisse aucunement entendre que les photocopies d’ouvrages juridiques doivent avoir été « demandées » à la Grande bibliothèque pour que l’on puisse considérer qu’elles ont été faites aux fins « de recherche ». Au contraire, elle conclut que les copies d’ouvrages juridiques « sont nécessaires au processus de recherche et en font donc partie » :

La reproduction d’ouvrages juridiques est effectuée aux fins de recherche en ce qu’il s’agit d’un *élément essentiel du processus de recherche juridique*. [. . .] Le service de photocopie [de la Grande bibliothèque] contribue simplement à faire en sorte que les juristes de l’Ontario aient accès aux ouvrages nécessaires à la recherche que demande l’exercice du droit. [Italiques ajoutés; par. 64.]

[25] De même, les photocopies que l’enseignant distribue à l’élémentaire ou au secondaire constituent un élément essentiel de la recherche et de l’étude privée des élèves. Le fait que des copies sont fournies sur demande et d’autres pas n’altère en rien leur importance pour les élèves lorsqu’ils s’adonnent à ces deux activités.

[26] En tout respect, je ne peux faire miens non plus les propos de la Commission, auxquels adhère

Court of Appeal, relying on *University of London Press*, that the photocopies made by teachers were made for an unfair purpose — “non-private study” — since they were used by students as a group in class, and not “privately”. As discussed above, the holding was simply that the publisher could not hide behind the students’ research or private study purposes to disguise a separate unfair purpose — in that case, a commercial one. The court did *not* hold that students in a classroom setting could never be said to be engaged in “private study”.

[27] With respect, the word “private” in “private study” should not be understood as requiring users to view copyrighted works in splendid isolation. Studying and learning are essentially personal endeavours, whether they are engaged in with others or in solitude. By focusing on the geography of classroom instruction rather than on the *concept* of studying, the Board again artificially separated the teachers’ instruction from the students’ studying.

[28] The Board’s skewed characterization of the teachers’ role as being independent and differently motivated from that of the student users, also led to a problematic approach to the “amount of the dealing” factor. In considering this factor, the Board accepted that teachers generally limit themselves to reproducing relatively short excerpts of each textbook. Having found that the teachers only copied “short excerpts”, the Board was required to determine whether the proportion of each of the short excerpts in relation to the whole work was fair. Instead, it then cited a passage from *CCH*, at para. 68, that said “if a specific patron . . . submitted numerous requests for multiple reported judicial decisions from the same reported series over a short period of time”, the dealing might not be fair. Relying on this quote, the Board concluded that a teacher was analogous to a specific patron, and that the repeated copying of the same “class set” of books — that is, a set shared by more than one class or by many students in the same class — tended to make the dealing unfair.

la Cour d’appel fédérale, les deux instances prenant appui sur *University of London Press*, à savoir que les photocopies, parce qu’elles sont utilisées collectivement par les élèves en classe, ne sont pas faites à l’une des fins de l’utilisation équitable, soit l’étude « privée ». Rappelons que la cour dit seulement que l’éditeur ne peut invoquer les fins de recherche et d’étude privée poursuivies par les élèves pour dissimuler une fin inéquitable distincte, en l’occurrence une fin commerciale. La cour *ne* statue *pas* que lorsqu’ils sont en classe les élèves ne peuvent jamais être considérés comme s’adonnant à l’« étude privée ».

[27] À mon humble avis, l’adjectif « privée » n’exige pas de l’utilisateur qu’il consulte une œuvre protégée dans un splendide isolement. Étudier et apprendre sont des activités intrinsèquement personnelles, qu’on s’y adonne seul ou avec d’autres. En s’attachant au lieu physique de l’enseignement dispensé en classe plutôt qu’à la *notion* d’étude, la Commission dissocie encore de manière artificielle l’enseignement dispensé par l’enseignant et l’étude à laquelle se livre l’élève.

[28] Sa qualification erronée du rôle de l’enseignant, auquel elle prête une motivation indépendante et distincte de celle des élèves utilisateurs, fausse l’examen d’un autre élément, celui de « l’ampleur de l’utilisation ». La Commission reconnaît que l’enseignant ne reproduit généralement que des extraits relativement courts de chacun des manuels. Puisqu’elle conclut que l’enseignant ne reproduit que de « courts extraits », la Commission doit se demander si la proportion entre chacun des courts extraits et l’œuvre complète est équitable. Or, elle cite plutôt un passage du par. 68 de l’arrêt *CCH* où la Cour dit que « lorsque, dans un court laps de temps, un usager [. . .] présente de nombreuses demandes visant de multiples décisions judiciaires publiées dans les mêmes recueils », l’utilisation peut être inéquitable. Elle conclut dès lors que l’enseignant peut être assimilé à l’usager [de la Grande bibliothèque] et que la reproduction répétée de mêmes exemplaires d’un manuel — ceux que se partagent plus d’une classe ou bon nombre d’élèves d’une même classe — rend généralement l’utilisation inéquitable.

[29] This, with respect, was a flawed approach. First, unlike the single patron in *CCH*, teachers do not make multiple copies of the class set for their own use, they make them for the use of the *students*. Moreover, as discussed in the companion case *SOCAN v. Bell*, the “amount” factor is not a quantitative assessment based on aggregate use, it is an examination of the proportion between the excerpted copy and the entire work, not the overall quantity of what is disseminated. The quantification of the total number of pages copied, as the Court noted in *CCH*, is considered under a different factor: the “character of the dealing”.

[30] The Board had, in fact, already considered the quantification of the dissemination when it assessed the character of the dealing, finding that multiple copies of the texts were distributed to entire classes. In reapplying this same quantitative concern when assessing the “amount of the dealing”, it conflated the two factors, which had the effect of erasing proportionality from the fairness analysis.

[31] I also have difficulty with how the Board approached the “alternatives to the dealing” factor. A dealing may be found to be less fair if there is a non-copyrighted equivalent of the work that could have been used, or if the dealing was not reasonably necessary to achieve the ultimate purpose (*CCH*, at para. 57). The Board found that, while students were not expected to use only works in the public domain, the educational institutions had an alternative to photocopying textbooks: they could simply buy the original texts to distribute to each student or to place in the library for consultation.

[32] In my view, buying books for each student is not a realistic alternative to teachers copying short excerpts to supplement student textbooks. First, the schools have already purchased originals that are kept in the class or library, from which the teachers

[29] En toute déférence, il s’agit d’une approche erronée. À la différence de l’usager individuel considéré dans *CCH*, l’enseignant fait de multiples copies des exemplaires de classe, non pas à son propre usage, mais à celui de ses élèves. De plus, comme il est souligné dans le pourvoi connexe *SOCAN c. Bell*, l’élément de l’« ampleur » ne commande pas une appréciation quantitative en fonction de l’utilisation globale; il appelle un examen du rapport entre l’extrait et, non pas la quantité totale de ce qui est diffusé, mais bien l’œuvre complète. Dans *CCH*, la Cour fait observer que le nombre total de pages reproduites ressortit à un autre élément, celui de la « nature de l’utilisation ».

[30] En fait, la Commission tient déjà compte de la diffusion d’ordre quantitatif lorsqu’elle se penche sur la nature de l’utilisation et elle constate que de multiples copies ont été distribuées à des classes entières. Lorsqu’elle revient sur la même considération au moment d’apprécier l’« ampleur de l’utilisation », elle confond les deux éléments, ce qui a pour effet d’évincer la proportionnalité de l’analyse du caractère équitable.

[31] J’ai également des réserves quant à la manière dont la Commission soupèse le troisième élément, celui des « solutions de rechange à l’utilisation ». La balance risque de pencher en faveur d’une utilisation inéquitable lorsqu’un équivalent non protégé peut remplacer l’œuvre ou que l’utilisation de cette dernière n’est pas raisonnablement nécessaire eu égard à la fin visée (*CCH*, par. 57). Tout en précisant que l’on ne s’attend pas à ce que les élèves n’utilisent que des œuvres du domaine public, la Commission conclut que les établissements d’enseignement disposent d’une solution de rechange à la reproduction des manuels : ils peuvent simplement acquérir des exemplaires pour tous les élèves ou les mettre à leur disposition à la bibliothèque.

[32] À mon avis, l’achat de livres pour tous les élèves ne constitue pas une solution de rechange réaliste à la reproduction par l’enseignant de courts extraits complémentaires. D’abord, les écoles ont déjà acquis des exemplaires qui sont

make copies. The teacher merely facilitates wider access to this limited number of texts by making copies available to all students who need them. In addition, purchasing a greater number of original textbooks to distribute to students is unreasonable in light of the Board's finding that teachers only photocopy short excerpts to complement existing textbooks. Under the Board's approach, schools would be required to buy sufficient copies for every student of every text, magazine and newspaper in Access Copyright's repertoire that is relied on by a teacher. This is a demonstrably unrealistic outcome. Copying short excerpts, as a result, is reasonably necessary to achieve the ultimate purpose of the students' research and private study.

[33] The final problematic application of a fairness factor by the Board was its approach to the "effect of the dealing on the work", which assesses whether the dealing adversely affects or competes with the original work. Access Copyright pointed out that textbook sales had shrunk over 30 percent in 20 years. However, as noted by the Coalition, there was no evidence that this decline was linked to photocopying done by teachers. Moreover, it noted that there were several other factors that were likely to have contributed to the decline in sales, such as the adoption of semester teaching, a decrease in registrations, the longer lifespan of textbooks, increased use of the Internet and other electronic tools, and more resource-based learning.

[34] Despite this evidentiary vacuum, the Board nonetheless concluded that the impact of photocopies, though impossible to quantify, was "sufficiently important" to compete with the original texts to an extent that made the dealing unfair. The Board supported its conclusion with the finding that the schools copy "more than a quarter of a billion textbook pages each year", even though this total number included the pages for which

conservés dans les salles de classe ou à la bibliothèque, et dont les enseignants tirent des copies. L'enseignant ne fait que faciliter l'accès au nombre limité d'exemplaires en produisant des copies pour tous les élèves qui en ont besoin. En outre, l'achat d'exemplaires supplémentaires pour les distribuer aux élèves n'est pas une solution raisonnable étant donné que, selon la Commission, les enseignants ne photocopient que de courts extraits pour compléter les manuels utilisés. La solution préconisée par la Commission obligerait les écoles à acheter, pour chacun des élèves, un exemplaire de tous les manuels, magazines et journaux qui figurent dans le répertoire d'Access Copyright et qu'utilise l'enseignant. Cette avenue est manifestement impraticable. La reproduction de courts extraits est donc raisonnablement nécessaire eu égard aux fins visées que sont la recherche et l'étude privée des élèves.

[33] Enfin, l'examen de la Commission se révèle discutable en ce qui concerne « l'effet de l'utilisation sur l'œuvre », l'élément en fonction duquel on détermine si l'utilisation nuit à l'œuvre originale ou y fait concurrence. Access Copyright souligne que les ventes de manuels scolaires ont diminué de plus de 30 pour cent en 20 ans. Toutefois, comme le fait valoir la coalition, rien ne prouve que cette diminution résulte des photocopies faites par les enseignants. En outre, elle relève plusieurs autres considérations susceptibles d'expliquer la baisse, dont l'enseignement par semestre, la diminution du nombre d'inscriptions, l'augmentation de la durée de vie des manuels, le recours accru aux outils électroniques, dont Internet et l'apprentissage axé sur une grande variété de ressources.

[34] Malgré l'absence de preuve sur ce point, la Commission estime néanmoins que l'effet des photocopies, bien qu'il soit impossible à quantifier, est « suffisamment important » pour que l'on conclue à une concurrence avec les œuvres originales qui rend l'utilisation inéquitable. Elle invoque à l'appui sa conclusion selon laquelle les écoles copient « plus d'un quart de milliard de pages de manuels scolaires chaque année », même si

the schools *already* pay a tariff. The Category 4 copies in dispute account for under 7% of those pages.

[35] In *CCH*, the Court concluded that since no evidence had been tendered by the publishers of legal works to show that the market for the works had decreased *as a result* of the copies made by the Great Library, the detrimental impact had not been demonstrated. Similarly, other than the bald fact of a decline in sales over 20 years, there is no evidence from Access Copyright demonstrating any link between photocopying short excerpts and the decline in textbook sales.

[36] In addition, it is difficult to see how the teachers' copying competes with the market for textbooks, given the Board's finding that the teachers' copying was limited to short excerpts of complementary texts. If such photocopying did not take place, it is more likely that students would simply go without the supplementary information, or be forced to consult the single copy already owned by the school.

[37] This Court in *CCH* stated that whether something is "fair" is a question of fact and "a matter of impression" (para. 52, citing *Hubbard v. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023 (C.A.), at p. 1027). As a result, the Board's decision as to whether the photocopies amount to fair dealing is to be reviewed, as it was by the Federal Court of Appeal, on a reasonableness standard. Because the Board's finding of unfairness was based on what was, in my respectful view, a misapplication of the *CCH* factors, its outcome was rendered unreasonable.

[38] I would therefore allow the appeal with costs and remit the matter to the Board for reconsideration based on these reasons.

ce nombre englobe les pages pour lesquelles les établissements paient *déjà* des redevances. Les copies de la catégorie 4, qui sont l'objet du litige, représentent moins de sept pour cent de ces pages.

[35] Dans *CCH*, parce que les maisons d'édition juridiques n'ont pas établi que le marché de leurs œuvres a fléchi à cause des copies produites par la Grande bibliothèque, la Cour se dit non convaincue de l'effet préjudiciable allégué. De même, outre le simple fait que les ventes ont chuté sur une période de 20 ans, Access Copyright n'avance rien qui soit susceptible de démontrer l'existence d'un quelconque lien entre la photocopie de courts extraits et la diminution des ventes de manuels scolaires.

[36] De plus, je vois difficilement comment les photocopies peuvent concurrencer les manuels sur le marché, car au dire de la Commission, les enseignants n'en reproduisent que de courts extraits à titre complémentaire. Selon toute vraisemblance, si ces photocopies n'étaient pas tirées, les élèves seraient tout simplement privés du complément d'information ou se verraient contraints de consulter le seul exemplaire que possède l'école.

[37] Dans *CCH*, la Cour opine que ce qu'il faut entendre par « équitable » est une question de fait et « une question d'impression » (par. 52, citant *Hubbard c. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023 (C.A.), p. 1027). C'est donc en fonction de la norme de la raisonabilité — celle appliquée en l'espèce par la Cour d'appel fédérale — qu'il faut contrôler la décision de la Commission sur la question de savoir si la photocopie équivaut à une utilisation équitable. Comme j'estime que la Commission conclut au caractère inéquitable à l'issue d'une application erronée des éléments énoncés dans *CCH*, sa décision est déraisonnable.

[38] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de renvoyer l'affaire à la Commission pour qu'elle l'examine à nouveau, à la lumière des présents motifs.

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

Version française des motifs des juges Deschamps, Fish, Rothstein et Cromwell rendus par

ROTHSTEIN J. (dissenting) —

LE JUGE ROTHSTEIN (dissident) —

I. Introduction

I. Introduction

[39] This appeal is about fair dealing under s. 29 of the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42 (“Act”). Whether something is fair is a question of fact (*CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, at para. 52 (“*CCH*”). Fair dealing is “a matter of impression” (*CCH*, at para. 52, citing *Hubbard v. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023 (C.A.), at p. 1027). In *CCH*, this Court found that the factors proposed by Linden J.A., at the Federal Court of Appeal (2002 FCA 187, [2002] 4 F.C. 213, at para. 150), to help assess whether a dealing is fair, provided a “useful analytical framework to govern determinations of fairness in future cases” (para. 53). While useful for purposes of the fair dealing analysis, the factors are not statutory requirements.

[39] Le présent pourvoi porte sur l’utilisation équitable prévue à l’art. 29 de la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42 (« Loi »). Ce qu’il faut entendre par équitable est une question de fait (*CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, par. 52 (« *CCH* »)). En outre, qu’une utilisation soit équitable ou non est « une question d’impression » (*CCH*, par. 52, citant *Hubbard c. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023 (C.A.), p. 1027). De l’avis de notre Cour dans *CCH*, les éléments proposés par le juge Linden de la Cour d’appel fédérale (2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213, par. 150) offrent « un cadre d’analyse utile pour statuer sur le caractère équitable d’une utilisation dans des affaires ultérieures » (par. 53). Bien que la prise en compte de ces éléments soit utile à l’analyse, il ne s’agit pas d’une exigence de la loi.

[40] The application of these factors to the facts of each case by the Copyright Board should be treated with deference on judicial review. A principled deferential review requires that courts be cautious not to inadvertently slip into a more intrusive, correctness review.

[40] Lors du contrôle judiciaire, l’application de ces éléments aux faits par la Commission du droit d’auteur appelle la déférence. Un examen véritablement déférent exige de la cour de révision qu’elle se garde de s’engager par inadvertance dans un contrôle plus approfondi fondé sur la norme de la décision correcte.

[41] Justice Abella finds that the Board misapplied several of the *CCH* factors and that its conclusion is, as a result, unreasonable. I respectfully disagree. In my view, the Board made no reviewable error in principle in construing the *CCH* factors and, with one relatively minor exception, its factual analysis, application of the *CCH* factors to the facts and its conclusions were not unreasonable. I would therefore dismiss the appeal.

[41] Selon la juge Abella, la Commission a mal apprécié plusieurs éléments énoncés dans l’arrêt *CCH*, ce qui rendrait sa conclusion déraisonnable. En toute déférence, je ne suis pas de son avis. J’estime que, sur le plan des principes, la Commission n’a commis aucune erreur susceptible de contrôle dans son interprétation de ces éléments et, sauf sur un point relativement peu important, ni son analyse factuelle, ni sa prise en compte des éléments à partir des faits de l’espèce, ni ses conclusions ne sont déraisonnables. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi.

II. Fair Dealing

A. *Purpose of the Dealing*

(1) Whose Purpose Is Relevant

[42] In my respectful opinion, it was not unreasonable for the Board to have considered that the teacher's purpose was relevant and *predominant on the facts in this case*. At para. 98 of its reasons (online), the Board stated:

Conversely, with respect to copies of excerpts made on the teacher's initiative for his or her students or at the student's request with instructions to read them, we consider that the teacher's stated purpose must predominate. Most of the time, this real or predominant purpose is instruction or "non-private" study. We attribute a certain degree of importance to the fact that the teacher's role is scarcely comparable to that of staff at the Great Library, the subject of *CCH*. That staff makes copies at the clients' request. A teacher, in deciding what to copy and for whom, just as when directing students' conduct, is doing his or her job, which is to instruct students. According to this criterion, the dealing therefore tends to be unfair. [Emphasis added.]

[43] In my view, even if the selecting of passages and photocopying them carried out by teachers for their students were to be seen as an integral part of the students' private study, the teacher also has a purpose. It is to utilize the photocopied excerpts in the process of instructing and educating the students, the essence of the job of teaching. This purpose cannot be ignored and was not by the Board. The teacher's role in selecting and photocopying excerpts of works is significantly different from the role of the Great Library staff in *CCH*, which was completely passive. The Board noted this difference at para. 98 and concluded that, *on the facts*, the teacher's purpose predominated in these circumstances. There is nothing unreasonable in this *factual* conclusion.

[44] Nor do I think that the Board's approach draws an artificial distinction between copies made by the teacher at the request of a student and those made at the teacher's own initiative. In my opinion,

II. Utilisation équitable

A. *But de l'utilisation*

(1) De quel point de vue doit-on déterminer la fin poursuivie?

[42] À mon humble avis, il n'est pas déraisonnable de conclure, comme le fait la Commission, que la fin poursuivie par l'enseignant importe et qu'elle est *prédominante eu égard aux faits de l'espèce*. Voici ce qu'elle dit au par. 98 de ses motifs (en ligne):

Par contre, en ce qui a trait aux copies d'extraits faites à l'initiative de l'enseignant pour ses élèves ou à la demande de l'étudiant avec instruction de lire, nous estimons que c'est la fin que poursuit l'enseignant qui doit prédominer. La plupart du temps, cette fin réelle ou principale est l'enseignement ou l'étude « non privée ». Nous accordons une certaine importance au fait que le rôle de l'enseignant se compare difficilement à celui du personnel de la Grande bibliothèque, objet de l'arrêt *CCH*. Ce personnel effectue des copies à la demande de sa clientèle. L'enseignant qui décide [de] ce qu'il reproduit et à qui il le remet, [comme lorsqu'il] dicte à l'étudiant sa conduite, le fait pour accomplir son travail, qui est d'enseigner. [Suivant] ce critère, l'utilisation tend donc à être inéquitable. [Je souligne.]

[43] Selon moi, même si l'on considère que le choix des extraits et leur reproduction à l'intention des élèves font partie intégrante de l'étude privée de ces derniers, l'enseignant poursuit aussi une fin qui lui est propre. Il fait les copies dans le dessein d'instruire et d'éduquer ses élèves, ce qui est l'essence même de l'enseignement. Cette fin ne peut être ignorée et elle ne l'est pas par la Commission. Le rôle de l'enseignant qui photocopie des extraits choisis diffère grandement de celui, complètement passif, du personnel de la Grande bibliothèque dans l'affaire *CCH*. Soulignant cette différence au par. 98, la Commission conclut *au vu des faits* que la fin poursuivie par l'enseignant prédomine dans les circonstances, une conclusion *factuelle* qui n'est en rien déraisonnable.

[44] Je ne crois pas non plus que la Commission établit à tort une distinction entre les copies que fait l'enseignant à la demande d'un élève et celles qu'il fait de sa propre initiative. Selon moi, cette

the distinction drawn by the Board remains consistent with and reasonable in light of *CCH*. It was quite clear in *CCH* that the photocopies made by the staff of the Great Library were made at the request of the lawyers. That is, without that request from the lawyers, there would have been no photocopies. Considering, as the Board did, that the fact that the initiative for a copy came from a teacher was an indicator that the photocopy would mainly serve the teacher's purpose of teaching is not artificial or unreasonable. This is a realistic assessment of the facts and circumstances of classroom teaching.

[45] At para. 88, the Board explained that since the dealing in issue was for more than one purpose, it would look, under the first step of *CCH*, at whether any one of the purposes was an allowable purpose for fair dealing under the Act; if so, it would proceed to assess the *predominant* purpose of the dealing in the analysis of whether the dealing is fair. The parties agreed that this appeal should be decided solely on the assessment of the Board's analysis of fairness under the second step of *CCH*. In these circumstances, there is no basis for the suggestion that the finding by the Board under the "purpose of the dealing" factor — that the copies were made predominantly for the teacher's purpose of instruction — contradicts its finding under the first step of the analysis — that Category 4 copies were made for an allowable purpose.

(2) The Meaning of "Private Study"

[46] I do not think that the Board and the Federal Court of Appeal erred in equating "instruction" with "*non-private study*", and that this tended to make the purpose of the dealing unfair (Board, at para. 98; 2010 FCA 198, [2011] 3 F.C.R. 223, at paras. 37-38).

[47] While I agree with Justice Abella that "[s]tudying and learning are essentially personal endeavours", in the sense that each individual applies his or her own mind to the acquisition of knowledge, studying may occur in different settings (para. 27).

distinction est raisonnable au vu de *CCH* et elle est conforme à celui-ci. Dans l'affaire *CCH*, c'était clairement à la demande des avocats que le personnel de la Grande bibliothèque réalisait les photocopies. Autrement dit, sans demande de la part d'un avocat, aucune copie n'était produite. Il n'est ni artificiel ni déraisonnable d'inférer, comme le fait la Commission, à partir du constat que la copie résulte de l'initiative de l'enseignant, que cette reproduction sert principalement la fin que poursuit ce dernier, soit l'enseignement. Il s'agit d'une appréciation réaliste des tenants et aboutissants de l'enseignement en classe.

[45] Au paragraphe 88, la Commission explique que, l'utilisation en cause ayant plus d'une fin, il faut se demander, au premier volet du critère établi dans *CCH*, si l'une ou l'autre fin est permise par la Loi. Dans l'affirmative, il convient de déterminer la fin *principale* de l'utilisation dans le cadre de l'analyse portant sur le caractère équitable de celle-ci. Les parties reconnaissent que la Cour doit statuer sur le pourvoi uniquement en fonction de son appréciation de l'analyse de la Commission à la seconde étape du critère de l'arrêt *CCH*, à savoir celle relative au caractère équitable. On ne saurait donc laisser entendre que la conclusion tirée par la Commission relativement à un élément — celui du « but de l'utilisation » —, à savoir que les copies ont principalement été faites à la fin d'enseignement poursuivie par l'enseignant, contredit celle qu'elle tire à la première étape, à savoir que les copies de la catégorie 4 ont été faites à une fin permise.

(2) Sens du terme « étude privée »

[46] J'estime que la Commission et la Cour d'appel fédérale n'ont pas tort de faire équivaloir « enseignement » et « étude *non* privée » et de conclure au caractère inéquitable de l'utilisation compte tenu de la fin poursuivie (Commission, par. 98; 2010 CAF 198, [2011] 3 R.C.F. 223, par. 37-38).

[47] Je conviens certes avec la juge Abella qu'« [é]tudier et apprendre sont des activités intrinsèquement personnelles » en ce que chacun voue individuellement son esprit à l'acquisition de connaissances (par. 27). Or, l'étude peut avoir lieu

The *Copyright Act* itself requires that to be fair dealing, use of a copyrighted work must be for “private study”, which indicates that the Act foresees private and non-private study (s. 29). This point was made in *CCH* by the majority of the Federal Court of Appeal at paras. 128-29. Parliament does not speak in vain (*Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610, at para. 110). Words used by the legislator should be construed to give them *some* meaning. The section cannot be interpreted to strip the word “private” in “private study” of *any* meaning.

[48] The Board relied on prior jurisprudence on this point (para. 90). The Federal Court of Appeal upheld the Board’s conclusion as reasonable because

“[p]rivate study” presumably means just that: study by oneself. . . . A large and liberal interpretation means that the provisions are given a generous scope. It does not mean that the text of a statute should be given a meaning it cannot ordinarily bear. When students study material with their class as a whole, they engage not in “private” study but perhaps just “study”. [para. 38]

[49] I agree with the distinction made by the Federal Court of Appeal. When included in the Act, the expression “private study” arguably refers to the situation of a scholar or student dealing with a work for his individual study. This does not mean that the scholar or student may not collaborate with others. I would hesitate to endorse the Board’s apparent view, at para. 90, that a copy made at the request of a teacher can *never* be for the purpose of private study. In my view, a copy made on a teacher’s own initiative would indeed be for private study if, for example, the material is tailored to the particular learning needs or interests of a single or small number of students. However, “private study” cannot have been intended to cover situations where tens, hundreds or thousands of copies are made in a school, school district or across a province as part of an organized program

dans différents contextes. Dans la *Loi sur le droit d’auteur*, le législateur précise que pour être équitable, l’utilisation d’une œuvre protégée doit avoir pour fin l’« étude privée » (art. 29), ce qui porte à croire qu’il conçoit que l’étude peut être privée ou non. C’est ce que font observer les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale dans *CCH*, par. 128-129. Le législateur ne parle pas pour ne rien dire (*Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610, par. 110), et les mots qu’il choisit doivent donc être interprétés de manière à avoir *un* sens. On ne saurait interpréter la disposition en cause de manière à dépouiller l’adjectif « privée » de *tout* sens.

[48] La Commission invoque la jurisprudence à l’appui de sa position (par. 90), et la Cour d’appel fédérale juge sa conclusion raisonnable et la confirme en ces termes :

Selon toute vraisemblance, l’expression « étude privée » signifie précisément cela : étude personnelle. [. . .] Interpréter de façon large et libérale signifie que l’on reconnaît une portée généreuse aux dispositions en question, ce qui ne veut pas dire que le texte de loi doit se voir attribuer un sens qu’on ne peut normalement lui prêter. Lorsque des élèves étudient collectivement des documents en classe, ils ne se livrent pas à une étude « privée »; on peut dire qu’ils « étudient », tout simplement. [par. 38]

[49] Je fais mienne la distinction établie par la Cour d’appel fédérale. Ainsi, on pourrait soutenir que le terme « étude privée » employé dans la Loi renvoie à la situation du chercheur, de l’étudiant ou de l’élève qui consulte une œuvre dans le cadre d’une étude individuelle. Une telle interprétation n’écarte pas pour autant la possibilité que l’intéressé collabore avec autrui. J’hésite à partager l’opinion que paraît exprimer la Commission au par. 90, à savoir que la reproduction effectuée à la demande d’un enseignant ne peut *jamaïs* avoir comme fin l’étude privée. À mon sens, la reproduction effectuée à l’initiative d’un enseignant aurait en fait comme fin l’étude privée si, par exemple, le matériel était adapté aux besoins d’apprentissage spéciaux ou aux intérêts particuliers d’un seul élève ou d’un petit nombre d’élèves. Mais le législateur n’a pu vouloir que le terme « étude privée » s’entende de la situation où

of instruction. The Board's conclusion at para. 98 that, in the case of Category 4 copies, "[m]ost of the time, [the] real or predominant purpose is instruction or 'non-private' study" is reasonable on the facts of this case.

B. *Amount of the Dealing and Character of the Dealing*

[50] I agree with my colleague that as a matter of analytical coherence, the "amount of the dealing" factor is concerned with "the proportion between the excerpted copy and the entire work, not the overall quantity of what is disseminated" (para. 29). The number of copies and the extent of the dissemination are properly considered under the "character of a dealing" factor (*CCH*, at para. 55). I also agree that it is important to avoid double counting in assessing the fairness of a dealing by looking to the same aspect of the dealing under more than one factor.

[51] However, in my opinion, the Board's analysis under the "amount of the dealing" factor remained focused on the proportion of the photocopied excerpt to the entire work. In its factual assessment of the "amount of the dealing" factor, the Board found "that class sets will be subject to 'numerous requests for [. . .] the same [. . .] series'" (para. 104, citing *CCH*, at para. 68). I do not read the Board's reliance on this finding as indicating that it improperly considered the overall number of copies of the same excerpt distributed to a whole class.

[52] As I understand the Board's reasons, while teachers usually made short excerpts at any one time, this was offset by the fact that the teachers would return to copy other excerpts from the same books — the ones contained in class sets — thereby making the *overall proportion* of the copied pages unfair in relation to the entire work *over a period of time*. The Board found:

des dizaines, des centaines, voire des milliers de copies sont faites à l'échelle d'une école, d'un district scolaire ou d'une province dans le cadre établi d'un programme d'enseignement. La conclusion que tire la Commission au par. 98, à savoir que, en ce qui concerne les copies de la catégorie 4, « [l]a plupart du temps, cette fin réelle ou principale est l'enseignement ou l'étude "non privée" », est raisonnable eu égard aux faits de l'espèce.

B. *Ampleur et nature de l'utilisation*

[50] Je conviens avec ma collègue que, par souci de cohérence de l'analyse, « l'élément de l'"ampleur" [. . .] appelle un examen du rapport entre l'extrait et, non pas la quantité totale de ce qui est diffusé, mais bien l'œuvre complète » (par. 29). Le nombre de copies et la portée de la diffusion ressortissent plutôt à l'élément « nature d'une utilisation » (*CCH*, par. 55). Je conviens également que pour statuer sur le caractère équitable, il importe d'éviter la double prise en compte qui consiste à considérer un même aspect de l'utilisation dans l'examen de plus d'un élément.

[51] Je suis toutefois d'avis que l'analyse à laquelle se livre la Commission au chapitre de l'« ampleur de l'utilisation » demeure axée sur le rapport entre l'extrait photocopie et l'œuvre complète. Dans l'application de cet élément aux faits, elle souligne que « les [exemplaires] de classe font l'objet "de nombreuses demandes visant [. . .] les mêmes recueils" » (par. 104, citant *CCH*, par. 68). Cette constatation de fait ne permet pas de conclure que la Commission tient compte à tort du nombre total de copies d'un extrait qui sont distribuées à une classe entière.

[52] Selon mon interprétation de ce passage des motifs de la Commission, même si les extraits photocopiés par les enseignants sont généralement courts, la reproduction ultérieure par ces derniers d'autres extraits des mêmes ouvrages — les exemplaires de classe — rend inéquitable le *rapport global* entre les pages copiées et l'œuvre entière *dans un laps de temps donné*. La Commission conclut d'ailleurs :

With respect to the copies made on the teacher's initiative for his or her students, there are factors weighing on each side. . . . [I]t seems that teachers generally limit themselves to reproducing relatively short excerpts from a work to complement the main textbook. On the other hand, in our view, it is more than likely that class sets will be subject to "numerous requests for [. . .] the same [. . .] series", which would tend to make the amount of the dealing unfair on the whole. [Emphasis added; para. 104.]

The Board's conclusion is consistent with the *CCH* direction that "the [amount of the] dealings might not be fair if a specific patron . . . submitted numerous requests for multiple reported judicial decisions from the same reported series over a short period of time" (para. 68). In this context, it was not unreasonable for the Board to compare a teacher with a specific patron of the Great Library, given its earlier conclusion that the teacher's purpose must predominate.

[53] Under the "character of the dealing" factor, the Board focused its analysis on the fact that multiple copies of the *same* excerpt are made, at any one time, to be *disseminated to the whole class* (Board, at para. 100). Accordingly, on my reading of the Board's reasons, there was no double counting; the Board's conclusions of unfairness under the "character of the dealing" and the "amount of the dealing" factors were arrived at independently, taking into consideration different aspects of the dealing.

[54] On the whole, unless it is shown that the Board's conclusion of fact that the books from the "class sets will be subject to 'numerous requests . . .'" was unreasonable — and I would observe that the appellants specifically state in their factum that "the Board's findings of fact are not in dispute" (para. 50) — I would not disturb the Board's assessment under the "amount of the dealing" and "character of the dealing" factors.

C. Alternatives to the Dealing

[55] According to my colleague's analysis, at para. 32, the Board also unreasonably assessed

Pour ce qui est des copies faites à l'initiative de l'enseignant pour ses élèves, il existe des facteurs qui vont dans les deux sens. [. . .] [I] semble que l'enseignant se limite généralement à reproduire des extraits relativement courts d'un ouvrage comme mesure d'appoint au manuel scolaire principal. Par contre, il nous semble plus que probable que les [exemplaires] de classe font l'objet « de nombreuses demandes visant [. . .] les mêmes recueils », ce qui tendrait à rendre inéquitable l'ampleur de l'utilisation dans son ensemble. [Je souligne; par. 104.]

Ce constat va dans le même sens que celui de notre Cour dans *CCH*, à savoir que « [l'ampleur de l']utilisation peut être inéquitable lorsque, dans un court laps de temps, un usager [. . .] présente de nombreuses demandes visant de multiples décisions judiciaires publiées dans les mêmes recueils » (par. 68). Dans ce contexte, il n'est pas déraisonnable que la Commission compare l'enseignant à l'usager de la Grande bibliothèque puisqu'elle reconnaît par ailleurs que la fin poursuivie par l'enseignant doit prédominer.

[53] En ce qui concerne la « nature de l'utilisation », la Commission s'attache au fait que de multiples copies d'un *même* extrait sont *distribuées à l'ensemble de la classe* (Commission, par. 100). Suivant mon interprétation, ses motifs ne révèlent donc pas de double prise en compte; elle considère la « nature » et l'« ampleur » séparément et tient compte pour chacun de ces éléments d'aspects différents de l'utilisation avant de conclure au caractère inéquitable de l'utilisation.

[54] Tout compte fait, sauf s'il est démontré que Commission relève déraisonnablement que « les [exemplaires] de classe font l'objet "de nombreuses demandes" » — et je rappelle que dans leur mémoire les appelants disent expressément que [TRADUCTION] « les conclusions de fait tirées par la Commission ne sont pas contestées » (par. 50) —, j'estime qu'il n'y a pas lieu de revenir sur son appréciation de l'« ampleur » et de la « nature » de l'utilisation.

C. Solutions de rechange à l'utilisation de l'œuvre

[55] Suivant l'analyse de ma collègue au par. 32, l'appréciation de cet élément par la Commission est

whether there were any alternatives to the dealing, because “buying books for each student is not a realistic alternative to teachers copying short excerpts to supplement student textbooks”. I agree that buying books to distribute to all students does not seem like a realistic option if we are speaking of photocopies of short excerpts only, used to supplement the main textbooks already in possession of the students.

[56] However, on the premise that the same class sets of books will be subject to numerous requests for short excerpts, as found by the Board at para. 104, it was not unreasonable for the Board to consider, at para. 107, that from a practical standpoint, the schools had the option of buying more books to distribute to students or to place in the library or in class sets instead of photocopying the books. While buying books may not be a non-copyrighted alternative such as those envisaged in *CCH*, these were relevant facts for the Board to consider in a case where it found systematic copying from the same books. In addition, the Board considered the schools’ resources and found that in this case, “[t]he fact that the establishment has limited means does not seem to bar the recognition of this point” (para. 107). In a case where numerous short excerpts of the work are taken, the fact that there are no non-copyrighted alternatives to the dealing does not automatically render the dealing fair. Therefore, I am not persuaded that the Board’s analysis under the “alternatives to the dealing” factor was unreasonable.

D. *Effect of the Dealing on the Work*

[57] I agree with Justice Abella that the Board’s conclusion that the photocopying of Category 4 copies “compete[s] with the original to an extent that

déraisonnable, car « l’achat de livres pour tous les élèves ne constitue pas une solution de rechange réaliste à la reproduction par l’enseignant de courts extraits complémentaires ». Je conviens que l’achat d’un exemplaire pour chacun des élèves ne paraît pas réaliste lorsqu’il s’agit d’utiliser de courts extraits pour compléter un manuel principal.

[56] En revanche, à supposer que les mêmes ouvrages constituant les exemplaires de classe feront l’objet de nombreuses demandes de reproduction de courts extraits, ce que conclût la Commission au par. 104, il n’est pas déraisonnable que cette dernière conclut ensuite au par. 107 que, du point de vue pratique, les établissements d’enseignement ont la possibilité de se procurer un plus grand nombre d’exemplaires pour les distribuer aux élèves ou les mettre à leur disposition à la bibliothèque ou en classe, au lieu de photocopier les ouvrages en cause. L’achat d’exemplaires supplémentaires ne constitue peut-être pas une solution de rechange non protégée de la nature de celles considérées dans *CCH*, mais il s’agit d’un fait pertinent dont la Commission peut tenir compte dans une affaire où elle constate que les mêmes ouvrages sont systématiquement copiés. En outre, la Commission se penche sur les ressources dont disposent les établissements d’enseignement et elle arrive à la conclusion que, dans la présente affaire, « [l]e fait que l’établissement dispose de moyens limités ne [. . .] semble pas constituer une fin de non-recevoir à ce titre » (par. 107). Lorsque de nombreux courts extraits sont tirés d’un ouvrage, l’inexistence de solutions de rechange non protégées par le droit d’auteur ne rend pas automatiquement l’utilisation équitable. Partant, je ne suis pas convaincu du caractère déraisonnable de l’analyse à laquelle se livre la Commission en ce qui concerne l’élément correspondant aux « solutions de rechange » à l’utilisation.

D. *Effet de l’utilisation sur l’œuvre*

[57] Je conviens avec la juge Abella que la preuve ne semble pas étayer la conclusion de la Commission selon laquelle les photocopies de la catégorie 4

makes the dealing unfair” seems unsupported by evidence (Board, at para. 111). Even accepting that it was reasonable for the Board to conclude, based on the evidence of declining book sales, that photocopying had a negative impact on the work, it appears from para. 111 that the Board came to this conclusion by referring to the *total* amount of photocopying across Canada — 250 million pages, the bulk of which is already paid for through the tariff — and not the 16.9 million Category 4 copies. Determining the effect of the Category 4 dealing on the work required relating *those* photocopies to the work and determining whether the effect of those copies was sufficiently important to “compete with the market of the original work” (*CCH*, at para. 59). I would be inclined to find this conclusion unreasonable.

[58] However, I do not think that an unreasonable observation under this one factor is sufficient to render the Board’s overall assessment unreasonable. As noted in *CCH*, no one factor is determinative and the assessment of fairness remains fact specific (paras. 59-60). In the appellants’ own submission, the Board in this case considered the “purpose of the dealing” and the “amount of the dealing” factors to be the most important (A.F., at para. 45). In light of my conclusion that the Board’s assessment under those and other factors was reasonable, I would not find the entire decision unreasonable because of this one finding.

III. Conclusion

[59] Tribunal decisions can certainly be found to be unreasonable (see, e.g., *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471). However, I do not think it is open on a deferential review, where a tribunal’s decision is multifaceted and complex, to seize upon a few arguable statements or intermediate findings to conclude that the overall decision is unreasonable. This is especially the case where the issues are fact-based, as in the case of a fair dealing analysis.

« [font] concurrence à l’original au point [de rendre l’utilisation non] équitable » (Commission, par. 111). À supposer même que la Commission puisse raisonnablement inférer de la diminution des ventes de livres que la photocopie nuit aux œuvres, il appert du par. 111 que sa conclusion est fondée sur le nombre *total* de transactions de photocopie au pays — soit 250 millions de pages, dont la plupart sont déjà visées par le tarif —, et non sur les 16,9 millions de copies de la catégorie 4. En effet, ce sont *ces* dernières qu’il fallait comparer aux œuvres pour déterminer si « [l]a concurrence que la reproduction [. . .] exerc[e] sur le marché de l’œuvre originale » est suffisamment importante (*CCH*, par. 59). Je suis porté à juger cette conclusion déraisonnable.

[58] Néanmoins, je ne crois pas qu’une telle conclusion déraisonnable à l’égard de ce seul élément suffise à vicier toute l’analyse. Comme le dit la Cour dans *CCH*, aucun élément n’est à lui seul déterminant, et le caractère équitable ou inéquitable de l’utilisation demeure une question de fait (par. 59-60). Au dire des appelants eux-mêmes, la Commission accorde en l’espèce plus d’importance au « but » de l’utilisation et à son « ampleur » qu’aux autres éléments (m.a., par. 45). L’analyse de la Commission étant à mon avis raisonnable en ce qui concerne ces deux éléments, ainsi que d’autres, je ne puis conclure que sa décision est déraisonnable à cause de cette seule inférence.

III. Conclusion

[59] La décision d’un tribunal administratif peut sans conteste être déclarée déraisonnable (voir, p. ex., *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471). Or, je ne crois pas que l’on puisse conclure, à l’issue d’un contrôle au regard d’une norme déférente, qu’une décision complexe et fondée sur l’examen de multiples éléments est déraisonnable sur la foi de quelques affirmations discutables ou conclusions préliminaires de la part du tribunal administratif en cause. C’est tout particulièrement vrai lorsque, comme dans l’analyse relative au caractère équitable de l’utilisation, les questions qui se posent ont trait aux faits.

[60] This Court has stated in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, that reviewing courts are to look for “justification, transparency and intelligibility within the decision-making process” of the tribunal and with “whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (para. 47). In my respectful view, the Board’s detailed and extensive analysis and decision in this case were intelligible, transparent and justifiable. Its conclusion cannot be said to fall outside of a reasonable range of outcomes. For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal allowed with costs, DESCHAMPS, FISH, ROTHSTEIN and CROMWELL JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Wanda Noel, Ottawa; Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.

Solicitors for the respondent: McCarthy Tétrault, Toronto; Norton Rose Canada, Montréal.

Solicitors for the interveners the Canadian Publishers’ Council, the Association of Canadian Publishers and the Canadian Educational Resources Council: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Association of University Teachers and the Canadian Federation of Students: Torys, Toronto.

Solicitors for the interveners the Association of Universities and Colleges of Canada and the Association of Canadian Community Colleges: Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa.

Solicitors for the intervener CMRRA-SODRAC Inc.: Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Solicitor for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: University of Ottawa, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Canadian Authors Association, the Canadian Freelance Union, the Canadian Society of Children’s

[60] Dans l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, la Cour dit que la cour de révision doit s’attacher « à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel » du tribunal et à « l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (par. 47). À mon humble avis, l’analyse détaillée et exhaustive de la Commission et la décision qui en résulte sont à la fois intelligibles et transparentes et elles se justifient. On ne saurait prétendre que sa conclusion n’appartient pas aux issues possibles raisonnables. Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges DESCHAMPS, FISH, ROTHSTEIN et CROMWELL sont dissidents.

Procureurs des appelants : Wanda Noel, Ottawa; Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.

Procureurs de l’intimée : McCarthy Tétrault, Toronto; Norton Rose Canada, Montréal.

Procureurs des intervenants Canadian Publishers’ Council, Association of Canadian Publishers et Canadian Educational Resources Council : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs des intervenantes l’Association canadienne des professeures et professeurs d’université et la Fédération canadienne des étudiantes et étudiants : Torys, Toronto.

Procureurs des intervenantes l’Association des universités et collèges du Canada et l’Association des collèges communautaires du Canada : Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa.

Procureurs de l’intervenante CMRRA-SODRAC Inc. : Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Procureur de l’intervenante la Clinique d’intérêt public et de politique d’internet du Canada Samuelson-Glushko : Université d’Ottawa, Ottawa.

Procureurs des intervenantes Canadian Authors Association, Canadian Freelance Union, la Société canadienne des auteurs, illustrateurs et

Authors, Illustrators and Performers, the League of Canadian Poets, the Literary Translators' Association of Canada, the Playwrights Guild of Canada, the Professional Writers Association of Canada and the Writers' Union of Canada: Hebb & Sheffer, Toronto; Stockwoods, Toronto.

Solicitors for the intervener the Centre for Innovation Law and Policy of the Faculty of Law University of Toronto: Macera & Jarzyna, Ottawa.

artistes pour enfants, League of Canadian Poets, l'Association des traducteurs et traductrices littéraires du Canada, Playwrights Guild of Canada, Professional Writers Association of Canada et Writers' Union of Canada : Hebb & Sheffer, Toronto; Stockwoods, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Centre for Innovation Law and Policy of the Faculty of Law University of Toronto : Macera & Jarzyna, Ottawa.

Re:Sound *Appellant*

v.

Motion Picture Theatre Associations of Canada, Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc., Bell ExpressVu LLP, Cogeco Cable Inc., EastLink, Quebecor Media, TELUS Communications Company, Canadian Association of Broadcasters and Canadian Broadcasting Corporation *Respondents*

and

Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic *Intervener*

INDEXED AS: RE:SOUND v. MOTION PICTURE THEATRE ASSOCIATIONS OF CANADA

2012 SCC 38

File No.: 34210.

2011: December 7; 2012: July 12.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Intellectual Property — Copyright — Whether pre-existing recording incorporated into soundtrack of cinematographic work constitutes a sound recording subject to payment of tariff — Whether soundtrack of cinematographic work consists of aggregate of sounds or component parts — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2 “sound recording”, 19.

The *Copyright Act* provides that performers and makers of sound recordings are entitled to remuneration for the performance in public or the communication to the public by telecommunication of their published sound recordings. The appellant filed two tariff proposals claiming royalties for the use of sound

Ré:Sonne *Appelante*

c.

Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada, Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc., Bell ExpressVu LLP, Cogeco Câble inc., EastLink, Quebecor Media, Société TELUS Communications, Association canadienne des radiodiffuseurs et Société Radio-Canada *Intimées*

et

Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : RÉ:SONNE c. FÉDÉRATION DES ASSOCIATIONS DE PROPRIÉTAIRES DE CINÉMAS DU CANADA

2012 CSC 38

N° du greffe : 34210.

2011 : 7 décembre; 2012 : 12 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Un enregistrement préexistant incorporé à la bande sonore d'une œuvre cinématographique constitue-t-il un enregistrement sonore qui donne droit à une rémunération fondée sur un tarif? — La bande sonore d'une œuvre cinématographique est-elle constituée d'un ensemble de sons ou de composantes? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2 « enregistrement sonore », 19.

La *Loi sur le droit d'auteur* confère aux artistes-interprètes et aux producteurs d'enregistrements sonores le droit à une rémunération pour l'exécution ou la représentation en public ou la communication au public par télécommunication de leurs enregistrements sonores publiés. L'appelante a déposé deux projets de tarifs qui

recordings embodied in a movie shown by motion picture theatres and other establishments exhibiting movies and in television programs broadcast by commercial over-the-air, pay, specialty and other television services. The respondents objected to the proposed tariffs on the ground that the definition of “sound recording” excludes soundtracks of cinematographic works. The Copyright Board refused to certify the tariffs and the Federal Court of Appeal upheld that decision on an application for judicial review.

Held: The appeal should be dismissed.

Irrespective of the standard of review, the Board was correct that “soundtrack” includes pre-existing sound recordings and that such recordings are excluded from the definition of “sound recording” when they accompany a cinematographic work. This interpretation of “soundtrack” is consistent with the scheme of the Act, Parliament’s intention, and Canada’s international obligations. A pre-existing sound recording that is part of a soundtrack cannot be the subject of a tariff under s. 19 of the Act when the soundtrack accompanies a cinematographic work.

The provisions in question must be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense, and harmoniously with the scheme and object of the Act, and consistently with the words chosen by Parliament. According to s. 2 of the Act, a “sound recording” is a recording consisting of sounds “but excludes any soundtrack of a cinematographic work where it accompanies the cinematographic work”. Therefore, a “soundtrack” is a “sound recording” except when it accompanies the motion picture. Otherwise, the exclusion would be superfluous. For a pre-existing sound recording to be excluded from the interpretation of “soundtrack”, Parliament would have had to make that intention explicit in the Act. This could have been achieved by excluding, for example, only “the aggregate of sounds in a soundtrack”. Legislative history confirms this interpretation, notably comments made at the Standing Committee on Canadian Heritage hearing with respect to the provisions at issue.

The *Copyright Act* is not incompatible with the *Rome Convention*. Although the *Rome Convention* states that producers of phonograms shall enjoy the right to authorize or prohibit the direct or indirect reproduction of their phonograms, Article 3 defines “phonogram” as “any exclusively aural fixation of sounds of

établissaient une redevance pour l’utilisation d’enregistrements sonores intégrés dans un film par un cinéma ou par un autre établissement projetant des films et pour leur utilisation lors d’une télédiffusion commerciale en direct, ou par une télévision spécialisée, payante ou autre. Les intimées ont contesté les projets de tarifs, pour le motif que la définition d’« enregistrement sonore » exclurait la bande sonore d’une œuvre cinématographique. La Commission du droit d’auteur a refusé d’homologuer les tarifs et la Cour d’appel fédérale, saisie d’un contrôle judiciaire, a maintenu la décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Quelle que soit la norme de contrôle applicable, la Commission a eu raison de conclure qu’une « bande sonore » comprend les enregistrements sonores préexistants et que ces enregistrements sont exclus de la définition d’« enregistrement sonore » lorsqu’ils accompagnent une œuvre cinématographique. Cette interprétation du terme « bande sonore » est compatible avec l’esprit de la Loi, l’intention du législateur et les obligations internationales du Canada. Un enregistrement sonore préexistant qui fait partie d’une bande sonore ne peut pas donner de droit, en application de l’art. 19 de la Loi, de percevoir une redevance conforme à un tarif quand cette bande sonore accompagne une œuvre cinématographique.

Les dispositions en cause doivent être interprétées en tenant compte du contexte global, du sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la Loi, son objet et le libellé utilisé par le législateur. Selon l’art. 2 de la Loi, un « enregistrement sonore » est un enregistrement constitué de sons, dont « est exclue [...] la bande sonore d’une œuvre cinématographique lorsqu’elle accompagne celle-ci ». Ainsi, une « bande sonore » est un « enregistrement sonore » sauf quand elle accompagne un film. S’il en était autrement, l’exclusion serait superflue. Pour qu’un enregistrement sonore préexistant soit exclu du sens de « bande sonore », il aurait fallu que le législateur exprime explicitement une telle intention dans la Loi. Il aurait pu le faire, par exemple, en excluant uniquement « l’ensemble des sons qui constituent une bande sonore ». L’historique législatif confirme cette interprétation; tout particulièrement certains commentaires formulés lors de séances du Comité permanent du patrimoine canadien quant aux dispositions en cause.

La *Loi sur le droit d’auteur* n’est pas incompatible avec la *Convention de Rome*. Même si cette convention prévoit que les producteurs de phonogrammes jouissent du droit d’autoriser ou d’interdire la reproduction directe ou indirecte de leurs phonogrammes, l’article 3 définit le « phonogramme » comme « toute fixation

a performance or of other sounds”. A soundtrack that accompanies a cinematographic work is not for “exclusively aural fixations”. Furthermore, if a pre-existing sound recording is extracted from a soundtrack accompanying a cinematographic work, it once again attracts the protection offered to sound recordings. The Board’s interpretation is consonant with Canada’s obligations under the *Rome Convention*.

Cases Cited

Not followed: *Phonographic Performance Co. of Australia Ltd. v. Federation of Australian Commercial Television Stations*, [1998] HCA 39, 195 C.L.R. 158; **referred to:** *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324.

Statutes and Regulations Cited

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2 “sound recording” [ad. 1997, c. 24, s. 1(5)], 17 [ad. *idem*, s. 14], 19 [ad. *idem*], 67.1(1).

Copyright Act, 1956 (U.K.), c. 74, s. 12(9) “sound recording”.

Copyright Act 1968 (Aust.), No. 63, s. 10 “cinematograph film”, “sound recording”.

International Documents

International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations, 496 U.N.T.S. 43, Arts. 3, 10, 12.

Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Noël, Trudel and Mainville J.J.A.), 2011 FCA 70, 415 N.R. 10, [2011] F.C.J. No. 292 (QL), 2011 CarswellNat 429, affirming a decision of the Copyright Board, www.cb-cda.gc.ca/decisions/2009/20090916.pdf, (2009), 78 C.P.R. (4th) 64, [2009] C.B.D. No. 9 (QL), 2009 CarswellNat 2889. Appeal dismissed.

Mahmud Jamal, Glen Bloom, Marcus Klee and Jason MacLean, for the appellant.

exclusivement sonore des sons provenant d’une exécution ou d’autres sons ». Or, une bande sonore qui accompagne une œuvre cinématographique n’est pas destinée à une fixation exclusivement sonore. En outre, dès lors qu’un enregistrement sonore préexistant est extrait de la bande sonore qui accompagne une œuvre cinématographique, la protection qui vise les enregistrements sonores s’applique de nouveau à lui. L’interprétation de la Commission est compatible avec les obligations qui incombent au Canada en application de la *Convention de Rome*.

Jurisprudence

Arrêt non suivi : *Phonographic Performance Co. of Australia Ltd. c. Federation of Australian Commercial Television Stations*, [1998] HCA 39, 195 C.L.R. 158; **arrêts mentionnés :** *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324.

Lois et règlements cités

Copyright Act, 1956 (R.-U.), ch. 74, art. 12(9) « *sound recording* ».

Copyright Act 1968 (Austr.), n° 63, art. 10 « *cinematograph film* », « *sound recording* ».

Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2 « enregistrement sonore » [aj. 1997, ch. 24, art. 1(5)], 17 [aj. *idem*, art. 14], 19 [aj. *idem*], 67.1(1).

Documents internationaux

Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, 496 R.T.N.U. 43, art. 3, 10, 12.

Doctrine et autres documents cités

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Noël, Trudel et Mainville), 2011 CAF 70, 415 N.R. 10, [2011] A.C.F. n° 292 (QL), 2011 CarswellNat 4826, qui a confirmé une décision de la Commission du droit d’auteur, www.cb-cda.gc.ca/decisions/2009/20090916.pdf, (2009), 78 C.P.R. (4th) 64, [2009] D.C.D.A. n° 9 (QL), 2009 CarswellNat 2890. Pourvoi rejeté.

Mahmud Jamal, Glen Bloom, Marcus Klee et Jason MacLean, pour l’appelante.

David W. Kent and Sarah Kilpatrick, for the respondent the Motion Picture Theatre Associations of Canada.

Gerald L. Kerr-Wilson, Julia Kennedy and Marisa Victor, for the respondents Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc., Bell ExpressVu LLP, Cogeco Cable Inc., EastLink, Quebecor Media and TELUS Communications Company.

Mark Hayes and Debra L. Montgomery, for the respondent the Canadian Association of Broadcasters.

Marek Nitoslawski and Joanie Lapalme, for the respondent the Canadian Broadcasting Corporation.

Written submissions only by *David Fewer and Jeremy de Beer*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

[1] This appeal concerns the interpretation of the definition of “sound recording” in s. 2 of the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42 (“Act”), and specifically, the interpretation of the undefined term “soundtrack” used in that definition. The Act provides that performers and makers of sound recordings are entitled to remuneration for the performance in public or the communication to the public by telecommunication of their published sound recordings, except for retransmissions. Ultimately, the question this Court must answer is whether the broadcasting of sound recordings incorporated into the soundtrack of a cinematographic work can be subject to a tariff under the Act or whether such broadcasts are excluded by virtue of the definition of “sound recording” in s. 2.

David W. Kent et Sarah Kilpatrick, pour l’intimée la Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada.

Gerald L. Kerr-Wilson, Julia Kennedy et Marisa Victor, pour les intimées Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc., Bell ExpressVu LLP, Cogeco Câble inc., EastLink, Quebecor Media et Société TELUS Communications.

Mark Hayes et Debra L. Montgomery, pour l’intimée l’Association canadienne des radiodiffuseurs.

Marek Nitoslawski et Joanie Lapalme, pour l’intimée la Société Radio-Canada.

Argumentation écrite seulement par *David Fewer et Jeremy de Beer*, pour l’intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi porte sur l’interprétation de la définition d’« enregistrement sonore » qui figure à l’art. 2 de la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42 (la « Loi ») et, plus précisément, sur le sens du terme non défini « bande sonore » qui s’y trouve. La Loi confère aux artistes-interprètes et aux producteurs d’enregistrements sonores le droit à une rémunération pour l’exécution ou la représentation en public ou la communication au public par télécommunication de leurs enregistrements sonores publiés, à l’exclusion des retransmissions. Tout compte fait, la question dont la Cour est saisie est celle de savoir si la radiodiffusion d’enregistrements sonores incorporés à la bande sonore d’une œuvre cinématographique peut être sujette à l’application d’un tarif en vertu de la Loi ou si de telles radiodiffusions en sont exclues compte tenu de la définition de l’expression « enregistrement sonore » énoncée à l’art. 2.

[2] The appellant, Re:Sound, argues that the word “soundtrack” as used in s. 2 refers only to the aggregate of sounds accompanying a cinematographic work and not to the soundtrack’s constituent parts. In its view, since pre-existing sound recordings incorporated into a soundtrack are constituent parts of the soundtrack and not the aggregate of sounds accompanying the work, they do not fall within the scope of the word “soundtrack” as used in s. 2.

[3] For the reasons that follow, the appeal must be dismissed. A proper application of the principles of statutory interpretation leads to the conclusion that the appellant’s argument is untenable.

II. Facts and Judicial History

A. *Background*

[4] Re:Sound is a collective society authorized by the Copyright Board of Canada (“Board”) to collect equitable remuneration pursuant to s. 19(1) of the Act for the performance in public or communication to the public by telecommunication of published sound recordings of musical works.

[5] On March 28, 2008, Re:Sound — formerly the Neighbouring Rights Collective of Canada — filed two tariff proposals (Tariffs 7 and 9), under s. 67.1(1) of the Act, for the performance in public or the communication to the public by telecommunication, in Canada, of published sound recordings embodying musical works and performers’ performances of such works. In Tariff 7, it claimed royalties for the use of sound recordings embodied in a movie by motion picture theatres and other establishments exhibiting movies. Tariff 9 targeted the use of sound recordings in programs broadcast by commercial over-the-air, pay, specialty and other television services.

[6] The respondents objected to the proposed tariffs on the ground that the Act’s definition of

[2] L’appelante, Ré:Sonne, fait valoir que le terme « bande sonore » utilisé à l’art. 2 renvoie uniquement à l’ensemble des sons qui accompagnent une œuvre cinématographique et non à ses éléments constitutifs. Elle est d’avis que puisque les enregistrements sonores préexistants incorporés à une bande sonore en forment des éléments constitutifs, par opposition à l’ensemble des sons qui accompagne une œuvre cinématographique, ils ne sont pas visés par la portée du terme « bande sonore » qui figure à l’art. 2.

[3] Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que le pourvoi doit être rejeté. Une application appropriée des principes d’interprétation législative amène à conclure que la thèse de l’appelante est indéfendable.

II. Faits et historique judiciaire

A. *Les faits*

[4] Ré:Sonne est une société de gestion autorisée par la Commission du droit d’auteur du Canada (la « Commission ») à percevoir une rémunération équitable en vertu du par. 19(1) de la Loi pour l’exécution en public ou la communication au public par télécommunication de l’enregistrement sonore publié d’œuvres musicales.

[5] Le 28 mars 2008, Ré:Sonne — autrefois connue sous le nom de Société canadienne de gestion des droits voisins — a déposé deux projets de tarifs (les tarifs 7 et 9) en application du par. 67.1(1) de la Loi, pour l’exécution en public ou la communication au public par télécommunication, au Canada, d’enregistrements sonores publiés contenant des œuvres musicales et des prestations d’artistes-interprètes de ces œuvres. Le tarif 7 établissait une redevance pour l’utilisation d’enregistrements sonores intégrés dans un film par un cinéma ou par un autre établissement projetant des films. Le tarif 9 visait l’utilisation d’enregistrements sonores lors d’une télédiffusion commerciale en direct, ou par une télévision spécialisée, payante ou autre.

[6] Les intimées ont contesté les projets de tarifs, pour le motif que la définition d’« enregistrement

“sound recording” excludes soundtracks of cinematographic works. The definition of “sound recording” in s. 2 reads as follows:

“sound recording” means a recording, fixed in any material form, consisting of sounds, whether or not of a performance of a work, but excludes any soundtrack of a cinematographic work where it accompanies the cinematographic work;

[7] Re:Sound submitted that a proper interpretation of the definition of “sound recording” does not exclude a pre-existing sound recording that is incorporated into a soundtrack. Rather, it argued, the purpose of the exclusion was to combine rights in the visual features of a cinematographic production with rights in the audio features of the same cinematographic production, and to protect those rights in a new work defined as a “cinematographic work”.

[8] According to the respondents, Re:Sound had no legal claim to equitable remuneration under the Act by virtue of the plain meaning of the word “soundtrack” used in the definition of “sound recording”. The respondents sought a determination of the following preliminary issue:

Is anyone entitled to equitable remuneration pursuant to section 19 of the *Copyright Act* when a published sound recording is part of the soundtrack that accompanies (a) a motion picture that is performed in public [or] (b) a television program that is communicated to the public by telecommunication?

The Board answered “no”, refused to certify the tariffs and ordered them struck from the proposed statement of royalties as published in the *Canada Gazette*, Part I, on May 31, 2008. On judicial review, the Federal Court of Appeal upheld that decision. Re:Sound now appeals to this Court.

B. *Decision of the Copyright Board ((2009), 78 C.P.R. (4th) 64)*

[9] After setting out the relevant legislation and reviewing the principles of statutory interpretation,

sonore » énoncée dans la Loi exclurait la bande sonore d’une œuvre cinématographique. L’article 2 définit le terme « enregistrement sonore » comme suit :

« enregistrement sonore » Enregistrement constitué de sons provenant ou non de l’exécution d’une œuvre et fixés sur un support matériel quelconque; est exclue de la présente définition la bande sonore d’une œuvre cinématographique lorsqu’elle accompagne celle-ci.

[7] Selon Ré:Sonne, correctement interprétée, la définition d’« enregistrement sonore » n’exclut pas un enregistrement sonore préexistant qui est intégré à une bande sonore. En effet, d’après l’appelante, l’exclusion vise plutôt à combiner les droits relatifs aux éléments visuels d’une production cinématographique et ceux relatifs aux éléments sonores de la production en question et à protéger ces droits dans le cadre d’une nouvelle œuvre définie comme une « œuvre cinématographique ».

[8] Selon les intimées, Ré:Sonne ne pouvait prétendre à aucun droit de percevoir une rémunération équitable en application de la Loi compte tenu du sens ordinaire du terme « bande sonore » qui figure dans la définition d’« enregistrement sonore ». Les intimées ont d’ailleurs demandé que la question préliminaire suivante soit tranchée :

[TRADUCTION] Quelqu’un a-t-il le droit de recevoir une rémunération équitable au titre de l’article 19 de la *Loi sur le droit d’auteur* lorsqu’un enregistrement sonore publié fait partie de la bande sonore qui accompagne a) un film exécuté en public ou b) une émission de télévision communiquée au public par télécommunication?

La Commission a répondu par la négative, a refusé d’homologuer les tarifs et a ordonné que les tarifs soient retirés du projet de tarif publié dans la *Gazette du Canada*, Partie I, le 31 mai 2008. La Cour d’appel fédérale, saisie d’un contrôle judiciaire, a maintenu la décision. Ré:Sonne interjette maintenant appel devant la Cour.

B. *La décision de la Commission du droit d’auteur (en ligne)*

[9] Après avoir cité les dispositions législatives pertinentes et passé en revue les principes

the Board framed the issue as follows: “. . . when is a pre-existing sound recording that is subsequently incorporated into a soundtrack no longer a sound recording?”. Since the definition of “sound recording” excludes any soundtrack of a cinematographic work where it accompanies the cinematographic work, the decision turned on the construction of the defined term “sound recording” and of the undefined term “soundtrack” as it relates to pre-existing sound recordings.

[10] The Board agreed that the exclusion could affect pre-existing sound recordings incorporated into a soundtrack in only one of three ways: (1) the recording would no longer be entitled to any protection as a sound recording; (2) the recording would remain a sound recording except where it formed part of a soundtrack that accompanied a cinematographic work; and (3) the recording would remain a sound recording even if it formed part of a soundtrack accompanying a cinematographic work. The Board noted that the appellant proposed the third of these interpretations, while the respondents supported the second interpretation and no one was supporting the first.

[11] The appellant argued that what is excluded from the definition of “sound recording” is the soundtrack as a whole, that is, the aggregate of the sounds. It submitted that the purpose of the exclusion from the definition of “sound recording” is to consolidate all the audio and visual elements of a movie in a single copyright subject matter and to protect all these elements as a “cinematographic work”. This became necessary, it claimed, because copyright law had protected movies long before they had audio capability. As a result, sounds incorporated into movies were protected both as cinematographic works and as contrivances by means of which sounds could be mechanically reproduced. This double protection created problems. In the appellant’s view, the exclusion from the definition ensures that a soundtrack is treated as part of a cinematographic work and is not protected separately unless the soundtrack does not accompany

d’interprétation législative, la Commission a circonscrit comme suit la question à trancher : « . . . quand un enregistrement sonore préexistant qui est subséquemment incorporé dans une bande sonore ne constitue plus un enregistrement sonore »? Comme la définition du terme « enregistrement sonore » exclut la bande sonore d’une œuvre cinématographique qui accompagne l’œuvre en question, la décision portait sur l’interprétation du terme défini « enregistrement sonore » et du terme non défini « bande sonore » lorsqu’il est rattaché à des enregistrements sonores préexistants.

[10] La Commission a convenu que l’exclusion ne peut avoir une incidence sur les enregistrements sonores préexistants incorporés à une bande sonore que de l’une ou l’autre de trois manières : (1) l’enregistrement ne ferait plus l’objet d’une protection à titre d’enregistrement sonore; (2) l’enregistrement demeurerait un enregistrement sonore, sauf lorsqu’il est incorporé à une bande sonore qui accompagne une œuvre cinématographique; ou (3) l’enregistrement resterait un enregistrement sonore même en tant qu’élément d’une bande sonore qui accompagne une œuvre cinématographique. La Commission a précisé que l’appelante préconisait la troisième interprétation, les intimées la deuxième et personne la première.

[11] L’appelante a soutenu que c’est la bande sonore en tant que tout, soit l’ensemble des sons, qui est exclue de la définition d’« enregistrement sonore ». Selon ses prétentions l’exclusion en question vise à réunir tous les éléments audio et visuels d’un film pour en faire un seul sujet de droits d’auteur et pour protéger tous ces éléments en tant qu’« œuvre cinématographique ». À son avis, cela était devenu nécessaire parce que le droit d’auteur protégeait les films bien avant qu’ils ne recèlent de capacités audio. Ainsi, les sons incorporés aux films étaient protégés à la fois en tant qu’œuvres cinématographiques et en tant qu’autres supports à l’aide desquels les sons peuvent être reproduits mécaniquement. Or, cette double protection créait des problèmes. L’exclusion comprise dans la définition assurerait donc, selon l’appelante, qu’une bande sonore soit traitée comme partie intégrante d’une œuvre cinématographique et n’est pas protégée séparément, à

the cinematographic work. Thus, the exclusion has no impact on a pre-existing sound recording that is subsequently incorporated into a movie soundtrack, which remains a sound recording even where the soundtrack accompanies the movie.

[12] The respondents submitted that the exclusion in the definition of “sound recording” applies to the soundtrack and all its components, including any pre-existing sound recording. According to them, the recording remains a “sound recording” except where the soundtrack accompanies the movie. Copyright in the sound recording is not extinguished, since the soundtrack and any pre-existing sound recording embedded in the cinematographic work remain sound recordings when they do not accompany the movie.

[13] The appellant’s submission that there is a distinction between the soundtrack and its component parts did not convince the Board. To accept this argument, the Board noted, would require adding the modifier “aggregate” or “any part of a” before the word “soundtrack”. It stated, at para. 28:

A sound recording consists of sounds. If the soundtrack is not a sound recording when it accompanies the movie, neither are the sounds of which it consists. There is no need to specify that “any part” of the soundtrack is not a sound recording if everything of which it consists is not a sound recording.

[14] The Board concluded that the respondents’ interpretation was the only one that produced “consistent and logical results” (para. 29). The Board considered a similar provision of the Act, s. 17, according to which a performer who “authorizes the embodiment of the performer’s performance” in a movie may no longer exercise a copyright in relation to that performance. Although there is no equivalent to s. 17 for sound recordings, the result is the same. The Board stated the following, at para. 31:

moins qu’elle n’accompagne pas l’œuvre cinématographique. Ainsi, l’exclusion n’aurait aucune incidence sur un enregistrement sonore préexistant, soit un enregistrement sonore incorporé ultérieurement à la bande sonore d’un film qui resterait un enregistrement sonore même quand la bande sonore accompagne le film.

[12] Les intimées ont fait valoir que l’exclusion prévue à la définition d’« enregistrement sonore » vise la bande sonore et toutes ses composantes, y compris tout enregistrement sonore préexistant. Toujours selon les intimées, l’enregistrement resterait un « enregistrement sonore » sauf lorsque la bande sonore accompagne le film. Le droit d’auteur visant l’enregistrement sonore ne s’éteindrait donc pas, puisque la bande sonore et tout enregistrement sonore préexistant intégré à l’œuvre cinématographique demeurerait des enregistrements sonores lorsqu’ils n’accompagnent pas le film.

[13] La prétention de l’appelante selon laquelle il existe une distinction entre la bande sonore et les éléments qui la constituent n’a pas convaincu la Commission. Cette dernière a souligné que, pour faire droit à cet argument, il faudrait ajouter à la définition des mots tels « l’ensemble de » ou « toute partie de » avant le terme « la bande sonore ». La Commission a noté ce qui suit au par. 28 :

Un enregistrement sonore est constitué de sons. Si la bande sonore n’est pas un enregistrement sonore lorsqu’elle accompagne le film, les sons qui la constituent ne le sont pas non plus. Il n’est pas nécessaire de préciser que « toute partie » de la bande sonore n’est pas un enregistrement sonore si tous les éléments qui la constituent n’en sont pas un.

[14] La Commission a conclu que l’interprétation préconisée par les intimées était la seule qui aboutissait à « des résultats cohérents et logiques » (par. 29). Elle a examiné une disposition semblable de la Loi, l’art. 17, qui prévoit que « [d]ès lors qu’il autorise l’incorporation de sa prestation » dans un film, l’artiste-interprète ne peut plus réclamer de droit d’auteur à l’égard de la prestation en question. Même s’il n’existe pas d’équivalent à l’art. 17 en ce qui a trait aux enregistrements sonores, on en arrive au même résultat. La Commission a signalé ce qui suit, au par. 31 :

The performer and maker, having authorized the inclusion of a performance or sound recording in a movie soundtrack, are precluded from exercising both their respective copyright (including the rental right) and their remuneration right, when the soundtrack accompanies the movie. When the soundtrack does not accompany the movie, all their rights continue to exist.

[15] The Board mentioned that performers can “receive residuals for the broadcasting of a movie incorporating a performance pursuant to subsection 17(2)” and held that, however limited their ability to do so might be, it “is incompatible with the existence of a remuneration right for that same performance” (para. 32).

[16] The Board referred to the discussions that had taken place during the Standing Committee on Canadian Heritage proceedings that preceded the amendment of the Act and found that if “the intention of Parliament had been to target television in section 19 of the Act, it would not have set up a preferential regime for radio” that did not apply to television (para. 34). Furthermore, the Committee had clearly indicated that there was no intention to have s. 19 include equitable remuneration for a sound recording that accompanies a movie or a television program. The soundtrack would be a sound recording and would attract equitable remuneration on being played separately from the movie or program.

[17] The Board rejected the argument that this interpretation of the Act contravened the *International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organisations*, 496 U.N.T.S. 43 (the “*Rome Convention*”). It found that s. 19 was introduced into the Act to bring Canada into compliance with the *Rome Convention*, which, among other things, guarantees performers and producers of “phonograms” the right to equitable remuneration when their phonograms are “used directly for broadcasting or for any communication to the public” (Article 12). The Board stated at para. 38 that “the *Convention* expressly provides that no protection is required in the case of the indirect use of

L’artiste-interprète et le producteur, ayant autorisé l’incorporation d’une prestation ou d’un enregistrement sonore dans la bande sonore d’un film, sont empêchés d’exercer à la fois leur droit d’auteur respectif (y compris le droit de location) et leur droit à rémunération, lorsque la bande sonore accompagne le film. Lorsque la bande sonore n’accompagne pas le film, tous leurs droits continuent d’exister.

[15] La Commission a mentionné que les artistes-interprètes peuvent « recevoir des droits de suite pour la diffusion d’un film incorporant une prestation en vertu du paragraphe 17(2) », et a conclu que, aussi limité soit ce droit, il « est incompatible avec l’existence d’un droit à rémunération pour la même prestation » (par. 32).

[16] La Commission a fait référence aux discussions qui se sont tenues devant le Comité permanent du patrimoine canadien avant la modification de la Loi et a conclu que si « le législateur avait eu l’intention de cibler la télévision à l’article 19 de la Loi, il n’aurait pas établi un régime préférentiel pour la radio » (par. 34), soit un régime qui ne s’applique pas à la « télévision ». En outre, le Comité avait clairement indiqué qu’il n’y avait aucune intention, à l’art. 19, d’inclure une rémunération équitable pour un enregistrement sonore qui accompagne un film ou une émission télévisée. La bande sonore allait être un enregistrement sonore et donnerait droit à une rémunération équitable lorsqu’elle serait diffusée séparément du film ou de l’émission télévisée.

[17] La Commission a rejeté l’argument selon lequel cette interprétation de la Loi contreviendrait à la *Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*, 496 R.T.N.U. 43 (la « *Convention de Rome* »). Elle a jugé que l’art. 19 a été inséré dans la Loi justement pour que le Canada se conforme à la *Convention de Rome*, qui, entre autres choses, garantit aux artistes-interprètes et aux producteurs de « phonogrammes » le droit à une rémunération équitable quand leurs phonogrammes sont « utilisé[s] directement pour la radiodiffusion ou pour une communication quelconque au public » (article 12). La Commission a précisé au par. 38

a sound recording such as when it is incorporated into a soundtrack”. The Board also found that the appellant’s argument based on legislation and decisions from Australia, the United States and the United Kingdom was irrelevant.

[18] Finally, the Board concluded that the proposed Tariffs 7 and 9 “are based on no valid legal foundations and as a result cannot be certified” (para. 44).

C. *Decision of the Federal Court of Appeal (2011 FCA 70, 415 N.R. 10)*

[19] The Court of Appeal dealt briefly with the standard of review, stating, “There is no need to dwell on this issue as, in my view, the Board came to the correct conclusion essentially for the reasons that it gave” (para. 9).

[20] Having endorsed the Board’s decision on this issue, the Court of Appeal commented on three points. First, it addressed the appellant’s claim that the effect of the Board’s decision was that sound recordings in soundtracks could (1) be published on the Internet or otherwise disseminated or (2) be extracted from a DVD and then published without any recourse or remedy being available to the performer or the maker. The court held that an unauthorized embodiment of a performance included in a cinematographic work would contravene the Act. It noted that once a pre-existing sound recording was extracted from the soundtrack that accompanied the cinematographic work, it would again attract the protections offered to performers and makers under the Act for stand-alone sound recordings.

[21] Second, the Court of Appeal addressed the appellant’s argument that the Act would be

que « la *Convention* prévoit expressément qu’aucune protection n’est exigée dans le cas de l’utilisation indirecte d’un enregistrement sonore, par exemple lorsqu’il est incorporé dans une bande sonore ». La Commission a aussi conclu que l’argument de l’appelante fondé sur les lois et sur la jurisprudence d’Australie, des États-Unis et du Royaume-Uni n’était pas pertinent.

[18] Enfin, la Commission a conclu que les projets de tarifs 7 et 9 n’étaient « pas fondés en droit et ne pouvaient donc pas être homologués » (par. 44).

C. *La décision de la Cour d’appel fédérale (2011 CAF 70 (CanLII))*

[19] La Cour d’appel fédérale a traité brièvement de la question de la norme de contrôle applicable, précisant qu’« il n’y a[vait] pas lieu de l’examiner puisqu[’elle] estim[ait], essentiellement pour les motifs exposés par la Commission, que celle-ci a[vait] correctement statué » (par. 9).

[20] Après avoir souscrit à la décision de la Commission à cet égard, la Cour d’appel fédérale a formulé des commentaires à trois égards. Premièrement, elle s’est penchée sur la prétention de l’appelante selon laquelle, compte tenu de la décision de la Commission, les enregistrements sonores incorporés à des bandes sonores pourraient (1) être publiés sur l’Internet ou disséminés autrement; ou (2) être extraits d’un DVD puis publiés, sans que l’artiste-interprète ou le producteur ne dispose de quelque recours que ce soit ou ne puisse solliciter de mesure de réparation. La cour a conclu que l’incorporation non autorisée d’une prestation incluse dans une œuvre cinématographique contreviendrait à la Loi. Elle a, en outre, noté que dès lors qu’un enregistrement sonore préexistant était extrait de la bande sonore qui accompagne une œuvre cinématographique, il jouissait à nouveau des mesures de protection offertes aux artistes-interprètes et aux producteurs par la Loi pour les enregistrements sonores isolés.

[21] Deuxièmement, la Cour d’appel a traité de l’argument de l’appelante selon lequel la Loi ne

inconsistent with similar foreign law if it did not grant equitable remuneration to artists and recording companies. The court found the Australian and U.K. jurisprudence relied on by the appellant to be of no assistance, since the cases in question were based on fundamentally different legislation.

[22] The appellant had also argued that the Act is incompatible with Article 10 of the *Rome Convention*, which provides that producers of phonograms enjoy the right to authorize or prohibit the direct or indirect reproduction of their phonograms. The Court of Appeal found that this argument failed on the basis that “the *Rome Convention* defines ‘phonograms’ as any exclusively aural fixation of sounds (Article 3, paragraph (b)), and that . . . a ‘fixation of images (e.g., cinema) or of images and sounds (e.g., television) [is] therefore excluded” (para. 13).

[23] Finally, the Court of Appeal considered the appellant’s argument that live-to-air broadcasts are not communications to the public of a “cinematographic work” as that term is defined in s. 2 of the Act and can therefore be the subject of a tariff, but declined to allow the application for judicial review on this “limited ground”, pointing out that this argument had neither been raised in the notice of application nor been brought to the Board’s attention. There were therefore no grounds for reviewing the Board’s decision on that basis.

[24] The Court of Appeal accordingly dismissed the application for judicial review.

III. Analysis

A. *Issues*

[25] The main issue in this appeal involves the application of well-known principles of statutory interpretation. The question this Court must resolve is the following: Do pre-existing sound recordings incorporated into a soundtrack fall within

serait pas en phase avec les lois étrangères similaires si elle n’accordait pas le droit à une rémunération équitable aux artistes et aux compagnies d’enregistrement. La Cour d’appel a jugé que la jurisprudence d’Australie et du Royaume-Uni sur laquelle s’est fondée l’appelante ne lui était d’aucun secours puisqu’elle portait sur des lois fondamentalement différentes de la nôtre.

[22] L’appelante a aussi fait valoir devant la Cour d’appel que la Loi est incompatible avec l’article 10 de la *Convention de Rome* qui prévoit que les producteurs de phonogrammes jouissent du droit d’autoriser ou d’interdire la reproduction directe ou indirecte de leurs phonogrammes. La Cour d’appel a jugé que cet argument échouait parce qu’il « ne [tenait] pas compte de la définition de “phonogramme” énoncée à la Convention (article 3, alinéa b)), selon laquelle il s’agit de toute fixation exclusivement sonore des sons, dont il découle que “[s]ont donc exclus [. . .] les fixations d’images (cinéma) ou d’images et de sons (télévision)” » (par. 13).

[23] Finalement, la Cour d’appel a examiné la thèse de l’appelante selon laquelle la diffusion en direct ne constitue par une communication au public d’une « œuvre cinématographique » au sens de l’art. 2 de la Loi et qu’elle peut donc être sujette à l’application d’un tarif. Elle a toutefois refusé d’accueillir la demande de contrôle judiciaire pour ce « motif [. . .] limité » soulignant, en outre, que cet argument n’avait ni été soulevé dans l’avis de demande ni été soumis à la Commission. La Cour d’appel n’avait donc aucune raison de contrôler la décision de la Commission sur ce fondement.

[24] La Cour d’appel a donc rejeté la demande de contrôle judiciaire.

III. Analyse

A. *Questions en litige*

[25] Le présent pourvoi porte principalement sur l’application de principes bien connus d’interprétation législative. En effet, la question que doit trancher la Cour est la suivante : les enregistrements sonores préexistants incorporés à une bande sonore

the meaning of the undefined term “soundtrack” used in the definition of “sound recording” in s. 2 of the Act? In other words, in view of the fact that only a “sound recording” can be the subject of a tariff under s. 19, can the reproduction of a pre-existing sound recording that is part of a soundtrack of a cinematographic work be the subject of a tariff when the soundtrack accompanies the cinematographic work?

[26] For the reasons that follow, I conclude that, irrespective of the standard of review, the Board was correct in its interpretation of the word “soundtrack”. Consequently, a pre-existing sound recording that is part of a soundtrack cannot be the subject of a tariff when the soundtrack accompanies the cinematographic work.

B. *Standard of Review*

[27] There is no need to discuss the standard of review. The result of this appeal does not depend on which of the two standards is applied, because, in any event, the Board’s decision was correct.

C. *Legislative Scheme*

[28] Under s. 19 of the Act, the appellant is entitled to collect equitable remuneration on behalf of performers and makers of sound recordings when their recordings are performed in public or communicated to the public by telecommunication. The right to collect these royalties was added to the Act in 1997 as part of a package of “neighbouring rights” in sound recordings which can be distinguished from traditional copyrights held by creators of musical works such as composers and lyricists (S.C. 1997, c. 24). These new neighbouring rights were introduced by Parliament to comply with Canada’s obligations under the *Rome Convention*. In addition to Article 12 of the *Rome Convention*, which establishes the right to equitable remuneration where a published phonogram “is used directly for broadcasting or for any

sont-ils visés par le terme non défini « bande sonore » utilisé dans la définition que donne l’art. 2 de la Loi au terme « enregistrement sonore »? Autrement dit, puisque seul un « enregistrement sonore » peut donner droit à l’application d’un tarif en vertu de l’art. 19, la reproduction d’un enregistrement sonore préexistant qui fait partie intégrante de la bande sonore d’une œuvre cinématographique peut-elle donner droit à l’application d’un tarif quand la bande sonore en question accompagne une œuvre cinématographique?

[26] Pour les motifs qui suivent, je conclus que, indépendamment de la norme de contrôle, la Commission a bien interprété le terme « bande sonore ». Par conséquent, un enregistrement sonore préexistant qui fait partie d’une bande sonore ne peut pas donner droit à l’application d’un tarif quand cette dernière accompagne une œuvre cinématographique.

B. *La norme de contrôle*

[27] Il est inutile de nous attarder sur la norme de contrôle. L’issue du présent pourvoi ne dépend pas de l’application de l’une ou de l’autre des deux normes de contrôle puisque, quoi qu’il en soit, la décision de la Commission était correcte.

C. *Le régime législatif*

[28] En vertu de l’art. 19 de la Loi, l’appelante a le droit de percevoir une rémunération équitable au nom des artistes-interprètes et des producteurs d’enregistrements sonores lorsque leurs enregistrements font l’objet d’une exécution en public ou d’une communication au public par télécommunication. Le droit de percevoir ces redevances a été ajouté à la Loi en 1997 en tant qu’élément d’un ensemble de « droits voisins » visant les enregistrements sonores, des droits — qui se distinguent des droits d’auteur traditionnels — conférés aux créateurs d’œuvres musicales comme les compositeurs et les paroliers (L.C. 1997, ch. 24). Ces nouveaux droits voisins ont été ajoutés par le législateur afin de satisfaire aux obligations qui incombent au Canada en tant que signataire de la *Convention de Rome*. En plus de l’article 12 de cette convention,

communication to the public”, Article 10 provides that “[p]roducers of phonograms shall enjoy the right to authorise or prohibit the direct or indirect reproduction of their phonograms.”

[29] As I mentioned above, the right to collect royalties on behalf of performers and makers of sound recordings, although provided for in s. 19, is dependent on the definition of “sound recording” in s. 2 of the Act. This definition has a bearing on the limits of the right. Unless what is being performed or communicated to the public by telecommunication is a “sound recording”, the right to collect royalties on that performance or communication will not be triggered.

[30] The relevant sections of the Act read:

2. In this Act,

. . .

“sound recording” means a recording, fixed in any material form, consisting of sounds, whether or not of a performance of a work, but excludes any soundtrack of a cinematographic work where it accompanies the cinematographic work;

. . .

19. (1) Where a sound recording has been published, the performer and maker are entitled, subject to section 20, to be paid equitable remuneration for its performance in public or its communication to the public by telecommunication, except for any retransmission.

(2) For the purpose of providing the remuneration mentioned in subsection (1), a person who performs a published sound recording in public or communicates it to the public by telecommunication is liable to pay royalties

qui confère le droit à une rémunération équitable quand un phonogramme « est utilisé directement pour la radiodiffusion ou pour une communication quelconque au public », son article 10 prévoit en outre que « [l]es producteurs de phonogrammes jouissent du droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte de leurs phonogrammes. »

[29] Comme je l'ai déjà mentionné, le droit de percevoir une redevance au nom des artistes-interprètes et des producteurs d'enregistrements sonores, même s'il est prévu à l'art. 19, dépend de la définition du terme « enregistrement sonore » qui figure à l'art. 2 de la Loi. Cette définition a une incidence sur les limites du droit en question. À moins que ce qui est exécuté ou communiqué au public par télécommunication soit un « enregistrement sonore », il ne saurait y avoir de droit de percevoir des redevances pour cette exécution ou cette communication.

[30] Les dispositions pertinentes de la Loi sont les suivantes :

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

« enregistrement sonore » Enregistrement constitué de sons provenant ou non de l'exécution d'une œuvre et fixés sur un support matériel quelconque; est exclue de la présente définition la bande sonore d'une œuvre cinématographique lorsqu'elle accompagne celle-ci.

. . .

19. (1) Sous réserve de l'article 20, l'artiste-interprète et le producteur ont chacun droit à une rémunération équitable pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication — à l'exclusion de toute retransmission — de l'enregistrement sonore publié.

(2) En vue de cette rémunération, quiconque exécute en public ou communique au public par télécommunication l'enregistrement sonore publié doit verser des redevances :

(a) in the case of a sound recording of a musical work, to the collective society authorized under Part VII to collect them; . . .

[31] As I noted above, the word “soundtrack” used in the definition of “sound recording” is not defined.

D. *Statutory Interpretation*

[32] This Court has reiterated on many occasions that the object of statutory interpretation is to establish Parliament’s intent by reading the words of the provisions in question in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, citing E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87).

[33] Although statutes may be interpreted purposively, the interpretation must nevertheless be consistent with the words chosen by Parliament. Moreover, the legislative history can be of great assistance in discerning Parliament’s intent with respect to a particular wording in a statute.

[34] In the instant case, the statutory interpretation process must begin with the words of s. 2.

[35] According to s. 2, a “sound recording” is a recording consisting of sounds, “but excludes any soundtrack of a cinematographic work where it accompanies the cinematographic work”. Therefore, a “soundtrack” is a “sound recording” except where it accompanies the motion picture. Otherwise, the exclusion would be superfluous.

[36] When it accompanies the motion picture, therefore, the recording of sounds that constitutes a soundtrack does not fall within the definition of “sound recording” and does not trigger the application of s. 19. A pre-existing sound recording is made up of recorded sounds. The Act does not specify that a pre-existing recording of “sounds”

a) dans le cas de l’enregistrement sonore d’une œuvre musicale, à la société de gestion chargée, en vertu de la partie VII, de les percevoir; . . .

[31] Je le répète, le terme « bande sonore » utilisé dans la définition que l’art. 2 donne d’« enregistrement sonore » n’est pas défini.

D. *Interprétation législative*

[32] La Cour a souvent réitéré que l’interprétation législative vise à discerner l’intention du législateur à partir des termes employés, compte tenu du contexte global et du sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la Loi, son objet et l’intention du législateur (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87).

[33] Même si les lois peuvent être interprétées de manière téléologique, leur interprétation doit néanmoins respecter les mots choisis par le législateur. En outre, l’historique législatif peut aider considérablement à discerner l’intention qu’avait le législateur lorsqu’il a choisi le libellé particulier d’un texte législatif.

[34] En l’espèce, nous devons amorcer l’interprétation législative par les mots qui figurent à l’art. 2.

[35] Selon cette disposition, un « enregistrement sonore » est un enregistrement constitué de sons, dont « est exclue [. . .] la bande sonore d’une œuvre cinématographique lorsqu’elle accompagne celle-ci ». Ainsi, une « bande sonore » est un « enregistrement sonore » sauf quand elle accompagne un film. S’il en était autrement, l’exclusion serait superflue.

[36] Lorsqu’il accompagne un film, l’enregistrement de sons qui constituent une bande sonore n’est pas visé par la définition d’« enregistrement sonore » et ne déclenche pas l’application de l’art. 19. Un enregistrement sonore préexistant est constitué de sons enregistrés. Or, la Loi ne précise pas que l’enregistrement préexistant d’un « son » qui

that accompanies a motion picture cannot be a “soundtrack” within the meaning of s. 2. In my view, a pre-existing sound recording cannot be excluded from the meaning of “soundtrack” unless Parliament expressed an intention to do so in the Act. It could have done this by, for example, excluding only “the aggregate of sounds in a soundtrack”.

[37] The legislative history confirms this interpretation.

[38] In its decision in the case at bar, the Board referred to some instructive comments made at the Standing Committee on Canadian Heritage hearing with respect to the provisions at issue. It quoted these comments and summarized their importance as follows (at para. 36):

... the definition of “sound recording” was amended at the Committee stage so as to ensure that while a soundtrack would not be a sound recording and therefore would not attract equitable remuneration when accompanying a movie or television program, the soundtrack would be a sound recording and would attract equitable remuneration when it was played separate from the movie or program. The following comments made at the Standing Committee on Canadian Heritage hearing are instructive:

Mr. Abbott [M.P.]: [. . .] As [the bill] stands at present, a soundtrack that is now available on a CD would not qualify for rights. Is that right?

Mr. Bouchard [Heritage]: As it is now.

Mr. Abbott: However, the addition of the words “where it accompanies” would then qualify it for neighbouring rights. Is that correct?

Ms. Katz: Yes, that’s correct.

[. . .]

Mr. Richstone [Justice]:

I’d just like to point out that, as you see in the bill, you have the words “integral part”. That raises a lot of concern on a technical level with a lot of people.

accompagne un film ne peut pas constituer une « bande sonore » au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’art. 2. À mon avis, un enregistrement sonore préexistant ne peut pas être exclu du sens de « bande sonore », à moins que le législateur exprime explicitement une telle intention dans la Loi. Il aurait pu le faire, par exemple, en excluant uniquement « l’ensemble des sons qui constituent une bande sonore ».

[37] L’historique législatif confirme notre interprétation.

[38] Dans sa décision de première instance, la Commission a fait référence à certains commentaires instructifs formulés lors de séances du Comité permanent du patrimoine canadien quant aux dispositions qui font l’objet du présent litige. La Commission a cité ces commentaires et résumé comme suit leur importance (par. 36) :

... la définition d’« enregistrement sonore » a été modifiée à l’étape du Comité afin de s’assurer qu’une bande sonore ne soit pas un enregistrement et, par conséquent, qu’elle ne donne pas droit à une rémunération équitable lorsqu’elle accompagne un film ou une émission de télévision, alors que la bande sonore serait un enregistrement et donnerait droit à une rémunération équitable lorsqu’elle est exécutée séparément du film ou de l’émission en question. Les commentaires suivants formulés au cours de l’audience du Comité permanent du patrimoine canadien sont instructifs sur ce point :

M. Abbott [député] : [. . .] Dans la version actuelle du projet de loi, une bande sonore disponible en disque compact ne pourrait bénéficier des droits en question. Est-ce bien ce que vous dites?

M. Bouchard [ministère du Patrimoine canadien] : Dans la version actuelle, c’est exact.

M. Abbott : Mais le rajout des mots « lorsqu’elle accompagne » la rend admissible aux droits voisins. Est-ce bien exact?

M^{me} Katz : Oui, c’est exact.

[. . .]

M. Richstone [ministère de la Justice] :

Je voudrais simplement ajouter qu’on trouve dans le projet de loi les mots « partie intégrante », qui causent des soucis à bien du monde au plan technique.

What is the integral part? Is that integral part...? Are you going to apply a conceptual test, or are you going to apply a physical test?

Often the soundtrack of a film is not physically an integral part of the film if it's played at the same time. So the word that is chosen is "accompanies". You find that word in U.S. legislation and in other Commonwealth legislation.

When the soundtrack accompanies a cinematographic work, it is a part of the cinematographic work. When it doesn't accompany a cinematographic work — i.e., it is separately marketed, sold, exploited, performed, whatever, as a sound recording — then it's protected as a sound recording. [Emphasis deleted; text in brackets in original.]

[39] These comments confirm that the word "accompanies" qualifies a soundtrack on a CD for remuneration under s. 19, whereas such a soundtrack would not otherwise attract remuneration under that section. It is difficult to imagine that the comment regarding "a soundtrack that is now available on a CD" might concern a CD containing "the entire collection of sounds accompanying the movie as a whole", which is the interpretation of "soundtrack" the appellant urges this Court to adopt. If the appellant's interpretation is correct, the CD in question would have to include not only the pre-existing recordings, but also all the dialogue, sound effects, ambient music and noises in the motion picture. It could not contain only the pre-existing sound recordings used in the movie.

[40] The appellant's interpretation must be rejected.

E. *Comparative Law and International Rules*

[41] The appellant argues that support for its position can be found in foreign jurisprudence. In actual fact, the foreign jurisprudence makes it clear that significant differences exist between Canadian copyright legislation and the foreign legislation on which those decisions are based.

Que signifie « partie intégrante »? Va-t-il falloir appliquer un test conceptuel ou un test matériel?

Souvent, la bande sonore d'un film ne fait pas matériellement partie intégrante du film si elle est jouée en même temps. C'est pourquoi on a choisi les mots « lorsqu'elle accompagne ». C'est une formule qu'on retrouve dans les législations des États-Unis et du Commonwealth.

Lorsque la bande sonore accompagne une œuvre cinématographique, elle fait partie de cette œuvre cinématographique. Lorsqu'elle n'accompagne pas une œuvre cinématographique, c'est-à-dire lorsqu'elle est vendue, exploitée ou présentée à part, en tant qu'enregistrement sonore, elle est alors protégée à ce titre. [Italiques omis; passages entre crochets dans l'original.]

[39] Ces commentaires confirment que le verbe « accompagne » ouvrirait la voie à une rémunération en vertu de l'art. 19 pour une bande sonore fixée sur un CD alors qu'elle ne donnerait pas droit à une telle rémunération si elle n'était pas fixée sur un tel support. Il est difficile d'imaginer que le commentaire relatif à « une bande sonore disponible en disque compact » ferait référence à un CD qui contiendrait [TRADUCTION] « l'ensemble des sons qui accompagnent un film en tant que tout ». Pourtant, l'appelante recommande vivement l'adoption de cette interprétation de l'expression « bande sonore » par la Cour. Si cette interprétation était la bonne, le CD en question devrait comprendre, non seulement les enregistrements préexistants, mais également tous les dialogues, les effets sonores, la musique d'ambiance et les bruits du film. Il ne pourrait pas comprendre uniquement les enregistrements sonores préexistants utilisés dans un film.

[40] L'interprétation de l'appelante doit être rejetée.

E. *Droit comparatif et règles internationales*

[41] L'appelante prétend que la jurisprudence étrangère appuie sa thèse. En fait, cette jurisprudence énonce clairement les différences importantes qui existent entre la législation canadienne sur le droit d'auteur et la législation étrangère en cette matière sur laquelle ces décisions ont été fondées.

[42] The U.K. *Copyright Act, 1956*, c. 74, contains a definition for “sound recording” that is fundamentally different from the definition in the Canadian Act. The relevant portion of s. 12(9) reads,

In this Act “sound recording” means the aggregate of the sounds embodied in, and capable of being reproduced by means of, a record of any description, other than a sound-track associated with a cinematograph film;

[43] The Australian *Copyright Act 1968*, No. 63, defines “sound recording” as “the aggregate of the sounds embodied in a record” (s. 10). “Cinematograph film” is defined as

the aggregate of the visual images embodied in an article or thing so as to be capable by the use of that article or thing . . . and includes the aggregate of the sounds embodied in a sound-track associated with such visual images; [s. 10]

[44] These definitions — unlike the one in the Canadian Act — include the concept of an “aggregate” of sounds. The distinction between the Canadian and foreign legislation is clear enough to discount any persuasive value that the cases in which this concept was applied might otherwise have had.

[45] The decision the appellant relies on most heavily is that of the High Court of Australia in *Phonographic Performance Co. of Australia Ltd. v. Federation of Australian Commercial Television Stations*, [1998] HCA 39, 195 C.L.R. 158. In that case, the court was faced with a similar issue. The court held, on the basis of the definitions in the Australian Act, that “[w]hat the Act deems not to be a sound recording is the aggregate of sounds that is recorded in a particular form: a sound-track” (para. 22 (emphasis added)). However, the legislation in question in that case was different and, what is more, the court was deeply divided on the issue, with two judges dissenting.

[42] La *Copyright Act, 1956*, ch. 74, du Royaume-Uni donne une définition du terme « *sound recording* » (enregistrement sonore) qui est fondamentalement différente de celle qui figure dans la loi canadienne. La portion pertinente du par. 12(9) se lit comme suit :

[TRADUCTION] Dans la présente Loi, « enregistrement sonore » s’entend d’un ensemble de sons intégrés à un support quel qu’il soit et reproductibles grâce à lui, sauf une bande sonore associée à un film cinématographique;

[43] La *Copyright Act 1968*, no 63, d’Australie définit le terme « *sound recording* » (enregistrement sonore) comme un [TRADUCTION] « ensemble de sons intégrés à un support (art. 10) ». Le terme « *cinematograph film* » (film cinématographique), y est défini comme

[TRADUCTION] l’ensemble des images visuelles intégrées dans un article ou objet de manière à être en mesure d’utiliser l’article ou l’objet [. . .] et comprend l’ensemble des sons intégrés à une bande sonore associée à de telles images; [art. 10]

[44] Ces définitions — contrairement à celle de la loi canadienne — font référence au concept d’« ensemble » de sons. La différence entre les lois canadienne et étrangères est suffisamment manifeste pour écarter toute valeur probante qu’auraient pu autrement avoir les causes qui ont appliqué ce concept fondé sur les lois étrangères.

[45] La décision sur laquelle l’appelante se fonde le plus a été rendue par la Haute Cour d’Australie dans *Phonographic Performance Co. of Australia Ltd. c. Federation of Australian Commercial Television Stations*, [1998] HCA 39, 195 C.L.R. 158. Dans cette affaire, la Haute Cour était saisie d’une question similaire à celle que nous devons traiter en l’espèce. En se fondant sur les définitions qui figurent dans la loi australienne, la Haute Cour a conclu que [TRADUCTION] « [c]e que la loi estime ne pas être un enregistrement sonore est l’ensemble des sons enregistrés sous une forme particulière : la bande sonore » (par. 22 (je souligne)). Toutefois, la loi en cause dans cette affaire était différente de la loi canadienne et, pire, la Haute Cour était très divisée quant à la question, deux juges ayant été dissidents.

[46] In the case at bar, the appellant's arguments are substantially the same as the ones advanced in the Australian case, and it asks this Court to reach the same conclusion as the majority of the High Court of Australia. However, that case is not a precedent that this Court is required to follow, nor is it compelling here. As the Court of Appeal noted in the instant case, the foreign cases the appellant relies on are of no assistance and serve only to highlight the differences in the legislation.

[47] The appellant also argues that the Act is incompatible with the *Rome Convention*.

[48] As I mentioned above, the *Rome Convention* provides that “[p]roducers of phonograms shall enjoy the right to authorise or prohibit the direct or indirect reproduction of their phonograms” (Article 10). The appellant submits that producers of soundtracks would be denied this right if a pre-existing sound recording is deemed to be a soundtrack and that the effect of the Court of Appeal's interpretation is therefore that the Act is in breach of the *Rome Convention*.

[49] The appellant is overlooking Article 3 of the *Rome Convention*, which defines a “phonogram” as “any exclusively aural fixation of sounds of a performance or of other sounds”. Thus, excluding a soundtrack from the definition of “sound recording” where the soundtrack accompanies the cinematographic work is consistent with the *Rome Convention*, since this exclusion is not for “exclusively aural fixation[s]”.

[50] Contrary to the appellant's assertion, a “ripped” (reproduced) recording of a pre-existing sound recording that accompanies a motion picture would be subject to copyright. As the Court of Appeal pointed out, once a pre-existing sound recording is extracted from a soundtrack accompanying a cinematographic work, it once again attracts the protection offered for sound

[46] En l'espèce, l'appelante avance essentiellement les mêmes arguments que ceux invoqués dans la cause australienne et demande à la Cour de conclure comme l'ont fait les juges majoritaires de la Haute Cour d'Australie. Or, non seulement la Cour n'est-elle pas liée par ce précédent, mais, en outre, ce dernier ne convainc pas dans le contexte de la présente espèce. Comme l'a souligné la Cour d'appel fédérale dans la présente affaire, les arrêts étrangers sur lesquels se fonde l'appelante ne peuvent nous guider et ne servent qu'à mettre en évidence les différences entre la loi canadienne et celles d'autres pays.

[47] L'appelante fait aussi valoir que la Loi est incompatible avec la *Convention de Rome*.

[48] Comme je l'ai déjà mentionné, la *Convention de Rome* énonce que « [I]es producteurs de phonogrammes jouissent du droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte de leurs phonogrammes » (article 10). L'appelante soutient que les producteurs de bandes sonores n'auraient pas ce droit si un enregistrement sonore préexistant était une bande sonore. Elle en conclut que la Loi, compte tenu de l'interprétation qu'en donne la Cour d'appel fédérale, contrevient à la *Convention de Rome*.

[49] L'appelante omet d'évoquer l'article 3 de la *Convention de Rome*, qui définit le « phonogramme » comme « toute fixation exclusivement sonore des sons provenant d'une exécution ou d'autres sons ». Ainsi, l'exclusion d'une bande sonore de la définition d'« enregistrement sonore » lorsqu'elle accompagne une œuvre cinématographique est compatible avec la *Convention de Rome* puisque l'exclusion ne vise pas « toute fixation exclusivement sonore ».

[50] Contrairement à ce qu'affirme l'appelante, l'enregistrement « piraté » (reproduit) d'un enregistrement sonore préexistant qui accompagne un film serait sujet au droit d'auteur. Comme l'a souligné la Cour d'appel fédérale, dès lors qu'un enregistrement sonore préexistant est extrait de la bande sonore qui accompagne une œuvre cinématographique, la protection qui vise les enregistrements

recordings. There is therefore no violation of the *Rome Convention*.

[51] As this Court noted in *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324: “. . . where the text of the domestic law lends itself to it, one should also strive to expound an interpretation which is consonant with the relevant international obligations” (p. 1371). In the case at bar, the Board’s interpretation is consonant with Canada’s obligations under the *Rome Convention*.

IV. Conclusion

[52] The Board made no error in finding that the word “soundtrack” includes pre-existing sound recordings and that such recordings are accordingly excluded from the definition of “sound recording” when they accompany a cinematographic work. This interpretation of the word “soundtrack” is consistent with the scheme of the Act, the intention of Parliament and Canada’s international obligations. Contrary to the appellant’s suggestion, it does not lead to absurd results.

[53] For these reasons, the appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the respondent the Motion Picture Theatre Associations of Canada: McMillan, Toronto.

Solicitors for the respondents Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc., Bell ExpressVu LLP, Cogeco Cable Inc., EastLink, Quebecor Media and TELUS Communications Company: Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.

Solicitors for the respondent the Canadian Association of Broadcasters: Hayes eLaw, Toronto.

sonores s’applique de nouveau à lui. Il n’y a donc aucune violation de la *Convention de Rome*.

[51] Comme la Cour l’a précisé dans *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, « lorsque le texte de la loi nationale s’y prête, on devrait en outre s’efforcer d’adopter une interprétation qui soit compatible avec les obligations internationales en question » (p. 1371). En l’espèce, l’interprétation de la Commission est compatible avec les obligations qui incombent au Canada en application de la *Convention de Rome*.

IV. Conclusion

[52] La Commission n’a pas commis d’erreur en concluant que le terme « bande sonore » comprend les enregistrements sonores préexistants et que ces enregistrements sont donc exclus de la définition d’« enregistrement sonore » lorsqu’ils accompagnent une œuvre cinématographique. Cette interprétation du terme « bande sonore » est compatible avec l’esprit de la Loi, l’intention du législateur et les obligations internationales du Canada. Contrairement à ce que suggère l’appelante, elle ne mène pas à des résultats absurdes.

[53] Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l’appelante : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de l’intimée la Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada : McMillan, Toronto.

Procureurs des intimées Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc., Bell ExpressVu LLP, Cogeco Câble inc., EastLink, Quebecor Media et Société TELUS Communications : Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.

Procureurs de l’intimée l’Association canadienne des radiodiffuseurs : Hayes eLaw, Toronto.

Solicitors for the respondent the Canadian Broadcasting Corporation: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Procureurs de l'intimée la Société Radio-Canada : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Solicitor for the intervener: University of Ottawa, Ottawa.

Procureur de l'intervenante : Université d'Ottawa, Ottawa.

John Virgil Punko *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Randall Richard Potts *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PUNKO

2012 SCC 39

File Nos.: 34135, 34193.

2012: March 21; 2012: July 20.

Present: McLachlin C.J. and Deschamps, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Criminal law — Issue estoppel — Application — Crown seeking to prove that Hells Angels is criminal organization — Whether doctrine of issue estoppel applies on basis that issue was decided adversely to Crown in prior multi-issue jury trial.

J.P. and R.P. were charged with several offences, some falling within the prosecutorial jurisdiction of the provincial Crown and others falling within the jurisdiction of the federal Crown. The provincial prosecutions proceeded first to trial. It was alleged that some of the offences were committed for the benefit of, at the direction of, or in association with a criminal organization, namely the Hells Angels. A jury found J.P. and R.P. guilty of a number of offences, but acquitted them on all the criminal organization counts. Meanwhile, J.P. and R.P. were charged with various federal drug-related offences. It was again alleged that they had acted for the benefit of, at the direction of, or in association with the Hells Angels. In pre-trial motions, J.P. and

John Virgil Punko *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Randall Richard Potts *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. PUNKO

2012 CSC 39

N^{os} du greffe : 34135, 34193.

2012 : 21 mars; 2012 : 20 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

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

Droit criminel — Préclusion découlant d'une question déjà tranchée — Application — Tentative par le ministère public de prouver que les Hells Angels sont une organisation criminelle — La doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique-t-elle en raison d'une conclusion défavorable au ministère public sur cette question dans un procès antérieur tenu devant jury et soulevant plus d'une question?

J.P. et R.P. ont été accusés de diverses infractions dont certaines relevaient du pouvoir de poursuite du ministère public provincial et d'autres relevaient de celui du ministère public fédéral. Le procès relatif aux poursuites provinciales a eu lieu en premier. On reprochait aux accusés d'avoir commis certaines des infractions au profit ou sous la direction d'une organisation criminelle, soit les Hells Angels, ou en association avec elle. Un jury a déclaré J.P. et R.P. coupables de plusieurs infractions, mais les a acquittés de tous les chefs d'accusation d'infraction d'organisation criminelle. Dans l'intervalle, J.P. et R.P. ont été inculpés de diverses infractions fédérales liées aux drogues. On leur reprochait de nouveau d'avoir agi au profit ou sous la direction des Hells Angels, ou

R.P. contended that the Crown should be estopped from leading evidence that the Hells Angels was a criminal organization, because the issue had already been decided by the jury in the provincial prosecution. Applying the standard of proof on a balance of probabilities and considering the general circumstances of the case, the judge granted the motions. The Court of Appeal allowed the appeals on the ground that it could not be said that the only rational explanation for the verdict of acquittal was that the jury had found that the Hells Angels was not a criminal organization. It ordered a new trial.

Held: The appeals should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Deschamps, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.: In applying the doctrine of issue estoppel where the prior criminal proceeding was before a jury, the question is whether a finding in favour of the accused is logically necessary to the verdict of acquittal. Factors such as questions asked by the jury, the timing of the jury's verdict or findings made by the sentencing judge under s. 724(2)(b) of the *Criminal Code* can be used only to reinforce a conclusion reached through reasoning based on logical necessity. Where, in light of the record and the parties' allegations, there is more than one logical explanation for the jury's verdict, and if one of these explanations does not depend on the jury's resolving the relevant issue in favour of the accused, the verdict cannot successfully be relied on in support of issue estoppel.

Here, the transcript of the jury trial reveals that there are at least two logical explanations for the not guilty verdict on each of the criminal organization counts: either the Crown had not proven that the Hells Angels was a criminal organization or it had not proven that the predicate offences were committed for the benefit of, at the direction of, or in association with the Hells Angels. A finding that the Hells Angels was not a criminal organization was not logically necessary to the acquittal.

Per Fish J.: Subject to leaving open the question whether a factual finding made by a sentencing court pursuant to s. 724(2)(b) of the *Criminal Code* can, as a matter of principle, give rise to an issue estoppel, the majority reasons are agreed with. There is no principled reason to suggest that such a finding of fact could never

en association avec eux. Dans des requêtes présentées avant le procès, J.P. et R.P. soutenaient que le ministère public était préclus de présenter une preuve pour démontrer que les Hells Angels étaient une organisation criminelle, parce que cette question avait déjà été tranchée par le jury dans le cadre de la poursuite provinciale. Le juge a accueilli les requêtes après avoir appliqué la norme de preuve selon la prépondérance des probabilités et examiné les circonstances générales de l'affaire. La Cour d'appel a accueilli les appels au motif qu'on ne pouvait affirmer que la seule explication rationnelle du verdict d'acquiescement était que le jury avait conclu que les Hells Angels n'étaient pas une organisation criminelle. Elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

La juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis : Pour appliquer la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée lorsque le procès antérieur s'est tenu devant un jury, il faut se demander si le verdict d'acquiescement suppose logiquement l'existence d'une conclusion favorable à l'accusé. Des facteurs tels que les questions posées par le jury, le moment où celui-ci a rendu son verdict ou les constatations faites par le juge chargé de déterminer la peine en vertu de l'al. 724(2)(b) du *Code criminel* ne peuvent être utilisés que pour renforcer la conclusion d'un raisonnement consistant à déterminer si la résolution de la question était logiquement nécessaire. Dans les cas où il ressort du dossier et des allégations des parties qu'il existe plus d'une explication logique au verdict du jury et où l'une de ces explications n'exige pas que le jury ait résolu la question pertinente en faveur de l'accusé, le verdict ne pourra servir de fondement valable à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

En l'espèce, la transcription du procès devant jury révèle qu'il y a au moins deux explications logiques au verdict de non-culpabilité pour chacun des chefs d'accusation d'infraction d'organisation criminelle : soit le ministère public n'a pas établi que les Hells Angels étaient une organisation criminelle, soit il n'a pas établi que les infractions sous-jacentes avaient été commises au profit ou sous la direction des Hells Angels, ou en association avec eux. Le verdict d'acquiescement ne supposait pas logiquement une conclusion selon laquelle les Hells Angels n'étaient pas une organisation criminelle.

Le juge Fish : Il est souscrit aux motifs de la majorité, sous cette réserve que la Cour ne devrait pas se prononcer sur la question de savoir si la constatation d'un fait par le tribunal qui détermine la peine en application de l'al. 724(2)(b) du *Code criminel* peut, en principe, donner ouverture à la préclusion découlant d'une question déjà

estop the Crown from relitigating the issue in subsequent proceedings. Here, however, the accused have not satisfied the preconditions to issue estoppel.

Cases Cited

By Deschamps J.

Applied: *R. v. Mahalingan*, 2008 SCC 63, [2008] 3 S.C.R. 316; **referred to:** *R. v. Violette*, 2009 BCSC 1025, [2009] B.C.J. No. 1940 (QL); *R. v. Violette*, 2009 BCSC 1557 (CanLII); *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3.

By Fish J.

Referred to: *R. v. Mahalingan*, 2008 SCC 63, [2008] 3 S.C.R. 316.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 724(1), (2), 725(1)(c).

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. and Kirkpatrick and Groberman JJ.A.), 2011 BCCA 55, 299 B.C.A.C. 235, 508 W.A.C. 235, 266 C.C.C. (3d) 316, 330 D.L.R. (4th) 399, [2011] B.C.J. No. 199 (QL), 2011 CarswellBC 195, reversing a decision of Leask J., 2010 BCSC 70, 251 C.C.C. (3d) 232, [2010] B.C.J. No. 82 (QL), 2010 CarswellBC 105. Appeals dismissed.

Gil D. McKinnon, Q.C., and *Larry Fleming*, for the appellant John Virgil Punko.

Bonnie Craig and Jeffrey Ray, for the appellant Randall Richard Potts.

W. Paul Riley and Martha M. Devlin, Q.C., for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Deschamps, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ. was delivered by

[1] DESCHAMPS J. — These appeals concern the application of the doctrine of issue estoppel, as clarified by this Court in *R. v. Mahalingan*, 2008 SCC 63, [2008] 3 S.C.R. 316, in the context of a

tranchée. Aucune raison de principe ne permet d'affirmer que pareille constatation de fait ne pourrait jamais donner ouverture à la préclusion et empêcher le ministère public de remettre en cause la question visée dans une procédure ultérieure. Les accusés en l'espèce n'ont pas satisfait aux conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêt appliqué : *R. c. Mahalingan*, 2008 CSC 63, [2008] 3 R.C.S. 316; **arrêts mentionnés :** *R. c. Violette*, 2009 BCSC 1025, [2009] B.C.J. No. 1940 (QL); *R. c. Violette*, 2009 BCSC 1557 (CanLII); *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3.

Citée par le juge Fish

Arrêt mentionné : *R. c. Mahalingan*, 2008 CSC 63, [2008] 3 R.C.S. 316.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 724(1), (2), 725(1)(c).

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Kirkpatrick et Groberman), 2011 BCCA 55, 299 B.C.A.C. 235, 508 W.A.C. 235, 266 C.C.C. (3d) 316, 330 D.L.R. (4th) 399, [2011] B.C.J. No. 199 (QL), 2011 CarswellBC 195, qui a infirmé une décision du juge Leask, 2010 BCSC 70, 251 C.C.C. (3d) 232, [2010] B.C.J. No. 82 (QL), 2010 CarswellBC 105. Pourvois rejetés.

Gil D. McKinnon, c.r., et *Larry Fleming*, pour l'appelant John Virgil Punko.

Bonnie Craig et Jeffrey Ray, pour l'appelant Randall Richard Potts.

W. Paul Riley et Martha M. Devlin, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Deschamps, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — Les présents pourvois portent sur l'application de la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, telle que l'a clarifiée la Cour dans *R. c. Mahalingan*,

multi-issue jury trial. The specific question may be stated as follows: Is the Crown estopped from seeking to prove that the East End Chapter of the Hells Angels (“Hells Angels”) is a criminal organization, on the basis that the issue was decided adversely to the Crown in a prior jury trial? For the reasons that follow, I would answer this question in the negative and dismiss the appeals.

I. Facts and Judicial History

[2] A multi-faceted, multi-year investigation by the Royal Canadian Mounted Police into the activities of the Hells Angels led to the identification of a broad range of acts that could constitute criminal offences. Some of the offences fell within the prosecutorial jurisdiction of the provincial Crown, while others fell within that of the federal Crown.

[3] The provincial prosecutions proceeded to trial in 2008 in the British Columbia Supreme Court before Romilly J. and a jury. The appellants, John Virgil Punko and Randall Richard Potts, and two others, Jean Joseph Violette and Ronaldo Lising, were tried jointly on varying charges of extortion, uttering threats, counselling mischief and unlawful possession of explosive substances and firearms. Some of the offences were allegedly committed for the benefit of, at the direction of, or in association with a criminal organization, namely the Hells Angels. In July 2009, following a ten-month trial, a jury found each of the accused guilty of a number of offences; however, it acquitted all four of them on all the criminal organization counts. Romilly J. delivered two sets of sentencing reasons, the first concerning Messrs. Punko, Potts and Lising (*R. v. Violette*, 2009 BCSC 1025, [2009] B.C.J. No. 1940 (QL)), and the second, Mr. Violette (*R. v. Violette*, 2009 BCSC 1557 (CanLII)).

2008 CSC 63, [2008] 3 R.C.S. 316, et ce, dans le contexte d’un procès devant jury qui soulève plus d’une question. La question précise en litige dans le pourvoi peut être formulée comme suit : le ministère public est-il préclus de présenter des éléments de preuve visant à établir que l’East End Chapter des Hells Angels (« Hells Angels ») est une organisation criminelle, parce que cette question a déjà reçu une réponse défavorable au ministère public dans un procès antérieur tenu devant un jury? Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis d’y répondre par la négative et de rejeter les pourvois.

I. Faits et historique judiciaire

[2] Une enquête à multiples volets, échelonnée sur plusieurs années, que la Gendarmerie royale du Canada a menée sur les activités des Hells Angels a permis de mettre au jour un vaste éventail d’actes susceptibles de constituer des infractions criminelles. Les poursuites relatives à certaines des infractions relevaient du ministère public provincial, alors que d’autres relevaient du ministère public fédéral.

[3] Le procès relatif aux poursuites provinciales a eu lieu en 2008, en Cour suprême de la Colombie-Britannique, devant le juge Romilly et un jury. Les appelants, John Virgil Punko et Randall Richard Potts, et deux autres personnes, Jean Joseph Violette et Ronaldo Lising, ont été jugés ensemble pour diverses accusations d’extorsion, de profération de menaces, d’incitation à commettre un méfait et de possession illégale de substances explosives et d’armes à feu. On leur reprochait d’avoir commis certaines de ces infractions au profit ou sous la direction d’une organisation criminelle, en l’occurrence les Hells Angels, ou en association avec elle. En juillet 2009, à l’issue d’un procès de dix mois, un jury a déclaré chacun des quatre accusés coupable de plusieurs infractions; il les a cependant tous acquittés des chefs d’accusation d’infractions d’organisation criminelle. Le juge Romilly a exposé ses motifs de détermination des peines en deux temps, d’abord à l’égard de MM. Punko, Potts et Lising (*R. c. Violette*, 2009 BCSC 1025, [2009] B.C.J. No. 1940 (QL)), puis à l’égard de M. Violette (*R. c. Violette*, 2009 BCSC 1557 (CanLII)).

[4] Meanwhile, a federal prosecution had been authorized. The appellants were charged individually with various drug-related offences, and on some of the counts — to the effect that they had produced and trafficked in a controlled substance (methamphetamine) — it was again alleged that they had done so for the benefit of, at the direction of, or in association with a criminal organization (the Hells Angels). A trial for the drug-related offences was scheduled before Leask J. of the British Columbia Supreme Court without a jury. On November 26, 2009, Leask J. heard pre-trial motions made by the appellants, who contended that the Crown should be estopped from leading evidence that the Hells Angels was a criminal organization, because the issue had already been decided by the jury in the provincial prosecution.

[5] Leask J. granted the appellants' motions (2010 BCSC 70, 251 C.C.C. (3d) 232). He held that the standard to be applied in answering the question whether an issue was decided in a prior proceeding for the purposes of issue estoppel is that of "proof on a balance of probabilities" (para. 28). To determine whether issue estoppel applied, Leask J. considered the general circumstances of the case. First, he considered the fact that the jury had resolved its deliberations shortly after asking Romilly J. a question concerning the definition of a criminal organization (para. 43). Second, Leask J. noted that Romilly J. had found in his reasons for sentence that Mr. Potts had been holding weapons for the Hells Angels (at para. 57) and that Mr. Violette had acted on behalf of the Hells Angels (para. 69). On this second point, Leask J. was of the view that Romilly J. had found that the jury had acquitted Mr. Punko and Mr. Potts on the criminal organization counts because it was not satisfied that the Hells Angels was a criminal organization (para. 75). Leask J. held that the Crown should be estopped from seeking to prove that the Hells Angels was a criminal

[4] Une poursuite fédérale avait été autorisée dans l'intervalle. Les appelants ont été inculpés individuellement de diverses infractions liées aux drogues et on leur reprochait de nouveau d'avoir commis les infractions décrites dans certains des chefs d'accusation — production et trafic d'une substance désignée (méthamphétamine) — au profit ou sous la direction d'une organisation criminelle (les Hells Angels), ou en association avec elle. L'affaire avait été inscrite au rôle et le procès concernant les infractions liées aux drogues devait se dérouler devant le juge Leask, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, sans jury. Le 26 novembre 2009, les appelants ont présenté au juge Leask, avant le procès, des requêtes dans lesquelles ils soutenaient que le ministère public était préclus de présenter des éléments de preuve pour démontrer que les Hells Angels étaient une organisation criminelle, parce que cette question avait déjà été tranchée par le jury dans le cadre de la poursuite intentée par le ministère public provincial.

[5] Le juge Leask a fait droit aux requêtes des appelants (2010 BCSC 70, 251 C.C.C. (3d) 232). Il a conclu que la norme devant servir à déterminer si une question a déjà été tranchée dans une instance antérieure pour l'application de la préclusion est celle de la [TRADUCTION] « prépondérance des probabilités » (par. 28). Pour décider s'il y avait préclusion découlant d'une question déjà tranchée en l'espèce, le juge Leask a examiné les circonstances générales de l'affaire. Premièrement, il a tenu compte du fait que le jury avait terminé ses délibérations peu de temps après avoir posé une question au juge Romilly au sujet de la définition d'une organisation criminelle (par. 43). Deuxièmement, le juge Leask a souligné que, dans ses motifs de détermination des peines, le juge Romilly avait conclu que M. Potts avait détenu des armes pour le compte des Hells Angels (par. 57) et que M. Violette avait agi en leur nom (par. 69). En ce qui concerne cette deuxième considération, le juge Leask estimait que le juge Romilly avait conclu que le jury avait acquitté MM. Punko et Potts des chefs d'accusation d'infractions d'organisation criminelle parce qu'il n'était pas convaincu que les Hells Angels

organization in the trial before him. The Crown appealed.

[6] The Court of Appeal allowed the appeals and ordered a new trial (2011 BCCA 55, 299 B.C.A.C. 235). Kirkpatrick J.A., writing for the court, found that Leask J. had erred in casting the question whether an issue was resolved in a prior proceeding in terms of burden of proof, as it is actually “a question of logic and law” (para. 82). According to Kirkpatrick J.A., because individual jurors may have reached their decisions on the verdict by different routes, it could not be said that the only rational explanation for the verdict of acquittal was that the jury found that the Hells Angels was not a criminal organization (para. 85). Nor did the nature and timing of the jury’s question, or the sentencing judge’s reasons, support a conclusion by a court in a subsequent proceeding that the issue of whether the Hells Angels was a criminal organization had necessarily been resolved by the jury. In Kirkpatrick J.A.’s opinion, the sentencing reasons did not “unequivocally state the relevant finding on which the issue estoppel is based” (para. 93).

II. The Scope of the Doctrine of Issue Estoppel in the Criminal Context

[7] In *Mahalingan*, this Court had to decide whether the doctrine of issue estoppel should be retained as part of Canadian criminal law. A majority of the Court favoured retaining it in the criminal law, but in a narrow form. Not all issues raised in a previous trial can be the subject of issue estoppel. Rather, the Crown is precluded from relitigating only those issues that were *decided in favour of the accused* at the earlier trial (paras. 22, 31 and 33). Moreover, the resolution of an issue in favour

étaient une organisation criminelle (par. 75). Le juge Leask a conclu que le ministère public était préclus de présenter, au procès tenu devant lui, des éléments de preuve visant à établir que les Hells Angels étaient une organisation criminelle. Le ministère public a interjeté appel de cette décision.

[6] La Cour d’appel a accueilli les appels et ordonné la tenue d’un nouveau procès (2011 BCCA 55, 299 B.C.A.C. 235). S’exprimant au nom de la cour, la juge Kirkpatrick a conclu que le juge Leask avait eu tort de considérer la question de savoir si une question avait été tranchée dans une instance antérieure sous l’angle du fardeau de la preuve, vu qu’il s’agit en fait [TRADUCTION] « d’une question de logique et de droit » (par. 82). Selon la juge Kirkpatrick, puisque les jurés étaient peut-être arrivés individuellement à leur verdict par des chemins différents, on ne pouvait affirmer que la seule explication rationnelle du verdict d’acquiescement était que le jury avait conclu que les Hells Angels n’étaient pas une organisation criminelle (par. 85). De plus, ni la nature de la question du jury et le moment où il l’a posée, ni les motifs du juge chargé d’infliger les peines ne permettaient à un tribunal de conclure dans une instance ultérieure que le jury avait forcément tranché la question de savoir si les Hells Angels étaient une organisation criminelle. De l’avis de la juge Kirkpatrick, les motifs de détermination de la peine ne [TRADUCTION] « mentionnent pas sans équivoque la conclusion pertinente servant de fondement à la préclusion découlant d’une question déjà tranchée » (par. 93).

II. La portée de la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée en contexte criminel

[7] Dans l’affaire *Mahalingan*, notre Cour devait décider s’il fallait conserver, en droit criminel canadien, la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Notre Cour a décidé à la majorité qu’il fallait la conserver, mais sous une forme restreinte. Ce ne sont pas toutes les questions soulevées dans un procès antérieur qui peuvent donner lieu à l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Le ministère public est plutôt seulement préclus de remettre en

of the accused must be “a necessary inference from the trial judge’s findings or from the fact of the acquittal” (para. 52).

[8] In applying the doctrine of issue estoppel where the prior proceeding was before a jury, “[t]he question is whether a finding in favour of the accused is logically necessary to the verdict of acquittal” (*Mahalingan*, at para. 53 (emphasis added)), not whether the general circumstances of the case tend to indicate that the jury resolved the issue in favour of the accused. Thus, factors such as questions asked by the jury, the timing of the jury’s verdict or findings made by the sentencing judge are not directly relevant to whether the jury resolved an issue in favour of the accused. They can be used only to reinforce a conclusion reached through reasoning based on logical necessity. Where, in light of the record and the parties’ allegations, there is more than one logical explanation for the jury’s verdict, and if one of these explanations does not depend on the jury’s resolving the relevant issue in favour of the accused, the verdict cannot successfully be relied on in support of issue estoppel. An approach that encourages judges to inquire into the jurors’ mental deliberations and reasoning processes should be rejected.

[9] I therefore agree with the Court of Appeal that Leask J. erred in law in drawing inferences on a balance of probabilities — a question of burden of proof — rather than considering whether a finding regarding the criminal nature of the organization was logically necessary to the acquittal — a question of logic and law.

[10] Mr. Potts submits that the doctrine of issue estoppel can be applied on the basis of findings of fact made by a sentencing judge under s. 724 of

cause les questions *tranchées en faveur de l’accusé* dans le procès antérieur (par. 22, 31 et 33). Par ailleurs, « [l]es conclusions du juge du procès ou l’acquittement doivent nécessairement impliquer » qu’une question a été tranchée en faveur de l’accusé (par. 52).

[8] Pour appliquer la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée lorsque le procès antérieur s’est tenu devant un jury, « [i]l faut [. . .] se demander si le verdict d’acquittement suppose logiquement l’existence d’une conclusion favorable à l’accusé » (*Mahalingan*, par. 53 (je souligne)), et non si les circonstances générales de l’affaire portent à croire que le jury a tranché la question en faveur de l’accusé. Par conséquent, des facteurs tels que les questions posées par le jury, le moment où celui-ci a rendu son verdict ou les conclusions tirées par le juge chargé d’infliger la peine ne sont pas directement pertinents lorsqu’il s’agit de déterminer si le jury a tranché une question en faveur de l’accusé. Ces facteurs ne peuvent être utilisés que pour renforcer la conclusion d’un raisonnement consistant à déterminer si la résolution de la question était logiquement nécessaire. Dans les cas où il ressort du dossier et des allégations des parties qu’il existe plus d’une explication logique au verdict du jury et où l’une de ces explications n’exige pas que le jury ait résolu la question pertinente en faveur de l’accusé, le verdict ne pourra servir de fondement valable à la préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Une approche qui incite les juges à s’interroger sur les délibérations intérieures et le raisonnement des jurés doit être rejetée.

[9] Je suis donc d’avis, tout comme la Cour d’appel, que le juge Leask a commis une erreur de droit en tirant des inférences selon la prépondérance des probabilités — une norme de preuve —, plutôt que de se demander si l’acquittement supposait logiquement une conclusion concernant la nature criminelle de l’organisation — une norme fondée sur la logique et le droit.

[10] M. Potts soutient que l’application de la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée peut s’appuyer sur l’acceptation d’un fait

the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”). That section provides as follows:

724. (1) In determining a sentence, a court may accept as proved any information disclosed at the trial or at the sentencing proceedings and any facts agreed on by the prosecutor and the offender.

(2) Where the court is composed of a judge and jury, the court

(a) shall accept as proven all facts, express or implied, that are essential to the jury’s verdict of guilty; and

(b) may find any other relevant fact that was disclosed by evidence at the trial to be proven, or hear evidence presented by either party with respect to that fact.

. . .

In support of his submission, Mr. Potts refers to a passage from *Mahalingan* in which the Court held that “an accused should not be called upon to answer allegations of law or fact already resolved in his or her favour by a judicial determination on the merits” (para. 39). In the context of a multi-issue jury trial, I cannot accept that the findings of fact made by the sentencing judge are determinative for the purposes of issue estoppel.

[11] Where a fact is necessary for the purpose of determining the appropriate sentence but is not express or implied in the jury’s verdict, the sentencing judge must make his or her own finding (s. 724(2)(b) *Cr. C.*). However, such a finding does not constitute a judicial determination *on the merits* of the case; rather, it constitutes a judicial determination only for the purpose of sentencing. The merits of the case in a jury trial pertain to the issues the jurors can take into consideration in reaching a verdict. It is the role of the jury, not the sentencing judge, to make judicial determinations on the merits. The jurors must arrive at a unanimous result on the basis of the evidence. In doing so, it is

par le juge chargé de la détermination de la peine en application de l’art. 724 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *C. cr.* »). Cette disposition est rédigée ainsi :

724. (1) Le tribunal peut, pour déterminer la peine, considérer comme prouvés les renseignements qui sont portés à sa connaissance lors du procès ou dans le cadre des procédures de détermination de la peine et les faits sur lesquels le poursuivant et le délinquant s’entendent.

(2) Le tribunal composé d’un juge et d’un jury :

a) considère comme prouvés tous les faits, exprès ou implicites, essentiels au verdict de culpabilité qu’a rendu le jury;

b) à l’égard des autres faits pertinents qui ont été révélés lors du procès, peut les accepter comme prouvés ou permettre aux parties d’en faire la preuve.

. . .

À l’appui de sa prétention, M. Potts cite un passage de l’arrêt *Mahalingan*, où la Cour affirme que « [l’accusé] n’[a] pas à répondre à des allégations de droit ou de fait déjà résolues en sa faveur dans une décision judiciaire au fond » (par. 39). Dans le contexte d’un procès devant jury soulevant plus d’une question, je ne peux accepter la thèse voulant que les constatations de fait du juge de détermination de la peine soient déterminantes pour l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée.

[11] Lorsqu’une constatation de fait est nécessaire à la détermination de la peine, mais n’est incluse ni expressément ni implicitement dans le verdict du jury, le juge chargé d’infliger la peine doit faire lui-même cette constatation (al. 724(2)(b) *C. cr.*). Celle-ci ne constitue cependant pas une décision judiciaire *au fond*; elle ne constitue une décision judiciaire qu’aux fins de la détermination de la peine. Le fond d’une affaire jugée par un jury tient aux questions que les jurés peuvent examiner pour rendre leur verdict. Ce n’est pas au juge chargé de la détermination de la peine, mais au jury de rendre des décisions judiciaires au fond. Les jurés doivent arriver à un résultat unanime en se fondant

their prerogative to make their own determinations on the merits. Issue estoppel will apply only where unanimity of the jury on an issue can be discerned through reasoning based on logical necessity.

[12] A sentencing judge must also accept as proven facts that are implicit in the jury's verdict of guilty (s. 724(2)(a) *Cr. C.*). These are not determinations of the sentencing judge, but simply his elucidation of the facts the jury must have relied on to convict the accused. The sentencing judge has no duty to elucidate or make findings with respect to a jury's verdict of acquittal. Any observation the sentencing judge makes in that regard may indicate his or her own views, but it is not a determination that binds a judge sitting on a subsequent motion based on issue estoppel. In every case, the judge in the subsequent proceeding must determine whether the sentencing judge's elucidation of the jury's verdict meets the standard of logical necessity. Findings made by a sentencing judge regarding a jury's determinations in a multi-issue trial cannot be used to circumvent the standard of logical necessity established in *Mahalingan*, but only to confirm a conclusion reached by applying that standard.

III. Application to the Facts

[13] In the original trial presided by Romilly J., the jury acquitted the four accused on all the criminal organization counts. Leask J. stated that he was satisfied on a balance of probabilities, on the basis of Romilly J.'s sentencing reasons, the jury's question and the timing of the jury's verdict, that the jury must have acquitted the accused on the basis that the Hells Angels was not a criminal organization. In light of *Mahalingan*, however, the question is whether a finding that the Hells Angels is not a

sur la preuve. Pour ce faire, ils doivent tirer leurs propres conclusions sur le fond. La doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique uniquement lorsque l'unanimité du jury sur une question ressort du raisonnement consistant à déterminer si sa résolution était logiquement nécessaire.

[12] Le juge chargé d'infliger la peine doit également considérer comme prouvés les faits qui se dégagent implicitement du verdict de culpabilité rendu par le jury (al. 724(2)a) *C. cr.*). Il ne s'agit alors pas de constatations de fait du juge chargé de la détermination de la peine, mais simplement de son explication des faits sur lesquels le jury s'est nécessairement fondé pour déclarer l'accusé coupable. Le juge chargé de la détermination de la peine n'est pas tenu de trouver une explication à un verdict d'acquittal rendu par le jury ou de tirer des conclusions à son égard. Toute observation qu'il fait à ce sujet peut révéler son point de vue personnel, mais il ne s'agit pas d'une décision qui lie le juge saisi d'une requête ultérieure fondée sur la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Dans tous les cas, le juge président l'instance ultérieure doit décider si l'explication que le juge chargé d'infliger la peine a donnée du verdict du jury satisfait à la norme de la nécessité logique. Les conclusions du juge de détermination de la peine concernant les constatations du jury dans un procès soulevant plus d'une question ne peuvent être utilisées pour contourner la norme de la nécessité logique, établie dans l'arrêt *Mahalingan*; elles ne peuvent servir qu'à confirmer une conclusion découlant de l'application de cette norme.

III. Application aux faits

[13] À l'issue du premier procès, présidé par le juge Romilly, le jury a acquitté les quatre accusés de tous les chefs d'accusation d'infractions d'organisation criminelle. Le juge Leask s'est dit convaincu selon la prépondérance des probabilités, étant donné les motifs de détermination de la peine du juge Romilly, la question posée par le jury et le moment où celui-ci a rendu son verdict, que le jury devait avoir acquitté les accusés pour le motif que les Hells Angels n'étaient pas une organisation

criminal organization is the only logical inference a judge can draw from the jury's verdict. A review of the relevant portions of the transcript of the jury trial reveals that it is not.

[14] In their closing arguments on the criminal organization counts, counsel for Mr. Punko, Mr. Potts and Mr. Lising each advanced two distinct defences: first, that the Crown had failed to prove that the Hells Angels was a criminal organization and, second, that none of the substantive offences were committed for the benefit of, at the direction of, or in association with the Hells Angels.

[15] In his charge, Romilly J. informed the jury that, on all the criminal organization counts, the Crown had to prove the following five elements beyond a reasonable doubt:

- (i) that the accused committed the substantive offence;
- (ii) that during the period specified in the count, the Hells Angels was a criminal organization;
- (iii) that the accused knew that the characteristics of the Hells Angels were those of a criminal organization during the time period specified in the count;
- (iv) that the accused committed the offence for the benefit of, at the direction of, or in association with the Hells Angels; and
- (v) that the accused committed the offence with the intent to do so for the benefit of, at the direction of, or in association with the Hells Angels.

Romilly J. instructed the jury that, if it was not satisfied of each element beyond a reasonable doubt,

criminelle. Cependant, au vu de l'arrêt *Mahalingan*, il faut plutôt se demander si la conclusion que les Hells Angels ne sont pas une organisation criminelle constitue la seule inférence logique qu'un juge peut tirer du verdict du jury. Un examen des parties pertinentes de la transcription du procès devant jury révèle que tel n'est pas le cas.

[14] Dans leur exposé final au jury sur les chefs d'accusation d'infractions d'organisation criminelle, les avocats de MM. Punko, Potts et Lising ont chacun présenté deux moyens de défense distincts. Premièrement, ils ont affirmé que le ministère public n'avait pas réussi à prouver que les Hells Angels étaient une organisation criminelle. Deuxièmement, ils ont soutenu qu'aucune des infractions matérielles n'avait été commise au profit ou sous la direction des Hells Angels, ou en association avec eux.

[15] Dans son exposé au jury, le juge Romilly a indiqué que le ministère public devait prouver hors de tout doute raisonnable les cinq éléments énumérés ci-après à l'égard de tous les chefs d'accusation d'infractions d'organisation criminelle :

- (i) l'accusé a commis l'infraction matérielle;
- (ii) les Hells Angels étaient une organisation criminelle au cours de la période indiquée dans le chef d'accusation;
- (iii) l'accusé savait que les caractéristiques des Hells Angels étaient celles d'une organisation criminelle au cours de la période indiquée dans le chef d'accusation;
- (iv) l'accusé a commis l'infraction au profit ou sous la direction des Hells Angels, ou en association avec eux;
- (v) l'accusé a commis l'infraction dans l'intention de la commettre au profit ou sous la direction des Hells Angels, ou en association avec eux.

Le juge Romilly a dit au jury qu'il devait rendre un verdict de non-culpabilité s'il n'était pas convaincu

it had to deliver a verdict of not guilty. He also told the jurors that, if they acquitted the accused of the underlying substantive offence, they had to find him not guilty on the associated criminal organization count. The fact that there were five elements the Crown had to prove meant that, if the jury convicted the accused of the substantive offence, there were still four possible reasons for delivering a verdict of not guilty on the associated criminal organization count.

[16] According to the arguments advanced by the defence, which Romilly J. summarized for the jury, there were two main issues the jury had to decide in relation to each criminal organization count once it had found the accused guilty of the predicate offence: (1) whether the Hells Angels was a criminal organization, and (2) whether the predicate offence was committed for the benefit of, at the direction of or in association with the Hells Angels.

[17] It was not argued that Romilly J. had submitted defences to the jury that lacked an evidential foundation, or “air of reality” (see *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3). In this Court, Mr. Punko stated that his “primary defence” to the criminal organization charges was that the Crown had failed to prove that the Hells Angels was a criminal organization (A.F., at para. 21), but that

[a]s an alternate route to acquittal on the criminal organization counts the Appellants and Lising submitted to the jury that if they committed the substantive offences it was not for “the benefit of, at the direction of, or in association with” the [Hells Angels]. [A.F., at para. 23]

[18] In sum, there are at least two logical explanations for the not guilty verdict on each of the criminal organization counts. This means that a judge cannot infer from the jury verdict, as required by *Mahalingan*, that the jurors necessarily found that

hors de tout doute raisonnable de chacun de ces éléments. Il a également indiqué aux jurés que, s'ils acquittaient l'accusé de l'infraction matérielle sous-jacente, ils étaient tenus de le reconnaître non coupable du chef d'accusation connexe d'infraction d'organisation criminelle. L'obligation du ministère public de prouver cinq éléments signifiait que, si le jury déclarait l'accusé coupable de l'infraction matérielle, quatre autres motifs étaient encore susceptibles de justifier un verdict de non-culpabilité à l'égard du chef d'accusation connexe d'infraction d'organisation criminelle.

[16] D'après les arguments soulevés par la défense, que le juge Romilly a résumés pour le jury, ce dernier devait trancher deux questions principales relativement à chaque chef d'accusation d'infraction d'organisation criminelle s'il déclarait l'accusé coupable de l'infraction sous-jacente : il devait décider (1) si les Hells Angels étaient une organisation criminelle, et (2) si l'infraction sous-jacente avait été commise au profit ou sous la direction des Hells Angels, ou en association avec eux.

[17] Les parties n'ont pas soutenu que le juge Romilly avait présenté au jury des moyens de défense dépourvus de fondement probant ou non « vraisemblables » (voir l'arrêt *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3). M. Punko a affirmé devant notre Cour que son [TRADUCTION] « moyen de défense principal » contre les accusations d'infractions d'organisation criminelle était que le ministère public n'avait pas réussi à prouver que les Hells Angels étaient une organisation criminelle (m.a., par. 21), mais que

[TRADUCTION] [I]es appelants et Lising avaient proposé au jury un autre motif de les acquitter des chefs d'accusation d'infractions d'organisation criminelle en soutenant que, s'ils avaient commis les infractions matérielles, ils ne les avaient pas commises « au profit ou sous la direction [des Hells Angels], ou en association avec [eux] ». [m.a., par. 23]

[18] En résumé, il y a au moins deux explications logiques au verdict de non-culpabilité pour chacun des chefs d'accusation d'infraction d'organisation criminelle. Cela signifie qu'un juge ne peut inférer du verdict du jury, comme l'exige

the Hells Angels was not a criminal organization. There was, as counsel for Mr. Punko pointed out, an alternate route to the verdict.

[19] Leask J. placed considerable weight on Romilly J.'s finding that Mr. Potts had been holding weapons for the Hells Angels and that Mr. Violette had been acting on behalf of the Hells Angels. However, regardless of whether Romilly J. was making his own finding of fact under s. 724(2)(b) *Cr. C.* or was interpreting the jury's verdict, this finding does not assist the appellants in their issue estoppel argument. First, as I mentioned above, findings of fact made by the sentencing judge for the purpose of sentencing under s. 724(2)(b) cannot be relied on in support of issue estoppel. Second, no finding of fact that is implicit in a jury's verdict as elucidated by the sentencing judge is a substitute for a conclusion by a judge hearing a motion based on issue estoppel, applying the standard of logical necessity, that the issue was previously decided in favour of the accused. It bears mentioning here that, because Romilly J.'s findings would have flowed from the jury's decision to *acquit* on the criminal organization counts, they could not have been made under s. 724(2)(a). In any event, it cannot be said that Romilly J.'s findings were a necessary inference from the fact of the acquittal, as there were at least two logical explanations for the jury's decisions to *acquit* on the criminal organization counts. In considering the motions based on issue estoppel, Leask J. could not conclude that a finding that the Hells Angels was not a criminal organization was logically necessary to the jury's verdict of acquittal. Romilly J.'s findings of fact simply shed light on his own reasoning, not on that of the jurors, and do not provide the support Leask J. attributed to them.

l'arrêt *Mahalingan*, que les jurés ont nécessairement conclu que les Hells Angels n'étaient pas une organisation criminelle. Comme l'a souligné l'avocat de M. Punko, un verdict d'acquittement pouvait être prononcé en empruntant deux voies distinctes.

[19] Le juge Leask a accordé un poids considérable à la conclusion du juge Romilly que M. Potts avait détenu des armes pour les Hells Angels et que M. Violette avait agi en leur nom. Cependant, peu importe que le juge Romilly ait alors constaté lui-même des faits en vertu de l'al. 724(2)b) *C. cr.* ou qu'il ait interprété le verdict du jury, cette conclusion n'aide pas les appelants à établir qu'il y a préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Premièrement, comme je l'ai mentionné plus tôt, les faits que le juge chargé de déterminer la peine constate à cette fin en vertu de l'al. 724(2)b) ne peuvent servir de fondement valable à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Deuxièmement, aucune constatation de fait qui se dégagerait implicitement du verdict du jury, selon l'explication qu'en donne le juge de détermination de la peine, ne peut remplacer la conclusion tirée par un juge sur présentation d'une requête en préclusion que la question a déjà été tranchée en faveur de l'accusé, suivant la norme de la nécessité logique. Il importe de souligner ici que, comme les constatations du juge Romilly ne peuvent découler que de la décision du jury d'*acquitter* les accusés des chefs d'accusation d'infractions d'organisation criminelle, elles ne peuvent avoir été faites en application de l'al. 724(2)a). Quoi qu'il en soit, il est impossible d'affirmer que les constatations du juge Romilly découlent nécessairement de l'acquittement, puisqu'il existait au moins deux explications logiques aux acquittements prononcés par le jury relativement aux chefs d'accusation d'infractions d'organisation criminelle. Lorsqu'il a examiné les requêtes fondées sur la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, le juge Leask ne pouvait conclure que le verdict d'acquittement prononcé par le jury supposait logiquement la constatation que les Hells Angels n'étaient pas une organisation criminelle. Les constatations de fait du juge Romilly nous éclairent seulement sur son propre raisonnement, et non sur celui des jurés, et elles n'offrent pas l'appui que le juge Leask a trouvé en elles.

[20] Mr. Punko invokes a policy reason to justify applying the doctrine of issue estoppel in this case. He argues that because the provincial Crown successfully argued at the sentencing hearing before Romilly J. that the conduct of the accused was for or on behalf of the Hells Angels, as a matter of policy the federal Crown should be bound to accept that the jury acquitted them because it had a reasonable doubt that the Hells Angels was a criminal organization. In his opinion, the fact that the federal Crown is now arguing that the Hells Angels is a criminal organization is unfair to the accused (A.F., at paras. 122-24).

[21] In my view, if an issue of unfairness does arise from the positions of the federal and provincial Crowns, it cannot be resolved on the basis of the narrow doctrine of issue estoppel. In Canadian criminal law, issue estoppel merely ensures that an accused will not be required to answer questions that *have already been determined* in his or her favour. If the Crown's conduct in this case were found to be sufficiently egregious, the doctrine of abuse of process could provide protection against relitigation. Moreover, if any guilty verdicts are returned in respect of the federal prosecution, the sentencing judge will be in a position to take into consideration all the circumstances of the conviction, including the sentence imposed by Romilly J., if he finds that the charges are interconnected (s. 725(1)(c) *Cr. C.*).

[22] In conclusion, it is worth recalling the point made in *Mahalingan* (paras. 24 and 54) that, in a multi-issue jury trial, it will be rare for an acquittal to ground issue estoppel, because such an acquittal will often have more than one possible basis and different jurors may have reached a unanimous verdict by different routes. These appeals are an illustration of that point.

[20] M. Punko invoque une raison de principe pour justifier en l'espèce l'application de la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Il affirme que, comme le ministère public provincial a soutenu avec succès devant le juge Romilly à l'audience de détermination de la peine que les accusés avaient agi pour le compte des Hells Angels, le ministère public fédéral devrait, en principe, être tenu de reconnaître que le jury les a acquittés parce qu'il avait un doute raisonnable pour ce qui est de savoir si les Hells Angels étaient une organisation criminelle. De l'avis de M. Punko, il est inéquitable envers les accusés que le ministère public fédéral soutienne maintenant que les Hells Angels sont une organisation criminelle (d.a., par. 122-124).

[21] À mon avis, si les positions des ministères publics fédéral et provincial soulèvent une question d'équité, celle-ci ne peut être résolue par l'application de la doctrine restreinte de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. En droit criminel canadien, cette préclusion garantit seulement à l'accusé qu'il n'aura pas à répondre à des questions *déjà tranchées* en sa faveur. Si la conduite du ministère public en l'espèce était jugée suffisamment répréhensible, la doctrine de l'abus de procédure pourrait offrir une protection contre la remise en cause d'une question. De plus, si la poursuite fédérale se solde par un verdict de culpabilité quelconque, le juge chargé de déterminer la peine pourra tenir compte de toutes les circonstances de la déclaration de culpabilité, y compris de la peine infligée par le juge Romilly, s'il est d'avis que les accusations sont interreliées (al. 725(1)c *C. cr.*).

[22] En conclusion, il semble utile de rappeler la mention, dans l'arrêt *Mahalingan* (par. 24 et 54), du fait qu'il est rare, dans le cas d'un procès devant jury soulevant plus d'une question, qu'un acquittement serve de fondement à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée parce qu'un tel verdict pourra souvent être expliqué de plus d'une façon et que les jurés pourront avoir emprunté individuellement des chemins différents pour parvenir à un verdict unanime. Les présents pourvois illustrent bien cette situation.

[23] I would dismiss the appeals.

The following are the reasons delivered by

[24] FISH J. — Subject to the following reservation, I agree with the reasons and the conclusion of Justice Deschamps.

[25] Unlike my colleague, and with the greatest of respect, I would leave open the question whether, *as a matter of principle*, a factual finding made by a sentencing court pursuant to s. 724(2)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, can give rise to an issue estoppel.

[26] In a trial by judge and jury, as in this case, it is the prerogative of the jury to make the factual findings relevant to its verdict. But the sentencing court is expressly empowered by the *Criminal Code* to “find any other relevant fact that was disclosed by evidence at the trial to be proven, or hear evidence presented by either party with respect to that fact” (s. 724(2)(b)).

[27] I see no principled reason to suggest, as Justice Deschamps does, that such a finding of fact — expressly contemplated by the *Code* and independently made by the competent court — could never estop the Crown from relitigating the issue in a subsequent proceeding.

[28] To constrain the doctrine as my colleague does is to create the possibility of conflicting judicial determinations, each purporting to be final, and each made in proceedings between the same parties. Where the earlier finding was made in the accused’s favour, it is precisely this sort of inconsistency that damages the integrity and coherence of the criminal justice system (*R. v. Mahalingan*, 2008 SCC 63, [2008] 3 S.C.R. 316, at para. 45).

[29] That said, the accused in this case have not satisfied the preconditions to issue estoppel. While Romilly J. found beyond a reasonable doubt, pursuant to s. 724(2)(b) of the *Code*, that Mr. Potts was

[23] Je suis d’avis de rejeter les pourvois.

Version française des motifs rendus par

[24] LE JUGE FISH — Sauf en ce qui concerne la réserve suivante, je souscris aux motifs et à la conclusion de la juge Deschamps.

[25] Contrairement à ma collègue, et soit dit avec égards, je ne trancherais pas en l’espèce la question de savoir si, *en principe*, la constatation d’un fait par le tribunal qui détermine la peine en application de l’al. 724(2)b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, peut donner ouverture à la préclusion découlant d’une question déjà tranchée.

[26] Dans le cadre d’un procès devant juge et jury, comme celui tenu dans la présente affaire, il appartient au jury de faire les constatations de fait pertinentes pour rendre son verdict. Par contre, en ce qui concerne les « autres faits pertinents qui ont été révélés lors du procès », le *Code criminel* permet expressément au tribunal qui détermine la peine, de « les accepter comme prouvés ou [de] permettre aux parties d’en faire la preuve » (al. 724(2)b)).

[27] Aucune raison de principe ne permet selon moi d’affirmer, comme le fait la juge Deschamps, que pareille constatation de fait — expressément prévue par le *Code* et faite de façon indépendante par le tribunal compétent — ne pourrait jamais donner ouverture à la préclusion et empêcher le ministère public de remettre en cause la question visée dans une procédure ultérieure.

[28] Restreindre cette doctrine, comme le fait ma collègue, ouvre la voie à des décisions judiciaires contradictoires, toutes censément définitives et rendues dans une instance entre les mêmes parties. Lorsque la première constatation est favorable à l’accusé, c’est précisément ce genre d’incompatibilité qui compromet l’intégrité et la cohérence du système de justice criminelle (*R. c. Mahalingan*, 2008 CSC 63, [2008] 3 R.C.S. 316, par. 45).

[29] Cela dit, les accusés en l’espèce ne répondent pas aux conditions d’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Bien que le juge Romilly ait constaté hors

holding weapons “for” the East End Chapter of the Hells Angels, he made no finding as to whether the Hells Angels was a criminal organization.

[30] A judicial finding *that is not made* surely cannot give rise to an issue estoppel.

[31] As mentioned at the outset, I am otherwise in agreement with the reasons of Justice Deschamps, and would dispose of the appeals as she suggests.

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellant John Virgil Punko: Gil D. McKinnon, Vancouver; Larry Fleming, Edmonton.

Solicitor for the appellant Randall Richard Potts: Bonnie Craig, Vancouver.

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

de tout doute raisonnable, en application de l’al. 724(2)b) du *Code*, que M. Potts détenait des armes « pour » l’East End Chapter des Hells Angels, il n’a tiré aucune conclusion quant à savoir si les Hells Angels étaient une organisation criminelle.

[30] Une conclusion judiciaire *qui n’a pas été tirée* ne peut assurément pas donner ouverture à la préclusion découlant d’une question déjà tranchée.

[31] Comme je l’ai mentionné au début de mes motifs, je souscris pour le reste aux motifs de la juge Deschamps et je suis d’avis de trancher le pourvoi comme elle le propose.

Pourvois rejetés.

Procureurs de l’appellant John Virgil Punko : Gil D. McKinnon, Vancouver; Larry Fleming, Edmonton.

Procureur de l’appelant Randall Richard Potts : Bonnie Craig, Vancouver.

Procureur de l’intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Vancouver.

Sam Tuan Vu *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. VU

2012 SCC 40

File No.: 34286.

2012: February 15; 2012: July 26.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Rothstein, Cromwell and Moldaver JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Offences — Kidnapping — Whether kidnapping is a continuing offence encompassing subsequent confinement of victim — Whether persons who willingly or knowingly choose to participate in subsequent confinement become parties to the offence of kidnapping — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21(1), 279(1).

M was abducted and held for eight days in three different houses. There was circumstantial evidence which connected the appellant V to all three houses where M was confined, but based on the trial judge's findings, it is accepted that V neither participated in M's initial taking nor knew of it at the time it occurred. At trial, the appellant was convicted of unlawful confinement and acquitted of kidnapping. The Court of Appeal held that the appellant was liable as a party to kidnapping under s. 21(1) of the *Criminal Code* and substituted a conviction for that offence.

Held: The appeal should be dismissed.

Kidnapping is a continuing offence that includes the victim's ensuing confinement. So long as the victim of the kidnapping remains unlawfully confined, the crime of kidnapping continues. Here, M's unlawful confinement following the taking continued for the next eight days. The kidnapping came to an end only when M was set free by the police. Parliament has never defined the word "kidnapping" in the *Criminal Code*. There is nothing in the legislative history to suggest that Parliament intended to abandon the common law definition of kidnapping which remained an aggravated

Sam Tuan Vu *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. VU

2012 CSC 40

N° du greffe : 34286.

2012 : 15 février; 2012 : 26 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Rothstein, Cromwell et Moldaver.

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

Droit criminel — Infractions — Enlèvement — L'infraction d'enlèvement est-elle une infraction continue qui englobe la séquestration subséquente de la victime? — Les personnes qui choisissent volontairement et sciemment de prendre part à la séquestration subséquente participent-elles à l'infraction d'enlèvement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21(1), 279(1).

M a été enlevé puis séquestré durant huit jours dans trois différentes maisons. Des éléments de preuve circonstancielle reliaient l'appelant V aux trois maisons où M a été séquestré. Cependant, compte tenu des conclusions du juge du procès, tous conviennent que V n'a ni participé au rapt initial ni été au courant du fait qu'il se déroulait au moment où il est survenu. Au procès, l'appelant a été déclaré coupable de séquestration et acquitté d'enlèvement. La Cour d'appel a conclu que l'appelant a été coupable d'enlèvement à titre de partie en application du par. 21(1) du *Code criminel* et a substitué une déclaration de culpabilité à l'acquittement pour ce crime.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'enlèvement est une infraction continue qui englobe la séquestration subséquente de la victime. Tant que la victime est séquestrée, le crime d'enlèvement se poursuit. En l'espèce, la séquestration de M, après le rapt initial, s'est poursuivie pendant les huit jours suivants. L'enlèvement a pris fin uniquement lorsque la police l'a libéré. Le législateur n'a jamais défini le terme « enlèvement » dans le *Code criminel*. L'historique législatif ne renferme rien qui permette de penser que le législateur a voulu abandonner la définition d'enlèvement — établie par la common law — qui est restée une forme aggravée

form of unlawful confinement. It was aggravated by the additional element of movement, which increased the risk of harm to the victim by isolating him or her from a place where detection and rescue were more likely. It is the element of movement that differentiated kidnapping from the lesser included offence of false imprisonment and made kidnapping an aggravated form of false imprisonment. This interpretation is consonant with the intention of Parliament as expressed in the *Code*, the crime's common law origins and legislative history, modern jurisprudence of Canadian appellate courts, and common sense. Parliament did not intend to restrict the offence of kidnapping to the victim's initial taking and movement, while leaving the victim's ensuing captivity to the comparably less serious crime of unlawful confinement. Parliament intended to include the offence of unlawful confinement in the offence of kidnapping so as to capture, under the crime of kidnapping, the victim's ensuing captivity. The penalty scheme reflects Parliament's view that kidnapping is a much more serious offence than unlawful confinement.

Where an accused — with knowledge of the principal's intention to see a continuing offence through to its completion — does (or omits to do) something, with the intention of aiding or abetting the commission of the ongoing offence, party liability is established. The well-established principles of s. 21(1) of the *Criminal Code* party liability apply with equal force to continuing offences that have been completed in law but not in fact. The crime of kidnapping continues until the victim is freed, and a person who chooses to participate in the victim's confinement — after having learned that the victim has been kidnapped — may be held responsible for the offence of kidnapping under s. 21(1) of the *Code*. Here, V was a party to the offence of kidnapping under s. 21(1) of the *Code*. V participated in the confinement of M. Accepting that V was initially unaware of and took no part in the taking and carrying away of M, he became aware of it while M remained confined against his will and chose thereafter to take part in the kidnapping enterprise. V joined the kidnapping enterprise with the intent to aid the kidnappers and with the knowledge that M was a victim of kidnapping — or, at a minimum, he was wilfully blind to that fact. V took steps, of his own free will, to assist the kidnappers and further their objectives.

Cases Cited

Referred to: *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *Click v. The State*, 3 Tex. 282 (1848); *Smith v. The*

d'emprisonnement illégal. L'aggravation découle de l'élément de déplacement qui s'y ajoute et qui fait croître le risque de préjudice pour la victime en l'isolant de tout lieu où elle aurait plus de chances d'être secourue. C'est l'élément de déplacement qui différencie l'enlèvement de l'infraction moindre et incluse d'emprisonnement illégal et qui en fait une forme aggravée de cette dernière infraction. Cette interprétation est conforme à l'intention du législateur telle qu'elle s'exprime dans le *Code*, à l'origine de ce crime dans la common law, à l'historique législatif, à la jurisprudence moderne des juridictions d'appel et au bon sens. Le législateur ne voulait pas limiter l'infraction d'enlèvement à la capture initiale et au déplacement de la victime, tout en faisant en sorte que la captivité subséquente de la victime devienne l'objet du crime relativement moins grave qu'est la séquestration. Le législateur voulait inclure l'infraction de séquestration dans celle d'enlèvement de sorte que le crime d'enlèvement comprend la captivité subséquente de la victime. Le régime de peines indique que, pour le législateur, l'enlèvement est une infraction beaucoup plus grave que la séquestration.

La responsabilité en tant que participant est établie lorsqu'un accusé, connaissant l'intention de l'auteur principal de mener une infraction continue à son terme, accomplit quelque chose (ou omet de l'accomplir), en vue d'aider ou d'encourager la perpétration de l'infraction continue en question. Les principes bien établis de la responsabilité criminelle à titre de partie au sens du par. 21(1) du *Code criminel* s'appliquent avec la même force aux infractions continues qui sont complètes en droit, mais non en fait. Étant entendu que le crime d'enlèvement se poursuit tant que la victime n'est pas libérée, la personne qui décide de participer à la séquestration de la victime, après avoir appris que celle-ci a été enlevée, peut être tenue responsable de l'infraction d'enlèvement en application du par. 21(1) du *Code*. En l'espèce, V a participé, au sens du par. 21(1) du *Code*, à l'infraction d'enlèvement. V a aussi participé à la séquestration de M. En supposant que V n'ait pris aucune part au rapt et au déplacement initiaux de M et qu'il en ait été ignorant, il en a appris l'existence lorsque M est demeuré séquestré contre son gré. Il a néanmoins décidé de participer à l'entreprise d'enlèvement dans l'intention d'aider les ravisseurs, en sachant que M avait été enlevé ou, à tout le moins, en s'aveuglant volontairement à cet égard. De son propre gré, V a posé des gestes pour aider les ravisseurs et favoriser l'atteinte de leurs objectifs.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *Click c. The State*, 3 Tex. 282 (1848);

State, 63 Wis. 453 (1885); *Midgett v. State*, 139 A.2d 209 (1958); *People v. Adams*, 205 N.W.2d 415 (1973); *U.S. v. Garcia*, 854 F.2d 340 (1988); *Davis v. R.*, [2006] NSWCCA 392 (AustLII); *R. v. Tremblay* (1997), 117 C.C.C. (3d) 86; *R. v. Oakley* (1977), 4 A.R. 103; *R. v. Metcalfe* (1983), 10 C.C.C. (3d) 114; *R. v. Reid*, [1972] 2 All E.R. 1350; *Bell v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 471; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652; *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411; *R. v. Hijazi* (1974), 20 C.C.C. (2d) 183; *R. v. Whynott* (1975), 12 N.S.R. (2d) 231; *R. v. Tanney* (1976), 31 C.C.C. (2d) 445.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21(1), 279(1), (2).
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 233.
Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 264.
Criminal Code Amendment Act, 1900, S.C. 1900, c. 46, s. 3.

Authors Cited

Aickin, K. A. "Kidnapping at Common Law" (1936), 1 *Res Judicatae* 130.
 Anderson, Ronald A. *Wharton's Criminal Law and Procedure*, vol. I. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1957.
 Bishop, Joel Prentiss. *Bishop on Criminal Law*, vol. II, 9th ed. by John M. Zane and Carl Zollmann. Chicago: T. H. Flood and Co., 1923.
 Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV. Oxford: Clarendon Press, 1769.
 Crankshaw, James. *The Criminal Code of Canada and the Canada Evidence Act: With Their Amendments, Including the Amending Acts of 1900 and 1901, and Extra Appendices*, 2nd ed. Montreal: C. Theoret, 1902.
 Diamond, John L. "Kidnapping: A Modern Definition" (1985), 13 *Am. J. Crim. L.* 1.
 East, Sir Edward Hyde. *A Treatise of the Pleas of the Crown*, vol. I. London: J. Butterworth, 1803.
 Hawkins, William. *A Treatise of the Pleas of the Crown; Or, A System of the Principal Matters Relating to That Subject, Digested Under Proper Heads*, vol. I, 8th ed. by John Curwood. London: S. Sweet, 1824.
 Hochheimer, Lewis. *The Law of Crimes and Criminal Procedure: Including Forms and Precedents*, 2nd ed. Baltimore: Baltimore Book Co., 1904.
 Roscoe, Henry. *A Digest of the Law of Evidence in Criminal Cases*, 2nd ed. Philadelphia: T. & J. W. Johnson, 1840.
 Russell, Sir William Oldnall. *A Treatise on Crimes and Misdemeanors*, vol. I, 3rd ed. by Charles Sprengel Greaves. London: Saunders and Benning, 1843.

Smith c. The State, 63 Wis. 453 (1885); *Midgett c. State*, 139 A.2d 209 (1958); *People c. Adams*, 205 N.W.2d 415 (1973); *U.S. c. Garcia*, 854 F.2d 340 (1988); *Davis c. R.*, [2006] NSWCCA 392 (AustLII); *R. c. Tremblay*, 1997 CanLII 10526; *R. c. Oakley* (1977), 4 A.R. 103; *R. c. Metcalfe* (1983), 10 C.C.C. (3d) 114; *R. c. Reid*, [1972] 2 All E.R. 1350; *Bell c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 471; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652; *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411; *R. c. Hijazi* (1974), 20 C.C.C. (2d) 183; *R. c. Whynott* (1975), 12 N.S.R. (2d) 231; *R. c. Tanney* (1976), 31 C.C.C. (2d) 445.

Lois et règlements cités

Acte modificatif du Code criminel, 1900, S.C. 1900, ch. 46, art. 3.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21(1), 279(1), (2).
Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 233.
Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 264.

Doctrine et autres documents cités

Aickin, K. A. « Kidnapping at Common Law » (1936), 1 *Res Judicatae* 130.
 Anderson, Ronald A. *Wharton's Criminal Law and Procedure*, vol. I. Rochester, N.Y. : Lawyers Co-operative Publishing Co., 1957.
 Bishop, Joel Prentiss. *Bishop on Criminal Law*, vol. II, 9th ed. by John M. Zane and Carl Zollmann. Chicago : T. H. Flood and Co., 1923.
 Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV. Oxford : Clarendon Press, 1769.
 Crankshaw, James. *The Criminal Code of Canada and the Canada Evidence Act : With Their Amendments, Including the Amending Acts of 1900 and 1901, and Extra Appendices*, 2nd ed. Montreal : C. Theoret, 1902.
 Diamond, John L. « Kidnapping : A Modern Definition » (1985), 13 *Am. J. Crim. L.* 1.
 East, Sir Edward Hyde. *A Treatise of the Pleas of the Crown*, vol. I. London : J. Butterworth, 1803.
 Hawkins, William. *A Treatise of the Pleas of the Crown; Or, A System of the Principal Matters Relating to That Subject, Digested Under Proper Heads*, vol. I, 8th ed. by John Curwood. London : S. Sweet, 1824.
 Hochheimer, Lewis. *The Law of Crimes and Criminal Procedure : Including Forms and Precedents*, 2nd ed. Baltimore : Baltimore Book Co., 1904.
 Roscoe, Henry. *A Digest of the Law of Evidence in Criminal Cases*, 2nd ed. Philadelphia : T. & J. W. Johnson, 1840.
 Russell, Sir William Oldnall. *A Treatise on Crimes and Misdemeanors*, vol. I, 3rd ed. by Charles Sprengel Greaves. London : Saunders and Benning, 1843.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. and Prowse and Saunders J.J.A.), 2011 BCCA 112, 302 B.C.A.C. 187, 511 W.A.C. 187, 270 C.C.C. (3d) 546, 83 C.R. (6th) 162, [2011] B.C.J. No. 399 (QL), 2011 CarswellBC 541, setting aside the acquittal entered by Silverman J., 2008 BCSC 1376, [2008] B.C.J. No. 1953 (QL), 2008 CarswellBC 2200, and entering a conviction. Appeal dismissed.

Howard Rubin, Q.C., and Chandra L. Corriveau, for the appellant.

Jennifer Duncan and Kathleen Murphy, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] In April 2006, Graham McMynn was kidnapped at gunpoint and held in captivity in three different houses in the Lower Mainland area of Vancouver. His ordeal ended when he was rescued by the police eight days later. Five adult persons, including the appellant Sam Tuan Vu, were charged with kidnapping and unlawful confinement of Mr. McMynn under s. 279(1) and (2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Code*”).

[2] Fingerprint, footprint, and DNA evidence connected the appellant to all three houses where Mr. McMynn was confined, but the trial judge found no evidence to place the appellant at the scene of the initial taking or to prove that the appellant had prior knowledge of the taking. The appellant was convicted of unlawful confinement and acquitted of kidnapping (2008 BCSC 1376 (CanLII)).

[3] A majority of the British Columbia Court of Appeal held that kidnapping is a continuing offence that includes both the initial taking and the ensuing

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Prowse et Saunders), 2011 BCCA 112, 302 B.C.A.C. 187, 511 W.A.C. 187, 270 C.C.C. (3d) 546, 83 C.R. (6th) 162, [2011] B.C.J. No. 399 (QL), 2011 CarswellBC 541, qui a infirmé l’acquittement prononcé par le juge Silverman, 2008 BCSC 1376, [2008] B.C.J. No. 1953 (QL), 2008 CarswellBC 2200, et consigné une déclaration de culpabilité. Pourvoi rejeté.

Howard Rubin, c.r., et Chandra L. Corriveau, pour l’appelant.

Jennifer Duncan et Kathleen Murphy, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] En avril 2006, Graham McMynn a été enlevé sous la menace d’un pistolet et séquestré dans trois maisons du Lower Mainland, à Vancouver. Son cauchemar a pris fin huit jours plus tard, quand des policiers l’ont libéré. Cinq adultes, dont l’appelant Sam Tuan Vu, ont été accusés d’avoir enlevé et séquestré M. McMynn, des infractions décrites aux par. 279(1) et (2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *Code* »).

[2] Des empreintes digitales, des empreintes de pieds et de la preuve génétique relient l’appelant aux trois maisons où M. McMynn a été séquestré. Le juge du procès n’a toutefois trouvé aucune preuve établissant la présence de l’appelant au lieu de l’enlèvement initial ou démontrant que l’appelant savait d’avance que M. McMynn allait être enlevé. L’appelant a été reconnu coupable de séquestration et acquitté d’enlèvement (2008 BCSC 1376 (CanLII)).

[3] Les juges majoritaires de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique ont jugé que l’enlèvement est une infraction continue qui englobe à la

confinement. It therefore substituted a conviction for the offence of kidnapping on the basis that all of the facts necessary to convict the appellant as a party to that offence under s. 21(1) of the *Code* had been established (2011 BCCA 112, 302 B.C.A.C. 187). The appellant seeks to have his conviction for kidnapping set aside.

[4] This appeal raises two issues. The first relates to the nature of the offence of kidnapping. The appellant submits that kidnapping is not a continuing offence, in other words, that kidnapping ends the moment the victim is seized and carried away, at which point the offence of unlawful confinement begins. Only this ensuing phase of confinement, the appellant argues, is a continuing offence. The Crown maintains that kidnapping is an ongoing offence that continues from the time the victim is apprehended and carried away until the time he or she is freed (or otherwise consents to being detained).

[5] The second issue is tied to the first and need only be addressed if kidnapping is found to be a continuing offence. Specifically, it concerns the liability of persons who, while not involved in the victim's apprehension, decide to participate in the ensuing confinement of the victim with full knowledge that the victim has been kidnapped — in other words, persons who willingly and knowingly choose to join the kidnapping enterprise. Do such latecomers become parties to the offence of kidnapping under s. 21(1) of the *Code*, as the Crown maintains, or are they solely liable for the offence of unlawful confinement, as the appellant contends?

[6] For reasons that follow, I am not persuaded that Parliament intended to restrict the offence of kidnapping to the victim's initial taking and movement, while leaving the victim's ensuing captivity to the comparably less serious crime of unlawful confinement. On the contrary, I am satisfied that Parliament intended to include the offence of

fois le rapt initial et la séquestration qui s'ensuit. Ils ont donc déclaré l'appellant coupable d'enlèvement parce que, selon eux, tous les faits nécessaires pour le reconnaître coupable à titre de partie à cette infraction aux termes du par. 21(1) du *Code* avaient été établis (2011 BCCA 112, 302 B.C.A.C. 187). L'appellant demande l'annulation de sa déclaration de culpabilité pour enlèvement.

[4] Le pourvoi soulève deux questions. La première concerne la nature de l'infraction d'enlèvement. L'appellant soutient que l'enlèvement n'est pas une infraction continue, autrement dit, que l'enlèvement se termine au moment où la victime est capturée et emmenée ailleurs, et que c'est alors que débute l'infraction de séquestration. Pour l'appellant, seul ce stade subséquent de la séquestration est une infraction continue. Le ministère public affirme plutôt que l'enlèvement est une infraction continue qui commence au moment où la victime est capturée et emmenée ailleurs, et qui prend fin lorsque cette dernière est libérée (ou consent par ailleurs à sa détention).

[5] La deuxième question se rapporte à la première et ne doit être examinée que si l'on conclut que l'enlèvement est une infraction continue. Plus précisément, elle porte sur la responsabilité des personnes qui, bien que n'ayant pas participé au rapt de la victime, décident de prendre part à sa séquestration subséquente en sachant pertinemment que cette victime a été enlevée — autrement dit, des personnes qui choisissent volontairement et sciemment de se joindre à l'entreprise d'enlèvement. Ces complices tardifs participent-ils à l'infraction d'enlèvement au sens du par. 21(1) du *Code*, comme l'affirme le ministère public, ou sont-ils susceptibles d'être déclarés coupables uniquement de l'infraction de séquestration, comme le prétend l'appellant?

[6] Pour les motifs qui suivent, je ne suis pas persuadé que le législateur voulait limiter l'infraction d'enlèvement au rapt initial et au déplacement de la victime, tout en faisant en sorte que la captivité subséquente de la victime devienne l'objet du crime relativement moins grave qu'est la séquestration. Je suis plutôt convaincu que le législateur

unlawful confinement in the offence of kidnapping so as to capture, under the crime of kidnapping, the victim's ensuing captivity. Therefore, while the crime of kidnapping may be complete in law when the victim is initially apprehended and moved, the crime will not be complete in fact until the victim is freed.

[7] In view of my conclusion that kidnapping is a continuing offence that includes the victim's ensuing confinement, I am satisfied that latecomers who join the kidnapping enterprise while the victim remains unlawfully confined may be found guilty as parties to the offence of kidnapping if they otherwise meet the requirements for party liability under s. 21(1) of the *Code*.

II. Background

[8] The pertinent facts are not in issue. On the morning of April 4, 2006, Mr. McMynn and his passenger were intercepted by two cars. Several men got out, holding what appeared to be handguns, and ordered Mr. McMynn to get into one of the vehicles. Mr. McMynn was driven to a van some 10 minutes away and he was duct-taped so that he could not see his captors. He was then taken to a house in the Lower Mainland area, where he was kept in a closet. On or around April 7, Mr. McMynn was transported to a second house. On April 10 or 11, he was moved to a third house. Mr. McMynn was threatened from time to time by different captors, sometimes using what appeared to be a gun. He was either blindfolded or he covered his eyes so that he could not see his captors. Mr. McMynn was rescued on April 12 in a simultaneous police raid on many Lower Mainland houses, including the three houses he had been confined in. The police also found several persons in the third house, including the appellant, whose citizenship papers were also found on the premises.

[9] Upon his arrest, the appellant was charged, along with four others, with the offences of kidnapping and unlawful confinement of Mr. McMynn.

voulait inclure l'infraction de séquestration dans celle d'enlèvement de sorte que le crime d'enlèvement comprend la captivité subséquente de la victime. Par conséquent, même si le crime d'enlèvement peut être complet en droit lorsque la victime est capturée initialement et déplacée, le crime ne sera complet en fait qu'à la libération de la victime.

[7] Vu ma conclusion que l'enlèvement est une infraction continue qui englobe la séquestration subséquente de la victime, je suis convaincu que les complices tardifs qui se joignent à l'entreprise d'enlèvement pendant que la victime demeure séquestrée peuvent être reconnus coupables à titre de parties à l'infraction d'enlèvement s'ils répondent autrement aux exigences prévues au par. 21(1) du *Code* en matière de responsabilité du participant.

II. Contexte

[8] Les faits pertinents ne sont pas contestés. Le matin du 4 avril 2006, M. McMynn et sa passagère ont été interceptés par deux voitures. Plusieurs hommes en sont sortis, tenant ce qui semblait être des pistolets, et ont ordonné à M. McMynn d'entrer dans une des voitures. On lui a bandé les yeux avec du ruban adhésif pour qu'il ne puisse pas voir ses ravisseurs puis il a été conduit à une fourgonnette à quelque 10 minutes de là. Il a ensuite été emmené à une maison du Lower Mainland, où on l'a détenu dans un placard. Le ou vers le 7 avril, M. McMynn a été emmené à une deuxième maison, puis à une troisième le 10 ou le 11 avril. Différents ravisseurs l'ont menacé à l'occasion, parfois au moyen de ce qui semblait être un fusil. Il avait les yeux bandés ou se les cachait pour ne pas être en mesure de voir ses ravisseurs. M. McMynn a été libéré le 12 avril à l'occasion de descentes de police simultanées dans un grand nombre de maisons du Lower Mainland, notamment les trois où il avait été séquestré. Les policiers ont aussi trouvé, à l'intérieur de la troisième maison, plusieurs personnes, dont l'appellant, ainsi que les documents de citoyenneté de ce dernier.

[9] Lors de son arrestation, l'appellant a été inculpé, avec quatre autres personnes, d'avoir enlevé et séquestré M. McMynn. Les extraits

The salient portions of the indictment upon which the appellant was tried are reproduced below:

Count 1

[that] Sam Tuan VU . . . between the 3rd day of April, 2006, and the 13th day of April, 2006, at or near Vancouver, in the Province of British Columbia, kidnaped Graham Lee McMYNN, with intent to cause Graham Lee McMYNN to be confined against his will, contrary to Section 279(1) of the Criminal Code of Canada.

Count 2

[that] Sam Tuan VU . . . between the 3rd day of April, 2006, and the 13th day of April, 2006, at or near Vancouver, in the Province of British Columbia, without lawful authority, confined Graham Lee McMYNN, contrary to Section 279(2) of the Criminal Code of Canada.

III. Decision at Trial, 2008 BCSC 1376 (CanLII)

[10] The appellant and his co-accused were tried by Justice Silverman of the Supreme Court of British Columbia sitting alone. The appellant was convicted of unlawful confinement and acquitted of kidnapping.

[11] In his reasons for judgment, after reviewing the surveillance evidence, cell phone location evidence, intercepted calls, DNA evidence, fingerprint and footprint evidence, and location of various exhibits with respect to the appellant, the trial judge found that

[t]he accidental occurrence of such a combination of events and items would require a confluence of coincidences too fantastic to be reasonably possible. There is no rational inference that can be drawn from the evidence other than that [the appellant] was involved, with full knowledge, in the wrongdoing against [Mr.] McMynn. I am satisfied of that beyond a reasonable doubt. [Emphasis added; para. 369.]

While the remark that the appellant “was involved, with full knowledge, in the wrongdoing against [Mr.] McMynn” would seem clear, it is accepted for present purposes that it is not to be taken as a

pertinents de l’acte d’accusation sur la base duquel l’appellant a été jugé sont reproduits ci-après :

[TRADUCTION]

Premier chef

[que] entre le 3 et le 13 avril 2006, à Vancouver ou dans ses environs, en la province de la Colombie-Britannique, Sam Tuan Vu a enlevé Graham Lee McMYNN dans l’intention de le faire séquestrer contre son gré, infraction décrite au paragraphe 279(1) du Code criminel du Canada.

Deuxième chef

[que] entre le 3 et le 13 avril 2006, à Vancouver ou dans ses environs, en la province de la Colombie-Britannique, Sam Tuan Vu a séquestré Graham Lee McMYNN sans autorisation légitime, infraction décrite au paragraphe 279(2) du Code criminel du Canada.

III. Décision de première instance, 2008 BCSC 1376 (CanLII)

[10] L’appellant et son coaccusé ont été jugés par le juge Silverman de la Cour suprême de la Colombie-Britannique qui siégeait seul. L’appellant a été reconnu coupable de séquestration et acquitté d’enlèvement.

[11] Après avoir examiné les rapports de surveillance, de localisation de téléphones cellulaires, d’interception d’appels et d’analyse génétique, les empreintes digitales et les empreintes de pied mis en preuve ainsi que l’emplacement de diverses pièces ayant un lien avec l’appellant, le juge a indiqué :

[TRADUCTION] Il faudrait, pour qu’une telle combinaison d’événements et d’objets se produise fortuitement, un concours de circonstances trop fantastique pour être raisonnablement envisageable. La seule déduction logique que permet la preuve est que [l’appellant] était impliqué, en toute connaissance de cause, dans le crime perpétré contre M. McMynn. Je suis convaincu de cela hors de tout doute raisonnable. [Je souligne; par. 369.]

En dépit de la clarté apparente des mots « était impliqué, en toute connaissance de cause, dans le crime perpétré contre M. McMynn », je tiens pour acquis aux fins du présent raisonnement qu’il ne

finding that the appellant either participated in Mr. McMynn's initial taking or knew of it at the time it occurred.

[12] The appellant was found to have taken part in Mr. McMynn's confinement in each of the three houses. The evidence further established that he was involved in the purchase of a tarp and duct tape four days before Mr. McMynn's rescue. He and a co-accused were also found to have discussed the issue of ransom in Mr. McMynn's presence and to have threatened to kill Mr. McMynn if the ransom was not paid. Finally, the appellant was arrested in the third house when the police rescued Mr. McMynn from his eight-day ordeal.

[13] With respect to the charge of kidnapping, the trial judge observed that movement forms an indispensable element of the offence: it was "the movement of [Mr.] McMynn which separates it from the [charge of] confinement". In his view, the element of movement was not restricted to the "initial abduction on April 4", but also included the movement of Mr. McMynn from house to house during the period of confinement. Those movements, the trial judge found, "were part of a continuing offence of kidnapping" (para. 345).

[14] However, the trial judge was not satisfied that the appellant had physically assisted in the movement of Mr. McMynn from house to house even though the appellant had knowledge of the transfers:

While there is evidence connecting [the appellant] to all three houses, I am not satisfied that the evidence indicates that he had anything more than knowledge about the movement of [Mr.] McMynn. [para. 375]

In the trial judge's view, knowledge of these movements alone was not sufficient to find the appellant guilty of kidnapping. Therefore, he acquitted the appellant on that count.

[15] As to the unlawful confinement charge, the trial judge was satisfied beyond a reasonable doubt that the appellant had knowledge and was a direct participant in the confinement of

faut en conclure que l'appelant a participé au rapt initial de M. McMynn ou qu'il en était au courant au moment où il est survenu.

[12] Le juge a conclu que l'appelant avait participé à la séquestration de M. McMynn dans chacune des trois maisons. La preuve a en outre établi sa participation à l'achat d'une bâche et de ruban adhésif quatre jours avant que M. McMynn ne soit délivré. Le juge a aussi conclu qu'un coaccusé et l'appelant avaient discuté de rançon devant M. McMynn et qu'ils avaient menacé de le tuer si elle n'était pas versée. Enfin, l'appelant a été arrêté dans la troisième maison lorsque la police a tiré M. McMynn du cauchemar qu'il vivait depuis huit jours.

[13] S'agissant de l'accusation d'enlèvement, le juge du procès a signalé que le déplacement en constitue un élément essentiel : c'est [TRADUCTION] « le déplacement de [M.] McMynn qui la distingue de [l'accusation de] séquestration ». Selon lui, cet élément ne se limitait pas au [TRADUCTION] « rapt initial le 4 avril », mais englobait le déplacement de M. McMynn de maison en maison pendant la séquestration. Toujours selon le juge du procès, ces déplacements [TRADUCTION] « s'inscrivaient dans une infraction continue d'enlèvement » (par. 345).

[14] Toutefois, le juge du procès n'a pas été convaincu que l'appelant avait pris part aux déplacements de M. McMynn de maison en maison, même s'il en avait connaissance :

[TRADUCTION] Bien que la preuve place [l'appelant] dans les trois maisons, elle ne me convainc pas qu'il a fait plus qu'avoir connaissance du déplacement de [M.] McMynn. [par. 375]

Estimant que la seule connaissance des déplacements ne permettait pas de rendre un verdict de culpabilité d'enlèvement, le juge a acquitté l'appelant de ce chef d'accusation.

[15] Pour ce qui est de l'accusation de séquestration, le juge du procès s'est dit convaincu hors de tout doute raisonnable que, pendant toute la période de captivité de M. McMynn, l'appelant savait qu'il

Mr. McMynn throughout the entire period of his captivity (para. 375).

[16] The Crown appealed the acquittal on the charge of kidnapping. The appellant filed a cross-appeal, seeking to have his conviction for unlawful confinement overturned on the basis that it constituted an unreasonable verdict.

IV. British Columbia Court of Appeal, 2011 BCCA 112, 302 B.C.A.C. 187

A. *Majority Opinion*

[17] After reviewing the law of kidnapping, Finch C.J.B.C., writing for himself and Saunders J.A., concluded that kidnapping is a continuing offence that encompasses both the initial abduction and the ensuing confinement of the victim. Chief Justice Finch accepted the trial judge's findings that the appellant did not actively participate "in the initial taking or subsequent movement of [Mr.] McMynn" (para. 57). Thus, the appellant's criminal responsibility for kidnapping "would . . . have to rest on a finding that he [was] a party to the offence of kidnapping by the application of s. 21 of the *Criminal Code*" (*ibid.*).

[18] On the issue of s. 21(1) criminal responsibility, Finch C.J.B.C. reasoned that "in the context of a continuing offence [kidnapping] where the taking has already occurred, the accused must have knowledge that a kidnapping has occurred, and that the victim's confinement is the result of that act" (para. 61). In this specific case, as the charge of kidnapping was laid under s. 279(1)(a) of the *Code*, the offender "must . . . have knowledge that the principal offender abducted the victim against his will for the purpose of confining him" (para. 62).

[19] In line with these criteria, Finch C.J.B.C. was satisfied that the trial judge had found all the facts necessary to convict the appellant as a party to the offence of kidnapping under s. 21(1) (para. 69). Accordingly, he substituted a conviction for

était séquestré et avait directement pris part à la séquestration (par. 375).

[16] Le ministère public a interjeté appel de l'acquittement relatif à l'accusation d'enlèvement. L'appelant a déposé un appel incident visant à faire casser la déclaration de culpabilité pour séquestration, invoquant comme moyen que le verdict de culpabilité était déraisonnable.

IV. Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2011 BCCA 112, 302 B.C.A.C. 187

A. *Opinion des juges majoritaires*

[17] Après avoir passé en revue le droit applicable en matière d'enlèvement, le juge Finch, juge en chef de la Colombie-Britannique, s'exprimant en son nom et en celui de la juge Saunders, a conclu que l'infraction d'enlèvement est continue et qu'elle englobe le rapt initial et la séquestration subséquente. Il a accepté la conclusion du juge du procès selon laquelle l'appelant n'avait pas participé activement [TRADUCTION] « au rapt initial de [M.] McMynn ou à ses déplacements subséquents » (par. 57). La responsabilité criminelle de l'appelant relativement à l'enlèvement « devait [donc] reposer sur la conclusion qu'il [était] partie à l'infraction d'enlèvement en application de l'art. 21 du *Code criminel* » (*ibid.*).

[18] Sur la question de la responsabilité criminelle résultant de l'application du par. 21(1), le juge en chef Finch a tenu le raisonnement suivant : [TRADUCTION] « dans le contexte d'une infraction continue [l'enlèvement] où le rapt initial a déjà eu lieu, l'accusé doit savoir qu'il y a eu enlèvement et que la séquestration de la victime découle de cet acte » (par. 61). L'accusation, en l'espèce, étant fondée sur l'al. 279(1)(a) du *Code*, le délinquant [TRADUCTION] « doit [. . .] savoir que l'auteur principal a enlevé la victime contre son gré dans l'intention de la séquestrer » (par. 62).

[19] Compte tenu de ces critères, le juge en chef Finch a estimé que le juge du procès avait tiré une conclusion à l'égard de tous les faits nécessaires pour déclarer l'appelant coupable d'enlèvement à titre de participant à l'infraction au sens du

kidnapping and stayed the unlawful confinement count pursuant to the principles in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729 (para. 83).

B. *Concurring Opinion*

[20] Prowse J.A., concurring in the result, found it unnecessary to decide whether kidnapping, by its nature, is a continuing offence. In this case, the kidnapping count should be viewed as a continuing transaction which covered the period between April 4 and 12, 2006, and “encompassed the initial taking of Mr. McMynn and the subsequent moving of him from house to house” (para. 85).

[21] According to Prowse J.A., though the appellant might not have been a party to the initial abduction, his actions in confining Mr. McMynn “aided and abetted those who moved Mr. McMynn” from house to house in circumstances where the appellant “knew and intended that his actions would assist the principals in that regard” (para. 85). Therefore, the appellant should have been found guilty of the offence of kidnapping.

[22] All three members of the court dismissed the appellant’s cross-appeal. That matter is not before us.

V. The Issues

[23] As indicated, this appeal gives rise to the following two issues:

- (1) Is the offence of kidnapping in s. 279(1) of the *Code* a continuing offence?
- (2) If kidnapping is a continuing offence, can a person who played no part in the original taking, but who learns of it and chooses thereafter to participate in the kidnapping enterprise, be found liable as a party to the offence of kidnapping under s. 21(1) of the *Code*?

par. 21(1) (par. 69). Il a donc substitué une déclaration de culpabilité pour enlèvement à l’acquittement, et il a ordonné l’arrêt des procédures à l’égard de l’accusation de séquestration, conformément aux principes énoncés dans *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729 (par. 83).

B. *Opinion concordante*

[20] La juge Prowse, souscrivant au résultat, a jugé inutile de déterminer si l’enlèvement est par nature une infraction continue. Elle a estimé que l’accusation d’enlèvement visait, en l’espèce, une opération continue, s’étant déroulée du 4 au 12 avril 2006, qui [TRADUCTION] « englobait le rapt initial de M. McMynn et son déplacement subséquent de maison en maison » (par. 85).

[21] Toujours selon la juge Prowse, bien qu’il fût possible que l’appellant n’ait pas participé au rapt initial, la part qu’il a prise dans la séquestration de M. McMynn a [TRADUCTION] « aidé et encouragé ceux qui ont déplacé M. McMynn » de maison en maison dans des circonstances telles que l’appellant « d’une part savait que ses actes aideraient les auteurs principaux à cet égard et, d’autre part, avait cette intention » (par. 85). Par conséquent, la juge Prowse a conclu que l’appellant aurait dû être déclaré coupable de l’infraction d’enlèvement.

[22] Les trois juges ont rejeté l’appel incident de l’appellant. Nous ne sommes pas saisis de ce rejet.

V. Les questions en litige

[23] Comme je l’ai déjà indiqué, le présent pourvoi soulève les deux questions suivantes :

- (1) L’infraction d’enlèvement décrite au par. 279(1) du *Code* est-elle une infraction continue?
- (2) Le cas échéant, une personne qui n’a joué aucun rôle dans le rapt initial, mais qui, sachant qu’il a eu lieu, décide par la suite de participer à l’entreprise d’enlèvement, peut-elle être déclarée coupable en tant que participante à l’infraction d’enlèvement en application du par. 21(1) du *Code*?

VI. Statutory Provisions

[24] The statutory provisions reproduced below reflect the offences of kidnapping and unlawful confinement in place at the time the impugned acts were committed:

279. (1) [Kidnapping] Every person commits an offence who kidnaps a person with intent

- (a) to cause the person to be confined or imprisoned against the person's will;
- (b) to cause the person to be unlawfully sent or transported out of Canada against the person's will; or
- (c) to hold the person for ransom or to service against the person's will.

(1.1) [Punishment] Every person who commits an offence under subsection (1) is guilty of an indictable offence and liable

(a) if a restricted firearm or prohibited firearm is used in the commission of the offence or if any firearm is used in the commission of the offence and the offence is committed for the benefit of, at the direction of, or in association with, a criminal organization, to imprisonment for life and to a minimum punishment of imprisonment for a term of

- (i) in the case of a first offence, five years, and
- (ii) in the case of a second or subsequent offence, seven years;

(a.1) in any other case where a firearm is used in the commission of the offence, to imprisonment for life and to a minimum punishment of imprisonment for a term of four years; and

(b) in any other case, to imprisonment for life.

(2) [Forcible confinement] Every one who, without lawful authority, confines, imprisons or forcibly seizes another person is guilty of

- (a) an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years; or
- (b) an offence punishable on summary conviction and liable to imprisonment for a term not exceeding eighteen months.

VI. Les dispositions législatives applicables

[24] Le texte des dispositions relatives à l'enlèvement et à la séquestration reproduit ci-après est celui qui était en vigueur au moment où les actes reprochés ont été posés.

279. (1) [Enlèvement] Commet une infraction qui-conque enlève une personne dans l'intention :

- a) soit de la faire séquestrer ou emprisonner contre son gré;
- b) soit de la faire illégalement envoyer ou transporter à l'étranger, contre son gré;
- c) soit de la détenir en vue de rançon ou de service, contre son gré.

(1.1) [Peine] Quiconque commet l'infraction prévue au paragraphe (1) est coupable d'un acte criminel passible :

a) s'il y a usage d'une arme à feu à autorisation restreinte ou d'une arme à feu prohibée lors de la perpétration de l'infraction, ou s'il y a usage d'une arme à feu lors de la perpétration de l'infraction et que celle-ci est perpétrée au profit ou sous la direction d'une organisation criminelle ou en association avec elle, de l'emprisonnement à perpétuité, la peine minimale étant :

- (i) de cinq ans, dans le cas d'une première infraction,
- (ii) de sept ans, en cas de récidive;

a.1) dans les autres cas où il y a usage d'une arme à feu lors de la perpétration de l'infraction, de l'emprisonnement à perpétuité, la peine minimale étant de quatre ans;

b) dans les autres cas, de l'emprisonnement à perpétuité.

(2) [Séquestration] Quiconque, sans autorisation légitime, séquestre, emprisonne ou saisit de force une autre personne est coupable :

- a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans;
- b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de dix-huit mois.

VII. Issue 1 — Is the Offence of Kidnapping a Continuing Offence?

A. *Analysis*

[25] For reasons that I will expand upon, I am satisfied that kidnapping is simply an aggravated form of unlawful confinement. This interpretation is consonant with the intention of Parliament as expressed in the *Code*, the crime's common law origins and legislative history, modern jurisprudence of Canadian appellate courts, and common sense. So long as the victim of the kidnapping remains unlawfully confined, the crime of kidnapping continues. To interpret the statutory provisions as they evolved in their historical context, we must first consider how the offence of kidnapping was defined at common law.

(1) Kidnapping at Common Law

[26] At common law, the offence of kidnapping was viewed as an aggravated form of false imprisonment: W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1769), Book IV, at p. 219; E. H. East, *A Treatise of the Pleas of the Crown* (1803), vol. I, at pp. 429-30; W. Hawkins, *A Treatise of the Pleas of the Crown* (8th ed. 1824), vol. I, at p. 119; H. Roscoe, *A Digest of the Law of Evidence in Criminal Cases* (2nd ed. 1840), at p. 529; W. O. Russell, *A Treatise on Crimes and Misdemeanors* (3rd ed. 1843), vol. I, at p. 716. See also J. P. Bishop, *Bishop on Criminal Law* (9th ed. 1923), vol. II, at § 750; K. A. Aickin, "Kidnapping at Common Law" (1936), 1 *Res Judicatae* 130. The term kidnapping emerged in English case law in the late seventeenth century to describe the forced recruitment of labour for the American colonies: J. L. Diamond, "Kidnapping: A Modern Definition" (1985), 13 *Am. J. Crim. L.* 1, at pp. 2-3. False imprisonment, in turn, was commonly viewed as a lesser and included offence of kidnapping.

[27] In 1803, Sir Edward Hyde East described the offence of kidnapping in the following terms: "The most aggravated species of false imprisonment is the stealing and carrying away, or secreting of any

VII. Première question — L'enlèvement est-il une infraction continue?

A. *Analyse*

[25] Pour les raisons que je développerai ci-après, j'estime que l'enlèvement est simplement une forme aggravée de la séquestration. Cette interprétation est conforme à l'intention du législateur telle qu'elle s'exprime dans le *Code*, à l'origine de ce crime dans la common law, à l'historique législatif, à la jurisprudence moderne des juridictions d'appel et au bon sens. Tant que la victime est séquestrée, le crime d'enlèvement se poursuit. Pour interpréter les dispositions législatives applicables en fonction de leur évolution historique, il faut remonter à la définition que donne la common law de l'infraction d'enlèvement.

(1) L'enlèvement en common law

[26] La common law a considéré l'enlèvement (*kidnapping*) comme une forme aggravée d'emprisonnement illégal : W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1769), Book IV, p. 219; E. H. East, *A Treatise of the Pleas of the Crown* (1803), vol. I, p. 429-430; W. Hawkins, *A Treatise of the Pleas of the Crown* (8^e éd. 1824), vol. I, p. 119; H. Roscoe, *A Digest of the Law of Evidence in Criminal Cases* (2^e éd. 1840), p. 529; W. O. Russell, *A Treatise on Crimes and Misdemeanors* (3^e éd. 1843), vol. I, p. 716. Voir aussi J. P. Bishop, *Bishop on Criminal Law* (9^e éd. 1923), vol. II, § 750; K. A. Aickin, « Kidnapping at Common Law » (1936), 1 *Res Judicatae* 130. Le terme anglais *kidnapping* est apparu dans la jurisprudence anglaise à la fin du dix-septième siècle pour décrire le recrutement forcé de main-d'œuvre pour les colonies américaines : J. L. Diamond, « Kidnapping : A Modern Definition » (1985), 13 *Am. J. Crim. L.* 1, p. 2-3. L'emprisonnement illégal était, quant à lui, généralement considéré comme une infraction moindre et incluse dans l'enlèvement.

[27] En 1803, Sir Edward Hyde East a décrit ainsi l'infraction d'enlèvement : [TRADUCTION] « La forme la plus grave d'emprisonnement illégal est le fait de s'emparer d'une personne et de l'emmener

person, sometimes called kidnapping, which is an offence at common law, punishable by fine, imprisonment, and pillory”: *A Treatise of the Pleas of the Crown*, vol. I, at pp. 429-30. False imprisonment, in turn, was referred to as “every restraint of a man’s liberty . . ., either in a gaol, house, stocks, or in the street, whenever it is done without a proper authority” (p. 428).

[28] Other learned authors described the offences of kidnapping and false imprisonment in like terms. William Hawkins referred to the offence of kidnapping in the following terms: “. . . an aggravated species of false imprisonment is the privately carrying off any person, and keeping them secretly confined, which is generally understood by the term *kidnapping*” (p. 119 (emphasis in original)). Likewise, Henry Roscoe wrote that “[k]idnapping, which is an aggravated species of false imprisonment, is the stealing and carrying away or secreting of any person, and is an offence at common law, punishable by fine and imprisonment” (p. 529).

[29] In *Bishop on Criminal Law*, the offence of kidnapping is defined as a “false imprisonment aggravated by conveying the imprisoned person to some other place” (§ 750). Bishop, furthermore, described kidnapping as a continuous offence: “It is a continuous crime beginning with the taking and ending with the return of the kidnapped person” (*ibid.*).

[30] American jurisprudence confirms the common law meaning of the offences of kidnapping and false imprisonment. (See, e.g., *Click v. The State*, 3 Tex. 282 (1848), at p. 286; *Smith v. The State*, 63 Wis. 453 (1885); *Midgett v. State*, 139 A.2d 209 (Md. 1958); *People v. Adams*, 205 N.W.2d 415 (Mich. 1973), at p. 419; *U.S. v. Garcia*, 854 F.2d 340 (9th Cir. 1988), at pp. 343-44.) The same interpretation is found in other common law jurisdictions. (See, e.g., *Davis v. R.*, [2006] NSWCCA 392 (AustLII).)

ou de la cacher, parfois appelée enlèvement (*kidnapping*), qui est une infraction en common law punissable d’une amende, d’une peine d’emprisonnement ou du pilori » : *A Treatise of the Pleas of the Crown*, vol. I, p. 429-430. L’emprisonnement illégal, lui, a été défini comme [TRADUCTION] « toute restriction à la liberté d’une personne [. . .], dans une prison, une maison, au pilori ou dans la rue, lorsqu’elle a lieu sans avoir été dûment autorisée » (p. 428).

[28] D’autres éminents auteurs ont formulé des descriptions analogues pour ces infractions. William Hawkins s’est exprimé ainsi au sujet de l’enlèvement : [TRADUCTION] « . . . une forme aggravée d’emprisonnement illégal est le fait d’emmener à titre privé une personne et de la tenir confinée, en secret, qu’on désigne généralement par le terme *enlèvement (kidnapping)* » (p. 119 (en italique dans l’original)). De la même façon, Henry Roscoe a écrit : [TRADUCTION] « . . . l’enlèvement, qui est une forme aggravée d’emprisonnement illégal, est le fait de s’emparer d’une personne et de l’emmener ou de la cacher, et c’est une infraction en common law, punissable d’une amende et d’une peine d’emprisonnement » (p. 529).

[29] *Bishop on Criminal Law* définit l’infraction d’enlèvement en ces termes : [TRADUCTION] « . . . emprisonnement illégal aggravé par le déplacement de la personne emprisonnée » (§ 750). L’auteur qualifie en outre l’enlèvement d’infraction continue : « C’est un crime continu qui commence lorsqu’on se saisit de la victime et qui se termine avec le retour de celle-ci » (*ibid.*).

[30] La jurisprudence américaine a confirmé le sens donné par la common law aux infractions d’enlèvement et d’emprisonnement illégal. (Voir, p. ex., *Click c. The State*, 3 Tex. 282 (1848), p. 286; *Smith c. The State*, 63 Wis. 453 (1885); *Midgett c. State*, 139 A.2d 209 (Md. 1958); *People c. Adams*, 205 N.W.2d 415 (Mich. 1973), p. 419; *U.S. c. Garcia*, 854 F.2d 340 (9th Cir. 1988), p. 343-344.) Cette interprétation se retrouve dans d’autres ressorts de common law. (Voir, p. ex., *Davis c. R.*, [2006] NSWCCA 392 (AustLII).)

[31] As this review demonstrates, it is the element of movement that differentiated kidnapping from the lesser included offence of false imprisonment and made kidnapping an aggravated form of false imprisonment. The underlying concern was that by carrying the victim away, the kidnappers would be taking him or her beyond the protection of the country's laws: R. A. Anderson, *Wharton's Criminal Law and Procedure* (1957), vol. I, at § 371; L. Hochheimer, *The Law of Crimes and Criminal Procedure* (2nd ed. 1904), at § 317 cited in *Midgett*, at p. 215. As J. L. Diamond explains in his study of the offence:

The initial common law element of carrying a victim out of the country . . . emphasized that the victim would almost inevitably suffer a very lengthy, if not permanent, isolation from his or her normal society. From this perspective, kidnapping was an extreme form of false imprisonment because the isolation was often for the duration of the victim's life. [Emphasis added; p. 31.]

[32] Movement is insidious because it removes the victim from his or her normal surroundings. Locating the victim becomes that much more difficult. The police are deprived of the clues about the victim's whereabouts that are generally available in straightforward cases of unlawful confinement. When a kidnapping occurs, the range of possible locations where the victim might be held captive increases exponentially and the likelihood that the victim will be found and rescued diminishes accordingly. In that sense, movement is tied to the ensuing confinement and the eventual location where the victim is secreted and held captive. This argues in favour of treating kidnapping as a continuing offence. It supports the time-honoured view that kidnapping, in its essence, is simply an aggravated form of unlawful confinement.

[33] Once it is accepted that kidnapping is an aggravated form of unlawful confinement, the conclusion that kidnapping is a continuing offence is virtually axiomatic.

(2) Legislative History

[34] Since kidnapping at common law was seen as an aggravated form of false imprisonment,

[31] Comme l'indique cette recension, c'est l'élément de déplacement qui différencie l'enlèvement de l'infraction moindre et incluse d'emprisonnement illégal et qui en fait une forme aggravée de cette dernière infraction. Cela répond à la préoccupation sous-jacente qu'en emmenant la victime ailleurs, les ravisseurs peuvent faire en sorte qu'elle échappe à la protection des lois du pays : R. A. Anderson, *Wharton's Criminal Law and Procedure* (1957), vol. I, § 371; L. Hochheimer, *The Law of Crimes and Criminal Procedure* (2^e éd. 1904), § 317 cité dans *Midgett*, p. 215. Comme J. L. Diamond l'explique dans son ouvrage sur cette infraction :

[TRADUCTION] Le fait d'emmener la victime hors du pays, qui constituait en common law l'élément initial de l'infraction [. . .] rendait compte du fait que la victime risquait presque inévitablement d'être coupée longtemps, voire de façon permanente, de son milieu ordinaire. Dans cette perspective, l'enlèvement était une forme extrême d'emprisonnement illégal parce que l'isolement de la victime durait souvent toute sa vie. [Je souligne; p. 31.]

[32] Le déplacement est insidieux parce qu'il sort la victime de son environnement normal. Cela rend les recherches d'autant plus ardues; la police est privée des indices dont elle disposerait généralement, dans les affaires de simple séquestration, au sujet de l'endroit où peut se trouver la victime. L'enlèvement opère une multiplication exponentielle des lieux de captivité possibles, diminuant d'autant les chances de retrouver et de libérer la victime. En ce sens, l'élément de déplacement est lié à la séquestration subséquente et à l'endroit où la victime sera cachée et tenue captive. Cela milite en faveur du caractère continu de l'infraction d'enlèvement et confirme la conception classique selon laquelle l'enlèvement est, de par sa nature, tout simplement une forme aggravée de la séquestration.

[33] Une fois posée la prémisse que l'enlèvement est une forme aggravée de séquestration, la conclusion qu'il constitue une infraction continue relève pratiquement de l'évidence.

(2) Historique législatif

[34] Puisque la common law considérait l'enlèvement comme une forme plus grave de séquestration,

which, by definition, is a continuing crime, we need to determine whether Parliament, by codifying the offence of kidnapping in the *Criminal Code*, intended to abandon this well-established meaning of the offence, as the appellant suggests. In my view, the legislative history provides no support for the appellant's argument.

[35] The first *Criminal Code*, adopted in 1892 (c. 29), included kidnapping and unlawful confinement under the same section and provided for the same punishment. The term “kidnapping” was not defined in the first *Code* — indeed, it remains undefined to this day. The original provision read:

264. [Kidnapping] Every one is guilty of an indictable offence and liable to seven years' imprisonment who, without lawful authority, forcibly seizes and confines or imprisons any other person within Canada, or kidnaps any other person with intent —

(a.) to cause such other person to be secretly confined or imprisoned in Canada against his will; or

(b.) to cause such other person to be unlawfully sent or transported out of Canada against his will; or

(c.) to cause such other person to be sold or captured as a slave, or in any way held to service against his will.

On a literal reading of the 1892 *Code*, the intent requirement in subss. (a) through (c) applied both to the offence of kidnapping and to the offence of unlawful confinement.

[36] In 1900, Parliament amended the kidnapping section to clarify that the intent requirement applied only to the offence of kidnapping: *The Criminal Code Amendment Act, 1900*, S.C. 1900, c. 46, s. 3. The new section read:

264. Every one is guilty of an indictable offence and liable to seven years' imprisonment who, without lawful authority —

(a.) kidnaps any other person with intent —

une infraction qui, par définition, est de nature continue, il nous faut déterminer si le législateur a voulu s'écarter de cet aspect établi de l'infraction lorsqu'il l'a incluse au *Code criminel*, ainsi que le soutient l'appellant. Selon moi, l'historique législatif ne permet pas d'étayer un tel argument.

[35] Le premier *Code criminel*, adopté en 1892 (ch. 29), traitait de l'enlèvement et de la séquestration dans la même disposition et prévoyait la même peine pour les deux infractions. Le terme « enlèvement » n'y était pas défini — il ne l'est d'ailleurs toujours pas. Voici le texte de cette première disposition :

264. [Enlèvement et séquestration de personnes] — Est coupable d'un acte criminel et passible de sept ans d'emprisonnement, tout individu qui, sans autorisation légale, saisit de force et séquestre ou emprisonne quelque personne en Canada, ou enlève quelque personne dans l'intention —

(a.) De faire séquestrer ou emprisonner cette personne secrètement et contre son gré en Canada; ou

(b.) De faire conduire ou transporter illégalement cette personne hors du Canada contre son gré; ou

(c.) De faire vendre ou emmener cette personne comme esclave ou en servitude, de quelque manière que ce soit et contre son gré.

Il ressort de l'interprétation littérale de l'énoncé de 1892 que l'élément intentionnel prévu aux al. a) à c) s'appliquait à la fois à l'infraction d'enlèvement et à celle de séquestration.

[36] En 1900, le législateur a modifié la disposition relative à l'enlèvement pour préciser que l'exigence relative à l'intention ne s'appliquait qu'à l'enlèvement : *l'Acte modificatif du Code criminel, 1900*, S.C. 1900, ch. 46, art. 3. La nouvelle disposition était ainsi libellée :

264. Est coupable d'un acte criminel, et passible de sept ans d'emprisonnement, tout individu qui, sans autorisation légale, —

(a) Enlève quelque personne dans l'intention

(i.) to cause such other person to be secretly confined or imprisoned in Canada against his will; or

(ii.) to cause such other person to be unlawfully sent or transported out of Canada against his will; or

(iii.) to cause such other person to be sold or captured as a slave, or in any way held to service against his will; or

(b.) forcibly seizes and confines or imprisons any other person within Canada.

[37] The appellant argues that Parliament, by separating the two offences in 1900, restricted kidnapping to the act of seizing and taking away and made only unlawful confinement a continuing offence. There is no basis for this interpretation.

[38] In amending the *Criminal Code* in 1900, Parliament did not intend to reduce kidnapping to the moment of taking; it merely sought to clarify that no specific intent was required to prove unlawful confinement. In his treatise published two years after the amendments, James Crankshaw described kidnapping as an “aggravated” form of false imprisonment: *The Criminal Code of Canada and the Canada Evidence Act* (2nd ed. 1902), at pp. 269-70. As he explained:

The difference between a criminal false imprisonment and kidnapping appears to be this that the latter is not only an unlawful and forcible detention of a person against his will, but a removal of him or an intention to remove him beyond the reach of his country’s laws, by secretly confining him within his own country or by sending him away into foreign parts. [Emphasis deleted; p. 270.]

[39] Kidnapping in the *Criminal Code* after 1900, as before, remained an aggravated form of false imprisonment. It was aggravated because the additional element of movement increased the risk of harm to the victim by isolating him or her from a place where rescue was more likely.

(i) de faire séquestrer ou secrètement emprisonner cette personne, en Canada, contre son gré; ou

(ii) de la faire conduire ou transporter illégalement hors du Canada, contre son gré; ou

(iii) de la faire vendre ou emmener comme esclave ou en servitude, de quelque manière que ce soit, contre son gré; ou

(b) Saisit de force et séquestre ou emprisonne quelque personne en Canada.

[37] L’appelant soutient qu’en séparant les deux infractions en 1900, le législateur a limité l’enlèvement au fait de se saisir d’une personne et de l’emmener et qu’il n’a fait une infraction continue que de la séquestration. Cette interprétation ne repose sur aucun fondement.

[38] Lorsqu’il a modifié le *Code criminel* en 1900, le législateur n’avait nullement l’intention de restreindre l’enlèvement au moment où la victime est prise; il a simplement voulu préciser que l’infraction de séquestration n’exigeait pas la preuve d’une intention spécifique. Dans son traité, publié deux ans après les modifications, James Crankshaw a décrit l’enlèvement comme une forme [TRADUCTION] « aggravée » d’emprisonnement illégal : *The Criminal Code of Canada and the Canada Evidence Act* (2^e éd. 1902), p. 269-270. Comme il l’explique :

[TRADUCTION] La différence entre l’emprisonnement illégal criminel et l’enlèvement paraît résider dans le fait que l’enlèvement ne se limite pas au fait de détenir par la force et sans autorisation légale une personne contre son gré, mais comporte aussi le fait de la soustraire ou l’intention de la soustraire à la protection des lois de son pays en la séquestrant secrètement dans son propre pays ou en l’envoyant à l’étranger. [Italiques omis; p. 270.]

[39] L’infraction d’enlèvement prévue au *Code criminel*, après 1900, a continué d’être une forme aggravée d’emprisonnement illégal; aggravée, parce que l’élément de déplacement qui s’y ajoute fait croître le risque de préjudice pour la victime, en l’isolant de tout lieu où elle aurait plus de chances d’être secourue.

[40] In 1954, the kidnapping section was re-enacted: *Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, s. 233. Parliament again did not see fit to define the term “kidnapping”. Importantly, however, the 1954 amendments altered the sentencing scheme for kidnapping and unlawful confinement. Instead of the same seven-year sentence, kidnapping now carried a maximum penalty of life imprisonment, whereas unlawful confinement carried a maximum term of five years. Subsequent amendments to the *Code* have reinforced this distinction. At present, kidnapping is punishable by a maximum term of life imprisonment and, where aggravating circumstances exist, severe minimum sentences are imposed. Unlawful confinement, on the other hand, is treated as a hybrid offence, punishable by a maximum term of 18 months or 10 years, depending on whether the Crown proceeds by summary conviction or indictment. I find the 1954 sentencing amendments and the follow-up amendments to be instructive. The penalty scheme reflects Parliament’s view that kidnapping is a much more serious offence than unlawful confinement. This makes sense in law and logic if kidnapping is viewed as an aggravated form of unlawful confinement — and hence a continuing offence. Surely, Parliament could not have intended that the victim’s initial apprehension and movement, which will often occur in a matter of seconds, be treated more seriously than the victim’s ensuing captivity, which may last for days, months, or even years. And yet, this is where the appellant’s submission leads. With respect, I find it unconvincing.

[41] In sum, while Parliament has never defined the word “kidnapping” in the *Code*, nothing in the legislative history suggests that Parliament intended to abandon the common law definition, much less replace it with a new meaning that would dramatically alter the nature and character of the offence of kidnapping as it had come to be understood. Kidnapping remains an aggravated form of false imprisonment and, as such, a continuing offence.

[40] En 1954, la disposition relative à l’enlèvement a été édictée de nouveau : *Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 233. Encore une fois, le législateur n’a pas jugé bon de définir le mot « enlèvement ». Fait important, toutefois, les modifications de 1954 établissaient un régime de peines différent pour l’enlèvement et la séquestration. Alors qu’auparavant ces infractions étaient toutes deux punies d’une peine d’emprisonnement de sept ans, l’enlèvement était dorénavant assorti d’une peine maximale d’emprisonnement à perpétuité, tandis que l’emprisonnement maximal prévu pour la séquestration était de cinq ans. Les modifications apportées par la suite au *Code* ont renforcé cette distinction. À présent, l’enlèvement est punissable d’une peine maximale d’emprisonnement à perpétuité et, lorsqu’il y a des circonstances aggravantes, de peines minimales sévères. La séquestration, quant à elle, est traitée comme une infraction mixte, punissable d’un emprisonnement maximal de 18 mois ou de 10 ans, selon que le ministère public a recours à la procédure sommaire ou à la mise en accusation. Le nouveau régime de peines adopté en 1954 et les modifications qui y ont été apportées par la suite sont instructifs. En effet, ils indiquent que, pour le législateur, l’enlèvement est une infraction beaucoup plus grave que la séquestration. Cette conclusion est sensée sur le plan du droit et de la logique si l’enlèvement est considéré comme une forme aggravée de séquestration — et, par conséquent, comme une infraction continue. Le législateur n’a certainement pas voulu que le rapt et le déplacement initiaux de la victime, qui se produisent souvent en quelques secondes, soient jugés plus graves que la captivité qui leur fait suite, qui, elle, peut durer des jours, des mois ou même des années. C’est pourtant à ce résultat que mène la thèse de l’appelant. En tout respect, elle ne me convainc pas.

[41] En somme, bien que le législateur n’ait jamais défini le mot « enlèvement » dans le *Code*, l’historique législatif ne renferme rien qui permette de penser qu’il a voulu abandonner la définition établie par la common law et encore moins la remplacer par une nouvelle modifiant radicalement la nature et le caractère de l’infraction d’enlèvement telle qu’on en était venu à la concevoir. L’enlèvement reste une forme aggravée d’emprisonnement illégal et, par suite, une infraction continue.

(3) Modern Jurisprudence

[42] Modern Canadian jurisprudence on the statutory offence of kidnapping in s. 279(1) of the *Code* and unlawful confinement (also referred to as “forcible confinement”) in s. 279(2) of the *Code* tracks the understanding of these two offences at common law.

[43] In *R. v. Tremblay* (1997), 117 C.C.C. (3d) 86 (Que. C.A.), LeBel J.A. (as he then was) stated:

[TRANSLATION] Forcible confinement deprives the individual of his liberty to move from point A to point B. As for kidnapping, it consists of the taking of control over a person and carrying him away from point A to point B. The distinction between the offences sometimes becomes rather subtle because to carry away a person from one point A to one point B prevents, at the same time, the person from moving from another point A to another point B. This is the reason why kidnapping necessarily entails forcible confinement. However, there can be forcible confinement without there being a kidnapping at the outset. [Emphasis added; p. 95.]

[44] *Tremblay* is significant in two respects: it adopts the view that unlawful confinement forms an essential component of the crime of kidnapping, as at common law, and it accepts the fundamental distinction, drawn at common law, that kidnapping involves movement, whereas unlawful confinement does not (pp. 94-95). In this respect, *Tremblay*’s interpretation of the statutory offence of kidnapping is consistent with the common law definition of kidnapping as an aggravated form of false imprisonment — or, as Bishop described it, “a false imprisonment aggravated by conveying the imprisoned person to some other place” (§ 750).

[45] In *R. v. Oakley* (1977), 4 A.R. 103, the Alberta Supreme Court, Appellate Division, engaged in a comprehensive review of the origins and evolution of the offence of kidnapping at common law and its modern-day characteristics. Notably, the court observed that kidnapping has been described as “an aggravated species of false imprisonment”, a

(3) Jurisprudence moderne

[42] La jurisprudence canadienne moderne relative aux infractions d’enlèvement et de séquestration respectivement décrites aux par. 279(1) et (2) du *Code* fait écho à la conception de ces deux infractions élaborée par la common law.

[43] Dans *R. c. Tremblay*, 1997 CanLII 10526 (C.A. Qué.), le juge LeBel (maintenant juge de notre Cour) a écrit :

La séquestration prive l’individu de sa liberté de se déplacer d’un point A à un point B. L’enlèvement, quant à lui, consiste dans la prise de contrôle d’une personne pour l’amener contre son gré d’un point A à un point B. La distinction entre les infractions devient parfois délicate car pour amener une personne d’un point A à un point B, on l’empêche par le fait même de se déplacer d’un point A à un point B. C’est la raison pour laquelle un enlèvement entraîne nécessairement une séquestration. La séquestration, cependant, peut survenir sans qu’un enlèvement ait eu lieu à l’origine. [Je souligne, p. 11.]

[44] L’arrêt *Tremblay* est important à deux égards : d’abord, il souscrit à la conception que la séquestration constitue un élément essentiel du crime d’enlèvement, comme dans la common law, puis, il admet la distinction fondamentale, faite par la common law, selon laquelle l’enlèvement suppose un déplacement tandis que cet élément est absent quand il est question de séquestration (p. 10-11). En ce sens, l’interprétation qu’on y trouve de l’infraction d’enlèvement, telle qu’elle a été codifiée, concorde avec la notion d’enlèvement en tant que forme aggravée d’emprisonnement illégal élaborée par la common law ou, pour reprendre la description faite par Bishop, en tant qu’[TRADUCTION] « emprisonnement illégal aggravé par le déplacement de la personne emprisonnée » (§ 750).

[45] Dans *R. c. Oakley* (1977), 4 A.R. 103, la Cour suprême de l’Alberta, section d’appel, a effectué une analyse exhaustive des origines et de l’évolution de l’infraction d’enlèvement dans la common law et de ses caractéristiques modernes. Elle a notamment relevé que l’enlèvement avait été décrit comme une [TRADUCTION] « forme aggravée

description that “would fit in with the manner in which the legislature has come to treat this type of offence” (para. 37). In the next paragraph, the court endorsed the common law understanding of the offence of kidnapping and the features that distinguish it from the offence of unlawful confinement:

One of the best statements is by Coffey, J., of the Supreme Court of Indiana in an 1894 case, *Eberling v. State*, 35-36 N.E.R. 1023, where at page 1023 he says:

Mr. Bishop, in his work on Criminal Law, (volume 1, S. 553) says: “Kidnapping and false imprisonment, two offences against the individual, of which ordinarily the latter is included in the former, are punishable by the common law. False imprisonment is any unlawful restraint of one’s liberty, whether in a place set apart for imprisonment generally, or used only on the particular occasion, and whether between walls or not, effected either by physical force, actually applied, or by words and an array of such forces. Kidnapping is a false imprisonment aggravated by conveying the imprisoned person to some other place.” Taking this definition as correct, kidnapping, then, as known to the common law, was false imprisonment aggravated by carrying the imprisoned person to some other place. 2 Bish. Crim. Law, S. 750. [para. 38]

[46] Likewise, in *R. v. Metcalfe* (1983), 10 C.C.C. (3d) 114, Nemetz C.J.B.C., writing for a unanimous B.C. Court of Appeal, adopted the Supreme Court of Indiana’s observation in *Eberling v. State*, cited in *Oakley*, that “[k]idnapping is a false imprisonment aggravated by conveying the imprisoned person to some other place” (p. 119).

[47] In my view, the Canadian courts’ interpretation of the *Code* lends considerable support to the argument that in enacting the offence of kidnapping, Parliament did not intend to abandon the meaning of the offence as it had evolved and come to be understood at common law. Based on this jurisprudence, Finch C.J.B.C. accurately summarized the basic elements of the offence of kidnapping in his reasons. For the *actus reus*, there has to be an abduction of a person and moving him or her to a place (“carrying away” or “asportation”),

d’emprisonnement illégal » et indiqué que cette description « correspond à la façon dont le législateur en est venu à considérer ce type d’infraction » (par. 37). Au paragraphe suivant, la cour a adopté l’interprétation qu’a donnée la common law à cette infraction ainsi que les caractéristiques qui la distinguent de l’infraction de séquestration :

[TRADUCTION] Un des meilleurs énoncés a été fait en 1894 par le juge Coffey, de la Cour suprême de l’Indiana, dans l’affaire *Eberling c. State*, 35-36 N.E.R. 1023, où il a écrit, à la page 1023 :

M. Bishop, dans son traité de droit criminel s’exprime comme suit (volume 1, S. 553) : « [l]’enlèvement et l’emprisonnement illégal, deux infractions contre la personne, dont la seconde est généralement incluse dans la première, sont punissables en common law. Constitue un emprisonnement illégal toute restriction illicite de la liberté individuelle, que ce soit dans un établissement de nature carcérale ou dans un endroit utilisé pour l’occasion, et dans un lieu clos ou non, avec recours à la force physique ou à des mots et à un ensemble de ces diverses forces. L’enlèvement est un emprisonnement illégal aggravé. » Si l’on tient cette définition pour exacte, l’enlèvement tel qu’il était défini par la common law était un emprisonnement illégal aggravé par le déplacement de la personne emprisonnée. 2 Bish. Crim. Law, S. 750. [par. 38]

[46] Le juge en chef Nemetz de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, exposant l’opinion unanime de la cour dans *R. c. Metcalfe* (1983), 10 C.C.C. (3d) 114, a lui aussi repris l’énoncé fait par la Cour suprême de l’Indiana dans *Eberling c. State* et cité dans *Oakley*, selon lequel [TRADUCTION] « [l]’enlèvement est un emprisonnement illégal aggravé par le déplacement de la personne emprisonnée » (p. 119).

[47] À mon avis, l’interprétation par les tribunaux canadiens de la disposition du *Code* relative à l’enlèvement fournit un appui substantiel à l’argument selon lequel le législateur n’a pas eu l’intention, lorsqu’il l’a édictée, de s’écarter du sens que l’infraction avait acquis en common law. En s’appuyant sur cette jurisprudence, le juge en chef Finch a résumé avec justesse les éléments fondamentaux de l’infraction. L’*actus reus* nécessite que la victime soit saisie et emmenée en un endroit contre son gré, ce qui peut s’accomplir par la violence ou par la

against the victim's will, which can be accomplished either by force or by fraud. The *mens rea* will be established if the accused has one of the intents described in s. 279(1) of the *Code*.

[48] The appellant, however, points to one statement from *Metcalfe*, which he says supports his argument that kidnapping is not a continuing offence. At p. 118, Nemetz C.J.B.C. observed that “[t]he crime [of kidnapping] is complete when the person is picked up and then transported . . . to his place of confinement.” The appellant also relies on a similar comment in *R. v. Reid*, [1972] 2 All E.R. 1350, where the English Court of Appeal said:

We can find no reason in authority or in principle why the crime [of kidnapping] should not be complete when the person is seized and carried away, or why kidnapping should be regarded, as was urged by counsel, as a continuing offence involving the concealment of the person seized. [pp. 1351-52]

[49] In my view, *Metcalfe* and *Reid* do not advance the appellant's position. These cases stand for the proposition that the crime of kidnapping is complete in law at the point of the taking, irrespective of whether the victim is subsequently “secreted” or held in confinement. The converse inference — that a subsequent confinement is *not* a part of the offence of kidnapping — does not follow. Chief Justice Finch recognized this distinction in the instant case. He stated, correctly in my view, that

the comment [in *Reid*] that kidnapping need not be regarded as a “continuing offence” was made in the context of deciding whether there was a completed offence without the secreting or concealment of the victim. I do not think it can be regarded as authority for saying that a subsequent confinement may not form part of the offence. [Emphasis added; para. 45.]

[50] Faced with a similar question, the Supreme Court of New South Wales unanimously held in *Davis* that the victim's subsequent confinement did form part of the offence of kidnapping:

fraude. La *mens rea* est établie si une des intentions décrites au par. 279(1) du *Code* est prouvée.

[48] L'appelant invoque toutefois un passage de *Metcalfe* qui, selon lui, appuie son argument voulant que l'enlèvement ne soit pas une infraction continue. Le juge en chef Nemetz indique, à la p. 118, que [TRADUCTION] « [L]e crime [d'enlèvement] est complet lorsque la personne est prise puis transportée [. . .] au lieu de captivité ». L'appelant invoque aussi une observation semblable, faite dans *R. c. Reid*, [1972] 2 All E.R. 1350, par la Cour d'appel anglaise :

[TRADUCTION] Nous ne voyons rien dans la jurisprudence et la doctrine ni aucune raison de principe qui permette d'affirmer que le crime [d'enlèvement] ne serait pas complet lorsque la personne est saisie et emmenée ou qu'il faudrait considérer l'enlèvement comme une infraction continue comportant la dissimulation de la personne saisie, comme on nous l'a fait valoir. [p. 1351-1352]

[49] Selon moi, *Metcalfe* et *Reid* n'appuient pas l'argument de l'appelant. Ces arrêts établissent que le crime d'enlèvement est complet, en droit, dès le rapt initial, que la victime ait ou non été « cachée » ou tenue captive par la suite. L'inverse — à savoir que la séquestration subséquente *ne fait pas* partie de l'infraction — ne s'ensuit toutefois pas. Le juge en chef Finch a reconnu cette distinction en l'espèce. À mon avis, il a judicieusement fait remarquer que

[TRADUCTION] l'observation [dans *Reid*] selon laquelle il n'y a pas lieu de considérer l'enlèvement comme une « infraction continue » s'inscrivait dans le contexte de la question de savoir si l'on était en présence d'une infraction complète lorsque la victime n'avait pas été cachée. Je ne pense pas qu'on puisse y voir la consécration du principe selon lequel une séquestration subséquente ne peut pas faire partie de l'infraction. [Je souligne; par. 45.]

[50] Saisie d'une question semblable, la Cour suprême de la Nouvelle-Galles-du-Sud a statué à l'unanimité, dans *Davis*, que la séquestration subséquente de la victime faisait bien partie de l'infraction d'enlèvement :

Neither *Reid* nor [other case law] supports the proposition that a taking ceases to be a taking at the moment that the kidnapper becomes criminally liable for the offence. The offence might at that moment be complete in law, because the taking has been completed for the purposes of proving the offence, but it is not necessarily complete in fact. Once it has been established that a person has been “taken”, in the sense that he or she has been compelled to go where he or she did not want to go, the “taking” continues until the compulsion ceases. It does not cease merely because the person has been taken for a certain distance or for a certain time or even because the kidnapper has ceased to physically move the victim and has commenced detaining that person in the one place. In a real sense, the kidnapper is taking the victim, that is causing the victim to accompany him or her, for the entire duration of the time, however long it is, that the victim is, as a result of the kidnapper’s conduct, involuntarily detained in a place that is not the place where the victim was first detained. The taking begins with the detention and asportation of the victim, and only ends when the victim is released or ceases to withhold consent to the detention. [Emphasis added; para. 64.]

[51] The reasoning in *Davis* is persuasive on this point, even though it relies in part on the specific wording of the kidnapping section in the New South Wales *Crimes Act 1900*. The decision is instructive for another reason. As Howie J. observed, drawing a line between seizure and detention is difficult and artificial, “particularly in cases where the victim is transported repeatedly from one place to another rather than simply held in one place” (para. 57).

[52] Finally, the appellant argues that this Court’s decision in *Bell v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 471, supports his position that kidnapping is not a continuing offence. With respect, I do not agree.

[53] The central issue in *Bell* was whether the crime of importing narcotics into Canada under s. 5 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, is complete once the narcotic has crossed the border or whether the crime continues until the narcotic has reached its intended final destination in Canada. McIntyre J., writing for a majority of the Court, concluded that the word “import” in s. 5 should be given its ordinary meaning, which “is

[TRADUCTION] L’affirmation selon laquelle l’enlèvement cesse d’être un enlèvement lorsque la responsabilité criminelle de son auteur est acquise n’est étayée ni par *Reid* ni par [une autre décision]. L’infraction peut alors être complète en droit parce que l’enlèvement est complet pour ce qui est de la preuve, mais elle n’est pas nécessairement complète en fait. Lorsqu’il est établi qu’une personne a été « enlevée », au sens où elle a été contrainte d’aller quelque part contre son gré, l’« enlèvement » se poursuit jusqu’à ce que cesse la contrainte. Il ne prend pas fin simplement parce qu’une certaine distance est franchie ou un certain temps écoulé ni même parce que l’auteur a cessé de déplacer la victime et a commencé à la garder à un endroit donné. En fait, l’auteur enlève la victime, c’est-à-dire qu’il fait en sorte qu’elle l’accompagne pendant tout le temps, quelle qu’en soit la durée, où la victime est, à cause de la conduite de l’auteur, détenue contre son gré en un lieu autre que celui de la détention initiale. L’enlèvement commence avec la détention et le déplacement de la victime, et il ne se termine que lorsque la victime est relâchée ou cesse de s’opposer à la détention. [Je souligne; par. 64.]

[51] C’est un raisonnement convaincant sur ce point, même s’il s’appuie en partie sur le libellé de la disposition relative à l’enlèvement du *Crimes Act 1900* de la Nouvelle-Galles-du-Sud. Cette décision est aussi instructive pour un autre motif. Comme le juge Howie l’a signalé, établir une distinction entre la phase du rapt initial et celle de la détention est difficile et artificiel [TRADUCTION] « en particulier lorsque la victime est déplacée souvent d’un endroit à un autre et non simplement détenue à un endroit » (par. 57).

[52] Enfin, l’appelant soutient que notre arrêt *Bell c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 471, étaye son argument que l’enlèvement n’est pas une infraction continue. Je ne suis pas de cet avis.

[53] La principale question qui se posait, dans *Bell*, était de savoir si le crime d’importation de stupéfiants au Canada énoncé à l’art. 5 de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1, est complet lorsque la substance a traversé la frontière ou s’il se poursuit jusqu’à ce qu’elle soit parvenue à sa destination finale prévue au Canada. Exposant l’opinion majoritaire, le juge McIntyre a conclu qu’il fallait donner au mot « importer » employé à l’art. 5 son

simply to bring into the country or to cause to be brought into the country” (p. 489). It followed, in his view, that the offence of importing was “complete when the goods enter the country” (*ibid.*).

[54] Justice McIntyre offered some examples of offences that he considered to be “continuing” offences. After observing that murder was not a continuing offence but that conspiracy to commit murder could be, he stated the following:

Theft is not a continuing offence. It is terminated when the wrongful taking has occurred with the requisite intention. On the other hand, possession of goods knowing them to have been obtained by the commission of theft is a continuing offence. The offence of kidnapping would not be a continuing offence, but that of wrongful detention of the victim following the kidnapping would be. [Emphasis added; p. 488.]

[55] In my view, *Bell* does not assist the appellant. Much as the appellant seeks to rely on McIntyre J.’s observation that kidnapping is not a continuing offence, that observation is not authoritative. The offence of kidnapping was not before the Court. McIntyre J. did not discuss the essential features of kidnapping, nor did he cite any supporting case law. McIntyre J. merely used the offence of kidnapping as an example. As such, this observation is *obiter*. (See *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 57).

[56] In *Bell*, Dickson J., concurring, concluded that the offence of importing a narcotic into Canada is not “over and done with” until the goods have reached their final destination in Canada (p. 481). While his view in that respect was not shared by the majority, Dickson J.’s analysis helps to shed light on the second issue in this appeal: party liability. It is to that issue that I now turn.

VIII. Issue 2 — Party Liability

[57] Section 21(1) of the *Code* reads:

sens ordinaire soit « simplement d’introduire ou de faire introduire au pays » (p. 489). Il s’ensuivait selon lui que l’infraction « est complète dès lors que les marchandises entrent au pays » (*ibid.*).

[54] Le juge McIntyre a donné des exemples d’infractions qui, à son sens, constituaient des infractions « continues ». Après avoir fait remarquer que le meurtre n’était pas une infraction continue, mais que le complot en vue d’en commettre un pouvait l’être, il a ajouté ce qui suit :

Le vol n’est pas une infraction continue. Il est accompli lorsque, avec l’intention requise, on s’empare illégalement du bien d’autrui. Par contre, la possession de biens qu’on sait avoir été obtenus par la perpétration d’un vol est une infraction continue. L’infraction d’enlèvement ne serait pas une infraction continue, mais la séquestration de la victime après l’enlèvement le serait. [Je souligne; p. 488.]

[55] *Bell* n’est, à mon avis, d’aucun secours à l’appelant. Il a beau citer à l’appui de sa thèse l’observation du juge McIntyre selon laquelle l’enlèvement ne serait pas une infraction continue, cette observation ne fait pas autorité. La Cour n’était pas saisie de la question de l’enlèvement. Le juge McIntyre n’en a pas examiné les caractéristiques essentielles pas plus qu’il n’a cité de jurisprudence à ce sujet. Il a simplement donné l’enlèvement en exemple, de sorte que ses propos relèvent de la remarque incidente. (Voir *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 57).

[56] Dans *Bell*, le juge Dickson a conclu, dans des motifs concordants, que la perpétration de l’infraction d’importation de stupéfiants au Canada « ne prend fin » que lorsque les marchandises sont arrivées à leur destination finale prévue au Canada (p. 481). Bien que la majorité n’y ait pas souscrit, l’analyse du juge Dickson aide à mettre en lumière la deuxième question soulevée par le présent pourvoi : la responsabilité en tant que participant. C’est cette question que je vais maintenant examiner.

VIII. Deuxième question — la responsabilité en tant que participant

[57] Le paragraphe 21(1) du *Code* est ainsi libellé :

21. (1) [Parties to offence] Every one is a party to an offence who

- (a) actually commits it;
- (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it; or
- (c) abets any person in committing it.

[58] Under s. 21(1), a person is criminally liable, as a party to an offence, if that person, having the requisite intent, plays one of the three enumerated roles in the offence — principal, aider or abettor. An individual will bear the same responsibility for the offence regardless of which particular role he or she played: *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652, at pp. 689-90. As this Court recently explained in *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411, a person becomes a party to an offence when that person — armed with *knowledge* of the principal's intention to commit the crime and with the intention of assisting the principal in its commission — does (or, in some circumstances, omits to do) something that assists or encourages the principal in the commission of the offence (paras. 14-18).

[59] In my view, the well-established principles of s. 21(1) criminal liability apply with equal force to continuing offences that have been completed in law but not in fact. In particular, where an accused — with knowledge of the principal's intention to see a continuing offence through to its completion — does (or omits to do) something, with the intention of aiding or abetting the commission of the ongoing offence, party liability is established.

[60] Applying that principle to this case, once it is understood that kidnapping is an aggravated form of unlawful confinement, which continues until the victim is freed, there is no reason in law or logic why a person who learns that the victim has been kidnapped and nonetheless chooses to participate in the kidnapping enterprise, should not be found liable as a party to the offence of kidnapping under s. 21(1) of the *Code*.

21. (1) [Participants à une infraction] Participant à une infraction :

- a) quiconque la commet réellement;
- b) quiconque accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre;
- c) quiconque encourage quelqu'un à la commettre.

[58] Aux termes du par. 21(1), encourt une responsabilité criminelle comme participant à une infraction la personne qui accomplit un des trois actes décrits — commettre, aider ou encourager — en ayant l'intention requise. Quel que soit le rôle joué, la responsabilité criminelle est la même : *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652, p. 689-690. Comme notre Cour l'a récemment expliqué dans *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411, une personne participe à l'infraction lorsqu'elle accomplit (ou, dans certaines circonstances, omet d'accomplir) quelque chose qui aide ou encourage l'auteur principal d'une infraction à la commettre, en ayant *connaissance* de l'intention de ce dernier de commettre le crime et en ayant l'intention de l'aider (par. 14-18).

[59] Les principes bien établis de la responsabilité criminelle au sens du par. 21(1) s'appliquent selon moi avec la même force aux infractions continues qui sont complètes en droit, mais non en fait. Plus particulièrement, la responsabilité en tant que participant est établie lorsqu'un accusé, connaissant l'intention de l'auteur principal de mener une infraction continue à son terme, accomplit quelque chose (ou omet de l'accomplir), en vue d'aider ou d'encourager la perpétration de l'infraction continue en question.

[60] Lorsqu'on applique ce principe en l'espèce, dès lors qu'on considère l'enlèvement comme une forme aggravée de la séquestration — qui se poursuit jusqu'à la libération de la victime — il n'existe aucune raison d'ordre juridique ou logique justifiant de ne pas reconnaître la responsabilité à titre de participant à l'infraction d'enlèvement par application du par. 21(1) du *Code*, d'une personne qui, sachant que la victime a été enlevée, décide néanmoins de participer à l'entreprise d'enlèvement.

[61] A series of appellate decisions are instructive in this regard. The Ontario and Nova Scotia Courts of Appeal, having found that narcotics importation was a continuing offence, held that a person could be charged as a party to the offence under s. 21(1) at any point from the time the goods entered Canada until they reached the final destination, even though the offence could be considered complete in law at the moment the goods had crossed the border: *R. v. Hijazi* (1974), 20 C.C.C. (2d) 183 (Ont. C.A.); *R. v. Whynott* (1975), 12 N.S.R. (2d) 231 (S.C. (App. Div.)); *R. v. Tanney* (1976), 31 C.C.C. (2d) 445 (Ont. C.A.). In *Bell*, the majority cast doubt on these decisions by adopting a narrow construction of the term “import” in s. 5 of the *Narcotic Control Act*. But the majority decision in *Bell* does not detract from the general principle articulated in the case law that a person who chooses to engage in a continuing offence with full knowledge of the offence can be held responsible as party to that offence under s. 21(1) of the *Code*.

[62] In his concurring opinion in *Bell*, Dickson J. relied on these appellate decisions in finding that the importation offence was not “over and done with” and that criminal liability could be incurred as long as the offence was ongoing in fact. As Dickson J. held:

To “actually commit” importing, an accused must bring in, or cause to be brought in, to Canada, goods from a foreign country; this, by definition, necessitates crossing the Canadian border. Someone who becomes involved only after the border crossing, however, may be aiding and abetting a person bringing the goods from outside Canada to a given destination inside Canada. [Emphasis added; pp. 478-79.]

Therefore, although not a party at the time the offence was initiated (by the principal(s)), a person may become a party to the offence as long as the offence is not “over and done with”.

[61] Des arrêts de juridictions d’appel sont instructifs à cet égard. Les cours d’appel de l’Ontario et de la Nouvelle-Écosse ont statué, après avoir conclu que l’importation de stupéfiants constituait une infraction continue, qu’une personne pouvait être accusée en tant que participant à l’infraction, en application du par. 21(1), à l’égard d’un acte ou d’une omission survenant à tout moment entre l’entrée des marchandises au Canada et leur arrivée à la destination finale, même si l’infraction pouvait être considérée comme complète en droit dès lors que les marchandises avaient traversé la frontière : *R. c. Hijazi* (1974), 20 C.C.C. (2d) 183 (C.A. Ont.); *R. c. Whynott* (1975), 12 N.S.R. (2d) 231 (C.S. (Div. app.)); *R. c. Tanney* (1976), 31 C.C.C. (2d) 445 (C.A. Ont.). Dans *Bell*, l’interprétation étroite du mot « importer » de l’art. 5 de la *Loi sur les stupéfiants* formulée par les juges majoritaires a fait naître un doute à l’égard de ces arrêts. Cependant, l’opinion majoritaire ne s’écarte pas du principe général établi par la jurisprudence selon lequel une personne qui est pleinement au courant d’une infraction continue et qui décide d’y prendre part peut être tenue criminellement responsable en tant que participant à cette infraction en application du par. 21(1) du *Code*.

[62] Dans l’opinion concordante qu’il a formulée dans *Bell*, le juge Dickson s’est appuyé sur les arrêts précités pour conclure que l’infraction d’importation n’avait pas « pr[is] fin » et que la responsabilité criminelle pouvait être retenue tant que la perpétration se poursuivait dans les faits. Comme l’a exposé le juge Dickson :

Pour qu’on puisse dire qu’il « commet réellement » l’infraction d’importation, un accusé doit introduire ou faire introduire au Canada des marchandises provenant d’un pays étranger; cela nécessite par définition qu’elles franchissent la frontière canadienne. Quelqu’un dont la participation ne commence qu’après cette étape peut toutefois être coupable d’avoir aidé et encouragé une personne à faire venir des marchandises de l’extérieur du Canada à une destination à l’intérieur du Canada. [Je souligne; p. 478-479.]

En conséquence, une personne qui n’est pas partie à une infraction lorsque l’auteur principal commence à la commettre peut le devenir tant que la perpétration de l’infraction n’a pas « pr[is] fin ».

[63] Applying this principle to the present context, once it is accepted that the crime of kidnapping continues until the victim is freed, a person who chooses to participate in the victim's confinement — after having learned that the victim has been kidnapped — may be held responsible for the offence of kidnapping under s. 21(1).

IX. Application

[64] On the appellant's thesis, once Mr. McMynn had been forcibly apprehended and taken away, the offence of kidnapping was spent and his abductors faced a possible life sentence. In contrast, Mr. McMynn's ensuing eight-day ordeal in captivity would not be considered as part of the kidnapping charge. It would, instead, be governed by the lesser offence of unlawful confinement for which a maximum penalty of 10-years' imprisonment could be imposed if the Crown proceeded by way of indictment.

[65] This case illustrates why it would be incongruous to view the worst part of Mr. McMynn's ordeal (his eight days in captivity) as a separate and less serious offence than the ordeal he underwent in the few moments it took for his captors to apprehend and remove him from his usual surroundings.

[66] Parliament intended no such thing. Under s. 279(1) of the *Code*, the offence of kidnapping was complete in law as soon as Mr. McMynn's abductors had forcibly apprehended and taken him away — assuming that in doing so it was their intention to keep him confined against his will.

[67] But, as I have mentioned before, just because the offence was complete in law at the moment of the taking does not mean that it was also complete in fact. Mr. McMynn's unlawful confinement following the taking continued for the next eight days. The kidnapping came to an end when he was set free by the police. Put differently, Mr. McMynn's status as a victim of a kidnapping did not change during his eight days of captivity.

[63] Si on applique ce principe dans notre contexte — étant entendu que le crime d'enlèvement se poursuit tant que la victime n'est pas libérée — la personne qui décide de participer à la séquestration de la victime, après avoir appris que celle-ci a été enlevée, peut être tenue responsable de l'infraction d'enlèvement en application du par. 21(1).

IX. Application

[64] Suivant le raisonnement de l'appelant, lorsque les ravisseurs se sont emparés de M. McMynn et l'ont emmené, l'infraction d'enlèvement était consommée et les ravisseurs étaient passibles de l'emprisonnement à perpétuité. Toujours selon lui, l'épreuve des huit jours de captivité que la victime a ensuite traversée, par contre, n'entraînait pas dans l'accusation d'enlèvement; elle relevait plutôt de l'infraction moindre de séquestration, punissable d'une peine maximale de 10 ans d'emprisonnement, si le ministère public optait pour la mise en accusation.

[65] Cette affaire montre bien pourquoi il serait incongru de considérer le pire aspect de l'épreuve vécue par M. McMynn (ses huit jours de captivité) comme la conséquence d'une infraction d'une part séparée de celle ayant entraîné les brefs moments où ses ravisseurs se sont emparés de lui et l'ont coupé de son milieu habituel et, d'autre part, moins grave qu'elle.

[66] Le législateur n'a jamais eu une telle intention. Suivant le par. 279(1) du *Code*, l'infraction était perpétrée dès lors que les ravisseurs de M. McMynn s'étaient saisis de lui et l'avaient emmené — dans la mesure où, ce faisant, ils avaient l'intention de le séquestrer contre son gré.

[67] Cependant, je le répète, ce n'est pas parce que l'infraction était complète juridiquement au moment du rapt qu'elle l'était factuellement. La séquestration de M. McMynn, après le rapt initial, s'est poursuivie pendant les huit jours suivants. L'enlèvement a pris fin lorsque la police l'a libéré. Autrement dit, l'état de victime d'enlèvement de M. McMynn n'a pas changé pendant les huit jours de captivité.

[68] I agree with Finch C.J.B.C. that for purposes of s. 21(1), the appellant's participation in the confinement of Mr. McMynn satisfied the *actus reus* component of the offence of kidnapping (para. 65). In this case, accepting that the appellant was initially unaware of and took no part in the taking and carrying away of Mr. McMynn, he became aware of it while Mr. McMynn remained confined against his will and chose thereafter to take part in the kidnapping enterprise.

[69] The evidence in this regard, as found by the trial judge, is overwhelming. First, the appellant was present in all three houses in which Mr. McMynn was held captive. Second, the appellant was one of Mr. McMynn's captors and was aware that Mr. McMynn was being held with a view to obtaining a ransom. Indeed, the trial judge was satisfied that the appellant and one of his co-accused had threatened to kill Mr. McMynn if the ransom was not paid. Third, the appellant had purchased duct tape and a tarp four days before the police rescued Mr. McMynn. Fourth, the appellant was arrested in the third confinement house when the police eventually freed Mr. McMynn. Finally, while the trial judge was not satisfied that the appellant had physically moved Mr. McMynn from house to house during the period of confinement, he did find that the appellant had full knowledge of those movements.

[70] Given the trial judge's findings, I agree with Finch C.J.B.C. that the appellant "would have had to be wilfully blind not to know that [Mr.] McMynn had been taken and was being held against his will in all three houses" (para. 67). The trial judge's findings in that regard can give rise to no other rational conclusion. The requisite *mens rea* element under s. 21(1) was met.

[71] The trial judge nevertheless acquitted the appellant of kidnapping because he considered movement to be an essential element of kidnapping and was not satisfied that the appellant had physically participated in moving Mr. McMynn from house to house to justify a guilty verdict for

[68] Comme le juge en chef Finch, je pense que pour l'application du par. 21(1), la participation de l'appellant à la séquestration de M. McMynn satisfait à l'*actus reus* de l'infraction d'enlèvement (par. 65). En supposant que l'appellant n'ait pris aucune part au rapt et au déplacement initiaux de M. McMynn et qu'il en ait été ignorant, il en a appris l'existence lorsque M. McMynn est demeuré séquestré contre son gré, et il a néanmoins décidé de participer à l'entreprise d'enlèvement.

[69] Comme l'a conclu le juge du procès, la preuve à cet égard est accablante. Premièrement, l'appellant s'est trouvé dans les trois maisons où M. McMynn a été séquestré. Deuxièmement, l'appellant était l'un des gardiens, et il savait que M. McMynn était détenu en vue d'obtenir une rançon. Le juge du procès s'est d'ailleurs dit convaincu que l'appellant et l'un des coaccusés avaient menacé de tuer le captif si la rançon n'était pas versée. Troisièmement, l'appellant avait acheté du ruban adhésif et une bâche quatre jours avant que la police ne libère M. McMynn. Quatrièmement, l'appellant a été arrêté au troisième lieu de captivité lorsque la police a délivré M. McMynn. Enfin, bien que le juge ne fût pas convaincu que l'appellant a déplacé M. McMynn de maison en maison pendant la séquestration, il a conclu que l'appellant était parfaitement au courant de ces déplacements.

[70] Compte tenu des conclusions du juge du procès, je partage l'avis du juge en chef Finch [TRADUCTION] « qu'il fallait que [l'appellant] ait fait preuve d'aveuglement volontaire pour ignorer que [M.] McMynn avait été enlevé puis détenu contre son gré dans chacune des trois maisons » (par. 67). Les constatations du juge du procès à cet égard ne permettent de tirer aucune autre conclusion rationnelle. Il était satisfait à l'exigence du par. 21(1) quant à l'élément intentionnel.

[71] Le juge du procès a néanmoins acquitté l'appellant de l'accusation d'enlèvement parce qu'il considérait le déplacement comme un élément essentiel de l'infraction et que, n'étant pas convaincu que l'appellant avait physiquement participé au déplacement de M. McMynn de maison

kidnapping (paras. 3, 345 and 375). With respect, I cannot agree. Movement, of course, is what distinguishes kidnapping from unlawful confinement and makes kidnapping an aggravated form of unlawful confinement. But kidnapping, as discussed above, is a continuing offence. It began when Mr. McMynn was abducted by force from his car and ended when he was freed. Mr. McMynn was not kidnapped and confined at house 1, then kidnapped again upon being moved to house 2 and then kidnapped a third time upon being moved to house 3. To treat what occurred here as three separate kidnappings and three separate cases of unlawful confinement is, in my respectful view, illogical and further underscores why kidnapping should be treated as a continuing offence.

[72] In short, the appellant joined the kidnapping enterprise while the confinement of the victim was still underway. He did so with the intent to aid the kidnappers and with the knowledge that Mr. McMynn was a victim of kidnapping — or, at a minimum, he was wilfully blind to that fact. The appellant took steps, of his own free will, to assist the kidnappers and further their objectives. By doing so, he made himself a party to the offence of kidnapping under s. 21(1) of the *Code*.

[73] For those reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Howard Rubin, Q.C., North Vancouver; Chandra L. Corriveau, Burnaby.

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

en maison, il estimait qu'un verdict de culpabilité n'était pas justifié (par. 3, 345 et 375). Je ne puis souscrire à ce raisonnement. C'est, bien sûr, le déplacement qui distingue l'enlèvement de la séquestration et qui fait de l'enlèvement une forme aggravée de séquestration. Comme on l'a vu, toutefois, l'enlèvement est une infraction continue. Il a commencé lorsqu'on a fait sortir M. McMynn de force de sa voiture et a pris fin lorsque ce dernier a été délivré. M. McMynn n'a pas été enlevé et séquestré dans la première maison, puis enlevé une deuxième et une troisième fois lorsqu'il a été emmené dans la deuxième et la troisième maison. J'estime respectueusement qu'il est illogique de voir trois cas distincts d'enlèvement et trois cas distincts de séquestration dans ce qui s'est passé, et que cela met encore plus en évidence la nécessité de considérer l'enlèvement comme une infraction continue.

[72] En résumé, l'appelant s'est associé à l'entreprise d'enlèvement pendant que la séquestration de la victime se poursuivait. Il l'a fait dans l'intention d'aider les ravisseurs, en sachant que M. McMynn avait été enlevé ou, à tout le moins, en s'aveuglant volontairement à cet égard. De son propre gré, il a posé des gestes pour aider les ravisseurs et favoriser l'atteinte de leurs objectifs. En agissant ainsi, il a participé à l'infraction d'enlèvement au sens du par. 21(1) du *Code*.

[73] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Howard Rubin, c.r., North Vancouver; Chandra L. Corriveau, Burnaby.

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

Adrian John Walle *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Criminal Lawyers' Association of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. WALLE

2012 SCC 41

File No.: 34080.

2012: April 13; 2012: July 27.

Present: McLachlin C.J. and Deschamps, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Murder — Elements of offence — Mens rea — Accused convicted of second degree murder after shooting victim in chest at close range — Whether trial judge erred in resorting to common sense inference that person usually knows predictable consequences of actions and means to bring them about without first considering whole of evidence bearing on accused's mental state at time of shooting.

Criminal law — Evidence — Admissibility — New evidence — Accused seeking to admit psychiatric evidence on appeal — Whether evidence could have been adduced at trial with due diligence — Whether evidence could reasonably be expected to have affected result at trial.

W shot S in the chest at close range with a .22-calibre rifle and killed him. He was charged with and convicted of second degree murder. The outcome of the trial turned on W's intent at the time of the shooting. The trial judge, sitting alone, rejected as not credible W's theory that his act of pulling the trigger was involuntary and that the discharge of the gun had therefore

Adrian John Walle *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Criminal Lawyers' Association of Ontario *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : R. c. WALLE

2012 CSC 41

N° du greffe : 34080.

2012 : 13 avril; 2012 : 27 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

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

Droit criminel — Meurtre — Éléments de l'infraction — Mens rea — Accusé reconnu coupable de meurtre au deuxième degré après avoir tué la victime d'un coup de feu tiré à courte distance dans la poitrine — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en appliquant la déduction conforme au bon sens selon laquelle une personne connaît généralement les conséquences prévisibles de ses actes et pose ces actes afin d'entraîner ces conséquences, sans avoir au préalable examiné l'ensemble de la preuve relative à l'état mental de l'accusé au moment du coup de feu?

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Nouvelle preuve — Demande de l'accusé en vue de faire admettre une preuve d'ordre psychiatrique en appel — La preuve aurait-elle pu être produite au procès si on avait fait montre de diligence raisonnable? — Peut-on raisonnablement penser que la preuve aurait influé sur le résultat du procès?

W a tué S d'un coup de feu tiré à courte distance dans la poitrine avec une carabine de calibre .22. Il a été accusé et reconnu coupable de meurtre au deuxième degré. L'issue du procès dépendait de l'intention de W au moment où il a fait feu. Le juge du procès, siégeant seul, a rejeté — au motif qu'elle n'était pas crédible — la thèse de W selon laquelle il avait pressé la détente

been unintentional. He considered the salient features of the evidence that could have impacted W's awareness of the consequences of his actions, but was left in no doubt that W was fully aware of the fatal consequences that were likely to follow when he pulled the trigger. He then reverted to the "common sense inference" that a sane and sober person intends the reasonable and probable consequences of his acts, and found that W had the requisite intent for second degree murder.

On appeal, W claimed that in assessing whether he was aware of the consequences of shooting S — and thus possessed one or the other of the specific intents for murder —, the trial judge failed to consider evidence bearing on W's mental state on the night of the shooting, such as his developmental delays and alcohol consumption. The Court of Appeal dismissed the appeal. It found that no evidence had been led at trial as to W's mental state that could call into question whether he was able to or did in fact foresee the consequences of his actions when he pulled the trigger.

Held: The appeal and the motion to adduce fresh evidence should be dismissed.

A failure of a judge to consider all the evidence relating to an ultimate issue of guilt or innocence constitutes an error of law. However, there is no obligation in law on a trial judge to record all or any specific part of the process of deliberation on the facts. Unless the reasons demonstrate that a consideration of all the evidence in relation to the ultimate issue was not done, the failure to record the fact of it having been done is not a proper basis for concluding that there was an error of law in this respect.

Here, the trial judge did not fail to consider all the relevant evidence. To determine whether the Crown had met its onus of proving that W possessed one or the other requisite intents for murder, the trial judge considered that the rifle was working normally; it had a safety mechanism; it required over six pounds of pressure to fire; W was familiar with the rifle and had previously used it; he knew the gun would fire when he pulled the trigger; he knew the safety was off; he was pointing the gun at S's chest; he fired from a distance of only five feet; he knew the gun was loaded; he had been drinking but it was clear from the evidence as a whole

de façon involontaire et que le coup de feu n'avait donc pas été intentionnel. Il a pris en compte les éléments de preuve importants qui auraient pu avoir une incidence sur la question de savoir si W était conscient des conséquences de ses actes, mais il a conclu qu'il ne faisait aucun doute que ce dernier était parfaitement conscient des conséquences meurtrières qu'entraînerait probablement le fait de presser sur la détente. Le juge a alors appliqué la « déduction conforme au bon sens » selon laquelle une personne saine et sobre veut les conséquences naturelles et probables de ses actes, et il a conclu que W avait eu l'intention requise pour commettre un meurtre au deuxième degré.

En appel, W a prétendu que, pour déterminer s'il était conscient des conséquences du coup de feu tiré en direction de S — et donc s'il avait l'une ou l'autre des intentions spécifiques applicables à l'égard de l'infraction de meurtre —, le juge du procès a omis d'examiner la preuve portant sur son état mental le soir où le coup de feu a été tiré, notamment ses retards développementaux et sa consommation d'alcool. La Cour d'appel a rejeté l'appel. Elle a conclu qu'il n'avait été présenté au procès aucune preuve concernant l'état mental de W susceptible de soulever la question de savoir si, lorsqu'il a pressé la détente, ce dernier était capable de prévoir les conséquences de ses actes ou s'il les avait effectivement prévues.

Arrêt : Le pourvoi et la requête sollicitant l'autorisation de produire une preuve nouvelle sont rejetés.

L'omission d'examiner tous les éléments de preuve qui se rapportent à la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence constitue une erreur de droit. Le juge du procès n'est toutefois pas tenu en droit de consigner la totalité ou une partie particulière du déroulement des délibérations sur les faits. À moins que les motifs démontrent que le juge n'a pas examiné tous les éléments de preuve qui se rapportent à la question ultime, l'omission de consigner que cet examen a été fait ne permet pas de conclure qu'une erreur de droit a été commise à cet égard.

En l'espèce, le juge n'a pas omis de considérer tous les éléments de preuve pertinents. Pour déterminer si le ministère public s'était acquitté de son fardeau de prouver que W avait l'une ou l'autre des intentions requises pour commettre un meurtre, le juge du procès a pris en compte les éléments suivants : la carabine fonctionnait normalement; elle était dotée d'un dispositif de sécurité; une pression de plus de six livres était nécessaire pour tirer un coup de feu; W savait comment se servir de la carabine et l'avait déjà utilisée; il savait que l'arme ferait feu lorsqu'il a pressé la détente; il savait que le dispositif de sécurité n'était pas activé; il pointait l'arme en

that he was not impaired. The judge then applied the “common sense inference” and was satisfied beyond a reasonable doubt that when W deliberately pulled the trigger, in the circumstances, he knew that the reasonable and probable consequence was that he would kill S or would cause him grievous bodily harm which he knew would likely cause his death, and was reckless as to whether or not death ensued. At trial, there was no evidence, forensic or otherwise, that could realistically have impacted on the issue of W’s mental state at the time of the shooting. In particular, no evidence was directed at whether in shooting the deceased in the chest at close range, W was aware of — and thus can be said to have intended — the consequences that were likely to follow from his action. Furthermore, W did not suggest that his mental state prevented him from knowing the likely consequences of his acts — nor could he, realistically. The evidence pointed overwhelmingly in the opposite direction. Moments before the shooting, W made it clear to his pursuers that he was aware that the weapon he was holding was lethal. Shortly after, he talked about killing himself with that very weapon. None of the evidence W points to on appeal — his developmental delays, his hospitalization under a mental health warrant, his “blank” affect prior to the shooting, his hand gestures and demeanour while testifying, and the fact that he was waving the rifle around before it was discharged — could have assisted him at trial. While it might have been preferable had the trial judge referred specifically to those items of evidence, he was not obliged to do so. He made no error.

The fresh evidence consisting of a report prepared by a forensic psychiatrist for the sentencing hearing and subsequent testimony, which states that W suffers from Asperger’s disorder, paranoid personality disorder, intermittent explosive disorder, adult antisocial disorder and alcohol abuse disorder, does not meet the test for admission set out in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759. Apart from the diagnosis of Asperger’s disorder, there is little evidence in the report that could not have been adduced at the trial. W had long been suspected of suffering from Asperger’s disorder, and medical professionals had noted his social difficulties, aggressiveness, fascination with guns and problems with alcohol for a very long time. A comprehensive report that mirrors the evidence W now seeks to tender

direction de la poitrine de S; il a tiré d’une distance de cinq pieds seulement; il savait que l’arme était chargée; il avait bu, mais il ressortait clairement de la preuve que ses facultés n’étaient pas affaiblies. Le juge du procès a alors appliqué la « déduction conforme au bon sens » et a dit être convaincu hors de tout doute raisonnable que, lorsque W a délibérément pressé la détente, dans les circonstances, il savait que la conséquence raisonnable et probable de son geste était que celui-ci causerait la mort de S ou lui causerait de graves lésions corporelles qu’il savait être de nature à causer la mort, et il lui était indifférent que la mort s’ensuive ou non. Au procès, il n’a été présenté aucune preuve — médico-légale ou autre — qui aurait pu réalistement avoir une incidence sur la question de l’état mental de W lorsque le coup de feu a été tiré. Plus précisément, aucune preuve ne portait sur la question de savoir si, en tirant à courte distance une balle dans la poitrine de la victime, W était conscient des conséquences qu’entraînerait probablement son geste et, de ce fait, peut être considéré comme ayant voulu ces conséquences. En outre, W n’a pas plaidé que son état mental l’empêchait d’être conscient des conséquences de ses actes — et réalistement il ne pouvait le faire. La preuve tendait irrésistiblement à démontrer le contraire. Quelques instants avant le meurtre, W a clairement indiqué à ses poursuivants qu’il savait que l’arme qu’il tenait était meurtrière. Peu après le meurtre, il a parlé de son désir de se tuer avec cette même arme. Aucun des éléments de preuve que soulève W en appel — que ce soit ses retards développementaux, son hospitalisation aux termes d’un mandat pour des services de santé mentale, le regard « absent » qu’il affichait peu avant le coup de feu, son comportement et la façon dont il gesticulait avec les mains à la barre des témoins ou le fait qu’il avait brandi la carabine en tous sens avant que le coup soit tiré — n’aurait pu l’aider au procès. Peut-être aurait-il été préférable que le juge du procès mentionne expressément ces éléments de preuve, mais il n’était pas obligé de le faire. Il n’a commis aucune erreur.

La nouvelle preuve — à savoir un rapport présentiel d’un psychiatre légiste, ainsi que le témoignage subséquent de ce dernier, selon lequel W était atteint du syndrome d’Asperger, d’un trouble de la personnalité paranoïaque, d’un trouble explosif intermittent, d’un trouble du comportement antisocial de l’adulte et qu’il avait un problème d’abus d’alcool — ne satisfait pas aux critères d’admissibilité établis dans *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759. Mis à part le diagnostic du syndrome d’Asperger, le rapport contient bien peu d’éléments de preuve qui n’auraient pas pu être présentés au procès. On soupçonnait depuis longtemps que W souffrait du syndrome d’Asperger, et des professionnels de la santé avaient depuis longtemps remarqué les difficultés qu’il éprouvait sur le plan social, son agressivité, sa

had been prepared for sentencing purposes on W's first trial, yet W made no effort to introduce it at the trial proper. In any event, the evidence, taken together with the other evidence adduced at trial, could not reasonably be expected to have affected the result. It does not suggest that W, by virtue of his diagnosed disorders, may not have been aware of the consequences that were likely to follow upon shooting someone in the chest at close range. Nor does it provide additional information that may have shed light on the unintentional discharge theory advanced at trial.

In jury trials where impairment by intoxication or otherwise might have contributed to the accused's actions, the common sense inference instruction need not be tied to a rigid formula. While trial judges may choose to refer to the "sane and sober" person, a simple instruction along the lines that a person usually knows what the predictable consequences of his or her actions are, and means to bring them about, would suffice. What is critical is that the jury be made to understand, in clear terms, that in assessing the specific intent required for murder, it should consider the whole of the evidence that could realistically bear on the accused's mental state at the time of the alleged offence.

Cases Cited

Applied: *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286; *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; **considered:** *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523; **referred to:** *R. v. Seymour*, [1996] 2 S.C.R. 252.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 229(a).

Authors Cited

Canadian Judicial Council. *Model Jury Instructions – Homicide*, Offence Instructions, 229.a, 2012 (online: http://www.cjc-ccm.gc.ca/english/lawyers_en.asp?selMenu=lawyers_modeljuryinstruction_en.asp).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (O'Brien, Bielby and Sulatycky JJ.A.),

fascination pour les armes à feu et ses problèmes reliés à l'alcoolisme. Un rapport exhaustif identique à la preuve dont W sollicite maintenant la production avait été préparé en vue de l'audience relative à la détermination de la peine lors de son premier procès, mais W n'a pas tenté de présenter cette preuve lors du procès lui-même. Quoi qu'il en soit, on ne peut raisonnablement penser que, conjuguée aux autres éléments de preuve soumis lors du procès, la preuve proposée aurait pu influencer sur le résultat. Elle ne tend pas à indiquer que, en raison des troubles diagnostiqués, W aurait pu ne pas être conscient des conséquences qu'entraînerait probablement le fait de faire feu à courte distance en direction de la poitrine de quelqu'un. Elle ne fournit pas non plus de renseignements additionnels de nature à expliquer la thèse du coup de feu non intentionnel présentée au procès.

Dans les procès devant jury où l'affaiblissement des facultés — par intoxication ou autrement — pourrait avoir contribué aux actes de l'accusé, il n'est pas nécessaire que l'exposé portant sur la déduction conforme au bon sens prenne la forme d'un énoncé rigide. Bien qu'il soit loisible au juge du procès de faire mention de la personne « saine et sobre », une simple directive indiquant qu'une personne connaît généralement les conséquences prévisibles de ses actes et pose ces actes afin d'entraîner ces conséquences suffirait. Ce qui est primordial, c'est de bien faire comprendre au jury que, pour examiner la question de l'intention spécifique requise pour commettre un meurtre, il doit considérer l'ensemble des éléments de preuve qui ont pu, de façon réaliste, avoir une incidence sur l'état mental de l'accusé au moment de l'infraction reprochée.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286; *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; **arrêt examiné :** *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; **arrêt mentionné :** *R. c. Seymour*, [1996] 2 R.C.S. 252.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 229a).

Doctrine et autres documents cités

Conseil canadien de la magistrature. *Modèles de directives au jury – L'homicide*, Directives relatives aux infractions, 229.a, 2012 (en ligne: http://www.cjc-ccm.gc.ca/french/lawyers_fr.asp?selMenu=lawyers_modeljuryinstruction_fr.asp).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges O'Brien, Bielby et Sulatycky),

2010 ABCA 384, 493 A.R. 306, 502 W.A.C. 306, 265 C.C.C. (3d) 27, [2010] A.J. No. 1427 (QL), 2010 CarswellAlta 2408, affirming the conviction for second degree murder entered by Hart J., [2008] A.J. No. 1602 (QL), 2008 CarswellAlta 2333. Appeal dismissed.

Karen B. Molle and Jennifer Ruttan, for the appellant.

Jolaine Antonio and Kyra M. Kondro, for the respondent.

Michael W. Lacy and Bradley Greenshields, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] The appellant, Adrian John Walle, shot and killed Jeffrey Shuckburgh on the evening of January 7, 2004. He was arrested shortly after the event and charged with second degree murder. He was tried and convicted of manslaughter in 2005, a conviction which was overturned on a Crown appeal in 2007. On April 4, 2008, following his retrial before Hart J. of the Court of Queen's Bench of Alberta, sitting alone, the appellant was found guilty of second degree murder (2008 CarswellAlta 2333). His appeal from conviction to the Court of Appeal of Alberta was dismissed on December 13, 2010 (2010 ABCA 384, 493 A.R. 306).

[2] The appellant now appeals to this Court, with leave. He seeks to have his conviction set aside and a new trial ordered.

[3] Central to this appeal is the appellant's mental state at the time of the offence and, in particular, whether he had the requisite intent for murder when he shot and killed the deceased. That intent consists

2010 ABCA 384, 493 A.R. 306, 502 W.A.C. 306, 265 C.C.C. (3d) 27, [2010] A.J. No. 1427 (QL), 2010 CarswellAlta 2408, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré inscrite par le juge Hart, [2008] A.J. No. 1602 (QL), 2008 CarswellAlta 2333. Pourvoi rejeté.

Karen B. Molle et Jennifer Ruttan, pour l'appellant.

Jolaine Antonio et Kyra M. Kondro, pour l'intimée.

Michael W. Lacy et Bradley Greenshields, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] L'appellant, Adrian John Walle, a abattu d'un coup de feu Jeffrey Shuckburgh le soir du 7 janvier 2004. Il a été arrêté peu après le crime et accusé de meurtre au deuxième degré. En 2005, il a été jugé et déclaré coupable d'homicide involontaire coupable, déclaration de culpabilité qui a été annulée en 2007 par suite d'un appel de la Couronne. Le 4 avril 2008, au terme d'un nouveau procès, tenu sans jury devant le juge Hart de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, l'appellant a été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré (2008 CarswellAlta 2333). Son appel à la Cour d'appel de l'Alberta à l'encontre de sa déclaration de culpabilité a été rejeté le 13 décembre 2010 (2010 ABCA 384, 493 A.R. 306).

[2] L'appellant se pourvoit maintenant devant notre Cour, sur autorisation. Il nous demande de casser la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[3] La question de l'état mental de l'appellant au moment de l'infraction est au cœur du présent pourvoi, plus particulièrement, celle de savoir s'il avait l'intention requise pour commettre un meurtre

of an intent to kill or an intent to cause bodily harm that the offender knows is likely to cause death and is reckless as to whether or not death ensues: s. 229(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Fundamentally, the appellant maintains that the trial judge erred in applying the “common sense inference” — that a sane and sober person intends the natural and probable consequences of his or her actions — to find that he had the requisite intent for murder, without first having considered the whole of the evidence bearing on his mental state at the time of the shooting. According to the appellant, had the trial judge considered his developmental delays, in conjunction with his alcohol consumption on the evening in question, he may have entertained a reasonable doubt about the appellant’s intent when he fired the fatal shot.

[4] As a fallback position, the appellant seeks to introduce fresh evidence on the appeal consisting of a report and testimony from a forensic psychiatrist prepared for the sentencing hearing. According to the appellant, the evidence bears directly on his mental state at the time of the shooting and it could have affected the result of the trial. He submits that it should be admitted in the interests of justice.

[5] For the reasons that follow, I would not give effect to the sole ground of appeal raised by the appellant. Nor would I admit the proposed fresh evidence. Accordingly, I would dismiss both the motion to adduce fresh evidence and the appeal.

II. Background Facts

A. *Evidence at Trial*

[6] A detailed review of the evidence is required because, in my view, this appeal is largely fact-driven.

[7] The facts giving rise to the murder charge against the appellant are straightforward and, for the most part, uncontested.

lorsqu’il a fait feu et tué la victime. L’intention requise est celle de causer la mort ou de causer des lésions corporelles que l’accusé savait être de nature à causer la mort, et qu’il lui était indifférent que la mort s’ensuive ou non : al. 229a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Essentiellement, l’appelant soutient que le juge du procès a commis une erreur en appliquant la « déduction conforme au bon sens » — selon laquelle une personne saine et sobre veut les conséquences naturelles et probables de ses actes — pour conclure que l’appelant avait l’intention requise pour commettre un meurtre, sans avoir d’abord pris en compte l’ensemble de la preuve relative à son état mental au moment où il a fait feu. Selon l’appelant, si le juge du procès avait tenu compte de ses retards développementaux, conjugués à sa consommation d’alcool le soir en question, il aurait pu avoir un doute raisonnable quant aux intentions de l’accusé lorsqu’il a tiré le coup fatal.

[4] Subsidiairement, l’appelant cherche à présenter de nouveaux éléments de preuve en appel, à savoir un rapport d’un psychiatre légiste préparé en vue de l’audience relative à la détermination de la peine ainsi que sa déposition à l’audience. De l’avis de l’appelant, ces éléments de preuve ont directement trait à son état mental au moment du coup de feu et ils auraient pu avoir une incidence sur l’issue du procès. Il soutient que ces éléments de preuve devraient être admis dans l’intérêt de la justice.

[5] Pour les motifs exposés ci-après, je suis d’avis de ne pas retenir l’unique moyen d’appel invoqué par l’appelant. Je n’accepterais pas non plus les nouveaux éléments de preuve. Je rejetterais donc la requête pour production d’une preuve nouvelle, ainsi que le pourvoi.

II. Contexte

A. *La preuve présentée au procès*

[6] Une revue détaillée de la preuve est nécessaire, étant donné que le pourvoi est, selon moi, largement tributaire du contexte factuel.

[7] Les faits à l’origine de l’accusation de meurtre portée contre l’appelant sont simples et, pour la plupart, non contestés.

[8] On January 7, 2004, the appellant, then age 20, shot and killed Jeffrey Shuckburgh, the owner of a local bar in the City of Calgary. The murder weapon was a .22-calibre rifle that the appellant had stolen from his uncle's farm a few weeks earlier. At the time of the shooting, the appellant was cradling the barrel of the rifle in his left hand and had his right index finger poised to squeeze the trigger. According to eyewitnesses, just before the gun went off, Mr. Shuckburgh was about five feet from the appellant, and the appellant was pointing the gun at Mr. Shuckburgh's chest. A single shot was fired. It pierced Mr. Shuckburgh's heart.

[9] In the several weeks leading up to the shooting, the appellant had been living at the home of a friend, Michael Stewart, and Michael's mother, Adina Stewart. Before moving in with the Stewarts, the appellant had been hospitalized for a few days in December 2003 under a mental health warrant. In her testimony, Ms. Stewart described the appellant as having "developmental disabilities". He was "a little awkward socially" and had "a difficult time obtaining and keeping jobs" (A.R., at p. 107).

[10] As indicated, the murder weapon turned out to be a rifle the appellant had recently stolen from his uncle's farm. To avoid detection, the appellant had modified the rifle by cutting off its wooden stock. He and his friend Michael Stewart fired the gun on a few occasions before the shooting incident. The appellant concealed the weapon under his coat whenever he carried it in and out of the Stewart residence.

[11] On the evening of the murder, the appellant and Michael Stewart consumed some beer at home and then headed to a nearby field to shoot the gun. Instead of going to the field, they decided to go to a local bar. The appellant concealed the rifle under his coat so that he could take it inside.

[12] While at the bar, the appellant consumed more beer. He would later testify that his level of

[8] Le 7 janvier 2004, l'appelant — qui était alors âgé de 20 ans — a abattu d'un coup de feu Jeffrey Shuckburgh, le propriétaire d'un bar à Calgary. L'arme du crime était une carabine de calibre .22, que l'appelant avait volée à la ferme de son oncle quelques semaines auparavant. Au moment du meurtre, l'appelant serrait le canon de la carabine dans sa main gauche et son index droit était prêt à appuyer sur la détente. Selon des témoins oculaires, juste avant que le coup parte, M. Shuckburgh se trouvait à environ cinq pieds de l'appelant, qui pointait l'arme en direction de la poitrine de M. Shuckburgh. Un seul coup de feu a été tiré. La balle a transpercé le cœur de M. Shuckburgh.

[9] Au cours des semaines qui ont précédé le meurtre, l'appelant habitait chez un ami, Michael Stewart, et la mère de celui-ci, Adina Stewart. Avant d'emménager chez les Stewart, l'appelant avait été hospitalisé quelques jours au mois de décembre 2003 aux termes d'un mandat pour des services de santé mentale. Dans son témoignage, M^{me} Stewart a indiqué que l'appelant avait des [TRADUCTION] « déficiences développementales », qu'il était « un peu maladroit socialement » et qu'il avait « de la difficulté à obtenir et conserver des emplois » (d.a., p. 107).

[10] Nous avons vu que l'arme du crime était une carabine que l'appelant avait récemment volée à la ferme de son oncle. Pour dissimuler l'arme, l'appelant l'avait modifiée en coupant la crosse de bois. Avant le meurtre, lui et son ami Michael Stewart ont utilisé l'arme à quelques occasions. Lorsqu'il portait l'arme en sortant de la résidence des Stewart ou en y entrant, l'appelant la cachait sous son manteau.

[11] Le soir du meurtre, l'appelant et Michael Stewart ont consommé de la bière à la maison et ils se sont ensuite dirigés vers un champ voisin pour y tirer avec l'arme. Toutefois, au lieu d'aller dans le champ en question, ils ont décidé de se rendre dans un bar des environs. L'appelant a caché la carabine sous son manteau, de façon à pouvoir l'apporter à l'intérieur.

[12] Au bar, l'appelant a consommé d'autres bières. Il a plus tard témoigné que son degré de

sobriety changed from “tipsy” to “more so, more drunk or intoxicated” over the course of the evening (A.R., at pp. 148 and 150).

[13] A bartender noticed that the appellant was hiding something under his coat and confronted him. The appellant denied the allegation but then said that he was concealing a “pellet gun” (A.R., at p. 153). The appellant was told to leave the gun outside and he agreed to do so. Upon his return, the appellant walked up to the bar and opened his coat to show that the gun was no longer there.

[14] The appellant was asked to leave the bar a second time because the staff believed he was disturbing some female patrons. The appellant protested but left without incident. He retrieved his rifle and went to a local convenience store where he purchased and ate a hamburger.

[15] Minutes later, he went back to the bar, allegedly in search of Michael Stewart. This time, when he entered the bar, his demeanour was different. He was pacing back and forth. One witness said he seemed nervous. Another testified he appeared “stunned” and had a “blank” look on his face (A.R., at p. 84). The appellant readily admitted at trial that he was “nervous” when he returned to the bar for the third time (A.R., at p. 158): he knew that he was carrying the gun despite having been told that he was not allowed to have it in the bar.

[16] A bartender noticed the appellant and escorted him out of the bar when he refused to leave. Mr. Shuckburgh and another employee assisted with the removal. In the process, the gun fell from the appellant’s coat as he crossed the doorway. The appellant grabbed the gun with both hands. Cradling the barrel in his left hand and placing his right hand around the trigger at waist level, he pointed the rifle at Mr. Shuckburgh and the two employees. He slowly started backing down a ramp towards the street, while the bar personnel kept advancing toward him, telling him to “get out of here” (A.R., at p. 40). The appellant later testified

sobriété avait changé à mesure que la soirée avançait, qu’il s’était d’abord senti [TRADUCTION] « éméché », puis « plus éméché, plus soûl ou intoxiqué » (d.a., p. 148 et 150).

[13] Un barman a remarqué que l’appelant cachait quelque chose sous son manteau et l’a interrogé à ce sujet. L’appelant a d’abord nié cacher quelque chose, puis il a dit qu’il cachait un [TRADUCTION] « fusil à plomb » (d.a., p. 153). On lui a demandé de laisser sa carabine à l’extérieur, ce qu’il a accepté de faire. À son retour, il s’est avancé jusqu’au bar et a ouvert son manteau pour montrer que l’arme ne s’y trouvait plus.

[14] On a demandé une seconde fois à l’appelant de quitter le bar, parce que les employés estimaient qu’il dérangeait certaines clientes. L’appelant a protesté, mais il a quitté sans incident. Il a récupéré sa carabine et s’est rendu dans un dépanneur des environs, où il a acheté et mangé un hamburger.

[15] Quelques minutes plus tard, il est retourné au bar, prétendument à la recherche de Michael Stewart. Cette fois, lorsqu’il est entré dans le bar, son comportement était différent. Il faisait les cent pas. Un témoin a dit qu’il semblait nerveux. Un autre a indiqué qu’il semblait [TRADUCTION] « hébété » et qu’il avait le regard « absent » (d.a., p. 84). L’appelant a d’emblée admis au procès qu’il était « nerveux » lorsqu’il est retourné au bar pour la troisième fois (d.a., p. 158) : il savait qu’il avait l’arme en sa possession même si on lui avait dit qu’il n’était pas autorisé à l’apporter à l’intérieur du bar.

[16] Un barman a remarqué l’appelant et l’a escorté hors du bar après qu’il eût refusé de quitter les lieux. M. Shuckburgh et un autre employé ont aidé le barman à faire sortir l’appelant et l’arme est tombée de son manteau au moment où ce dernier passait la porte. L’appelant l’a prise à deux mains. Serrant le canon dans sa main gauche et plaçant sa main droite autour de la détente au niveau de sa taille, il a pointé l’arme en direction de M. Shuckburgh et des deux employés. Lentement, il a reculé sur une rampe en direction de la rue, pendant que les employés du bar continuaient de s’avancer vers lui en lui disant [TRADUCTION]

that he was not planning to use the rifle: he just wanted to scare the three men who were after him. He said he was getting increasingly “nervous” and “more scared” and worried that Mr. Shuckburgh might find out where he lived and hurt him (A.R., at p. 168).

[17] According to the two employees who were with Mr. Shuckburgh, the confrontation seemed over when the appellant suddenly started advancing back up the ramp towards them. At one point, the appellant rested his rifle on the top of a wall, sniper-style, turned it at one of the employees and said “stern[ly]”: “This isn’t just a BB gun” (A.R., at p. 40). The appellant later testified that he did so in order to scare the bar staff.

[18] As the appellant eventually started moving back towards the bottom of the ramp, Mr. Shuckburgh continued to walk towards him. By this time, the two other bar employees had fallen back, leaving Mr. Shuckburgh in front facing the appellant. One of the two employees testified that the appellant would not step back unless Mr. Shuckburgh took a step forward.

[19] The appellant testified that as he moved off the ramp onto a sidewalk, Mr. Shuckburgh began to walk faster towards him. In turn, the appellant stepped back faster. The next thing he knew, the gun “went up . . . and it went off” (A.R., at p. 177). When asked at trial if he intended for the gun to come up, the appellant replied: “I don’t know. I don’t think so.” Asked to explain what happened, he said: “I don’t know . . . stupid thing went off” (A.R., at p. 178). The appellant testified that his finger pulled the trigger, but that he did not mean for the gun to go off and did not want to shoot anyone.

[20] Mr. Shuckburgh was about five feet away from the appellant when the gun went off. The

« va-t-en d’ici » (d.a., p. 40). L’appelant a plus tard déclaré dans son témoignage qu’il n’avait pas prémédité l’utilisation de la carabine. Il voulait seulement faire peur aux trois hommes qui l’approchaient. Il a dit qu’il s’était senti de plus en plus « nerveux » et « plus effrayé » et qu’il craignait que M. Shuckburgh apprenne où il vivait et vienne lui faire du mal (d.a., p. 168).

[17] Selon les deux employés qui étaient avec M. Shuckburgh, l’affrontement semblait terminé lorsque l’appelant a soudainement commencé à remonter la rampe dans leur direction. À un moment donné, l’appelant a déposé sa carabine sur le dessus d’un mur, à la façon d’un tireur embusqué, et l’a pointée en direction des employés en disant [TRADUCTION] « d’un ton sévère » : « Ce n’est pas juste un fusil à plomb » (d.a., p. 40). L’appelant a par la suite déclaré qu’il avait agi ainsi pour faire peur aux employés du bar.

[18] Lorsque l’appelant a finalement commencé à reculer vers le bas de la rampe, M. Shuckburgh a continué de s’avancer vers lui. À ce moment, les deux autres employés avaient reculé, alors que M. Shuckburgh restait devant et faisait face à l’appelant. Un des deux employés a témoigné que l’appelant ne reculait que si M. Shuckburgh avançait d’un pas.

[19] L’appelant a déposé que, lorsqu’il a quitté la rampe et s’est retrouvé sur le trottoir, M. Shuckburgh s’est mis à marcher plus rapidement vers lui. L’appelant s’est quant à lui mis à reculer plus rapidement. Puis, soudainement, l’arme [TRADUCTION] « est pointée vers le haut [. . .] et le coup est parti » (d.a., p. 177). Quand on lui a demandé au procès s’il avait eu l’intention de pointer l’arme vers le haut, l’appelant a répondu : « Je ne sais pas. Je pense que non. » Lorsqu’on lui a demandé ce qui s’était passé, il a répondu : « Je ne sais pas [. . .] la stupide arme a tiré » (d.a., p. 178). L’appelant a dit que son doigt avait pressé la détente, mais qu’il n’avait pas l’intention que le coup parte et qu’il ne voulait pas tirer sur personne.

[20] Une distance d’environ cinq pieds séparait M. Shuckburgh de l’appelant lorsque le coup

bullet pierced Mr. Shuckburgh's heart. The wound proved to be fatal.

[21] After the shooting, the appellant ran to the Stewarts' residence. Ms. Stewart testified that the appellant told her that he had pulled out the gun, pointed it at the man who was advancing towards him and asked the man to leave him alone. As the man kept advancing, the appellant told Ms. Stewart that he panicked: "Something went crazy in my head at that point", and he pulled the trigger (A.R., at p. 100).

[22] According to Ms. Stewart, the appellant initially seemed "dazed" but grew more agitated as he recounted the events that had led to the shooting (A.R., at p. 100). He took out the gun he had been hiding under his coat and began gesturing and waving the muzzle of the gun back and forth. Ms. Stewart testified that the appellant seemed "very upset and very frightened" about what he had done (A.R., at p. 110). At one point, according to Ms. Stewart, the appellant said that "he wanted to kill himself, that he did not want to deal with what the consequences were of this . . . [to] spend years in jail and so on, so he would rather kill himself" (A.R., at p. 104).

[23] The police arrived quickly. They found the appellant outside of the Stewart home. He was non-responsive and appeared emotionless. He ignored commands to drop the gun and lie down on the ground and, with a "blank" look on his face, started walking backwards to the house while holding the gun in his right hand (A.R., at p. 116). Ultimately, he had to be tackled.

[24] One of the police officers testified that it was apparent that the appellant had been drinking but he was not staggering or slurring his speech. He appeared to understand what was going on around him. In the officer's view, the appellant was not impaired.

[25] At the station, having been arrested for murder, the appellant told an officer that he "didn't

est parti. La balle a transpercé le cœur de M. Shuckburgh. La blessure a été fatale.

[21] Après le coup de feu, l'appelant a couru à la résidence des Stewart. M^{me} Stewart a déclaré dans son témoignage que l'appelant lui avait dit qu'il avait sorti l'arme, l'avait pointée en direction de l'homme qui s'avançait vers lui et avait demandé à celui-ci de le laisser tranquille. L'appelant a dit à M^{me} Stewart que, comme l'homme continuait d'avancer vers lui, il avait paniqué, que [TRADUCTION] « quelque chose s'est détraqué dans ma tête à ce moment-là », et qu'il avait pressé la détente (d.a., p. 100).

[22] De dire M^{me} Stewart, l'appelant a d'abord semblé [TRADUCTION] « ahuri » et il est par la suite devenu de plus en plus agité au fur et à mesure qu'il relatait les événements ayant mené au coup de feu (d.a., p. 100). Il a sorti l'arme qu'il cachait sous son manteau et s'est mis à gesticuler et à agiter en tous sens la bouche du canon. M^{me} Stewart a ajouté que l'appelant semblait « très bouleversé et très effrayé » de ce qu'il avait fait (d.a., p. 110). À un moment donné, selon M^{me} Stewart, l'appelant a dit qu'« il voulait se tuer, qu'il ne voulait pas assumer les conséquences de ce qui s'était passé [. . .] passer des années en prison et tout le reste, qu'il préférerait par conséquent se tuer » (d.a., p. 104).

[23] La police est rapidement arrivée sur les lieux. Ils ont trouvé l'appelant à l'extérieur de la maison des Stewart. Il n'a pas réagi et semblait dépourvu d'émotions. Il a ignoré les ordres des policiers qui lui ont intimé de lâcher l'arme et de se coucher sur le sol et, le regard [TRADUCTION] « absent », il a commencé à reculer vers la maison en tenant son arme dans sa main droite (d.a., p. 116). Finalement, les policiers ont dû le plaquer.

[24] Un des policiers a témoigné qu'il était évident que l'appelant avait bu, mais qu'il ne titubait pas et ne parlait pas de façon incohérente. Il semblait comprendre ce qui se passait autour de lui. De l'avis du policier, l'appelant n'avait pas les facultés affaiblies.

[25] Au poste de police, après avoir été arrêté pour meurtre, l'appelant a dit à un policier qu'il

mean to kill [Mr. Shuckburgh] (pause) on purpose” and that he “didn’t mean to shoot anybody” (R.R., at p. 87). He also made suicidal statements and asked an officer to shoot him or to give him his service revolver so that he could shoot himself.

B. *The Position of the Defence at Trial*

[26] The defence conceded at trial that the appellant was guilty of manslaughter. The only live issue at trial, according to defence counsel, was the appellant’s intent when he pulled the trigger. As defence counsel explained in his closing submissions:

The theory put forward by the defence is this: that Adrian Walle, on the night in question, in a nervous, shaky, highly agitated state, at a time when he consumed a certain amount of alcohol, and while being almost continually pursued and advanced upon by a numerically superior force, unintentionally discharged that .22 [rifle] at a time when it was pointed at Jeffrey Shuckburgh. [A.R., at pp. 198-99]

[27] In urging the trial judge to find that the discharge of the gun was unintentional, defence counsel said that “Mr. Walle, at the time when his finger pressed that trigger, did not mean to pull that trigger” (A.R., at p. 212). In response to a question from the trial judge, defence counsel clarified his position as follows:

Again, the only possible explanation is there was . . . a physical mechanical malfunction of the person of Mr. Walle, that his finger pulled the trigger, but without the brain actively telling the finger to pull the trigger. There was a lack of communication between the brain and the finger. [Emphasis added; A.R., at p. 212.]

[28] At a later point in his submissions, defence counsel noted that in assessing the issue of intent, the trial judge was obliged to consider “all the circumstances surrounding this [event]” (A.R., at p. 217). In that regard, one of the factors to be considered was the appellant’s alcohol consumption that night. According to defence counsel, however, the appellant was not “drunk”, nor had he “reached a state of intoxication that made him incapable of forming intent”. As such, the appellant’s alcohol

[TRANSLATION] « n’avait pas voulu tuer [M. Shuckburgh] (pause) par exprès » et qu’il « n’avait pas eu l’intention de tirer personne » (d.i., p. 87). Il a aussi tenu des propos suicidaires et demandé à un policier de le tuer ou de lui prêter son arme de service pour qu’il puisse se tuer.

B. *La thèse de la défense au procès*

[26] Au procès, la défense a admis que l’appelant était coupable d’homicide involontaire coupable. Suivant l’avocat de la défense, la seule question qui se posait au procès concernait l’intention de l’appelant lorsqu’il a pressé la détente. Comme l’avocat de la défense l’a expliqué dans ses observations finales :

[TRANSLATION] La défense présente la thèse suivante : la nuit en question, Adrian Walle était nerveux, instable et très agité, il avait consommé une certaine quantité d’alcool; alors que des forces supérieures en nombre le poursuivaient et s’avançaient pratiquement sans relâche vers lui, il a, de façon non intentionnelle, déchargé cette [carabine de calibre] .22 alors qu’elle était pointée en direction de Jeffrey Shuckburgh. [d.a., p. 198-199]

[27] En demandant au juge du procès de conclure que le coup était parti de façon non intentionnelle, l’avocat de la défense a dit : [TRANSLATION] « M. Walle, au moment où son doigt a pressé la détente, n’avait pas l’intention de le faire » (d.a., p. 212). En réponse à une question du juge, il a apporté les précisions suivantes :

[TRANSLATION] Encore une fois, la seule explication possible est qu’il y a eu [. . .] chez M. Walle une anomalie motrice, son doigt a pressé la détente, mais sans que son cerveau ne commande directement à son doigt de le faire. Il n’y avait pas de communication entre le cerveau et le doigt. [Je souligne; d.a., p. 212.]

[28] Plus loin dans sa plaidoirie, l’avocat de la défense a fait remarquer que dans l’examen de la question de l’intention, le juge du procès devait tenir compte [TRANSLATION] « de toutes les circonstances entourant cet [événement] » (d.a., p. 217). À cet égard, un des facteurs à prendre en compte était le fait que, la nuit en question, l’appelant avait consommé de l’alcool. Selon l’avocat de la défense, toutefois, l’appelant n’était pas « ivre » et n’avait pas non plus « atteint un état d’intoxication le rendant

consumption was insufficient of itself to warrant a finding of manslaughter. It was simply “something that goes into the mix” (A.R., at p. 217).

[29] Defence counsel further suggested that the appellant’s “highly agitated” emotional state as he was being pursued by the three men from the bar could also have resulted in unintentional discharge (A.R., at p. 217). According to counsel, the appellant is “a man who, at levels of agitation, gets jerky, gets spasmodic, gets mobile with his hands” (A.R., at p. 218) — as evidenced during his testimony on the witness stand.

[30] Taking these factors into account, defence counsel submitted, it was at least possible that “this was an unintentional discharge” and that the appellant “never meant to pull that trigger and shoot Jeff Shuckburgh or anyone else” (A.R., at p. 218). Hence, the appellant should be found guilty of manslaughter, not murder.

C. *The Position of the Crown at Trial*

[31] The Crown maintained that the appellant was angry and resentful towards the bar staff and he chose to threaten them with the gun when they removed him from the bar for a third time that evening.

[32] As for the appellant’s contention that his mind did not go with the act of pulling the trigger (the unintentional discharge theory), the Crown urged the trial judge to find that this theory was something the appellant had concocted in an effort to escape full liability for the crime he had committed. The Crown argued that there was “no medical evidence . . . whatsoever that there is anything wrong with the functioning of Mr. Walle’s brain. Nothing” (A.R., at p. 229). There was also no evidence that the appellant’s alcohol consumption that

incapable de former une intention ». En conséquence, la consommation d’alcool ne pouvait à elle seule justifier une conclusion d’homicide involontaire coupable. Elle constituait simplement un « élément de l’ensemble des circonstances » (d.a., p. 217).

[29] L’avocat de la défense a également fait valoir que l’état émotif [TRADUCTION] « extrêmement agité » de l’appellant pendant qu’il était poursuivi par les trois hommes du bar pouvait aussi avoir pu entraîner le déchargement non intentionnel de l’arme à feu (d.a., p. 217). L’avocat a affirmé que l’appellant est « un homme qui, à certains degrés d’agitation, a fait des mouvements brusques, est sujet aux spasmes et gesticule des mains » (d.a., p. 218) — comme on a pu le constater durant sa déposition à la barre des témoins.

[30] L’avocat de la défense a soutenu que, compte tenu de ces facteurs, il était à tout le moins possible que [TRADUCTION] « le coup de feu n’ait pas été intentionnel » et que l’appellant « n’ait jamais eu l’intention de presser cette détente et de tirer sur Jeff Shuckburgh ou une autre personne » (d.a., p. 218). En conséquence, l’appellant devrait être déclaré coupable d’homicide involontaire coupable et non de meurtre.

C. *La thèse du ministère public au procès*

[31] Le ministère public a fait valoir que l’appellant était en colère et plein de ressentiment contre les employés du bar, et qu’il avait décidé de les menacer avec la carabine lorsqu’ils l’ont expulsé du bar une troisième fois le soir en question.

[32] Pour ce qui est de la prétention de l’appellant selon laquelle son cerveau n’a pas donné l’ordre de presser la détente (la thèse du coup de feu non intentionnel), le ministère public a demandé au juge du procès de conclure que cette thèse avait été élaborée par l’appellant dans l’espoir d’échapper à la pleine responsabilité du crime qu’il avait commis. Le ministère public a plaidé qu’[TRADUCTION] « aucune preuve médicale [. . .] ne montrait la présence d’une quelconque anomalie dans le fonctionnement du cerveau de M. Walle. Rien » (d.a.,

night had any effect on his ability to think clearly, as demonstrated by his conduct in the bar, the local convenience store, and upon arrest. On that basis, the Crown urged the trial judge to apply the common sense inference and find that the appellant possessed the requisite intent for murder at the time of the shooting.

D. Judgment at Trial (Court of Queen's Bench of Alberta) (Hart J.), 2008 CarswellAlta 2333

[33] The trial judge recognized that the outcome at the trial turned on the appellant's intent at the time of the shooting. He was fully aware of the appellant's position, which he summarized in brief compass as follows:

... as the accused Walle was backing down the street ... the deceased suddenly quickened the pace of his advance, at which point the accused hastened his backward retreat, causing the rifle which Walle was pointing at Shuckburgh to discharge accidentally.

The cause of this accident, according to the defence, was Walle's heightened state of tension and agitation ... which ... resulted in a disconnect between his brain and his body, such that he was unable to control the movement of his right index finger, as it squeezed the trigger and fired the lethal shot into the heart of Mr. Shuckburgh. [paras. 6-7]

[34] After outlining the Crown's position, the trial judge reviewed the pertinent evidence and arguments put forward by both sides. In the end, he rejected the appellant's version of the events surrounding the shooting:

... I am satisfied that [the appellant] is a habitual liar, whose evidence is unworthy of belief. ... With this said, the question becomes: Can the Court believe him when he testifies that the gun went off accidentally? On the whole ... record before me, I conclude that it cannot.

In my judgment, the accidental discharge theory is no more than that. Not only a theory but a false theory, contrived and concocted by the accused to save himself

p. 229). Aucune preuve ne permettait non plus d'établir que l'alcool consommé par l'appelant ce soir-là avait eu une incidence sur sa capacité de penser clairement, comme le démontre sa conduite à l'intérieur du bar, au dépanneur et au moment de son arrestation. Pour cette raison, le ministère public a demandé au juge du procès d'appliquer la déduction conforme au bon sens et de conclure que l'appelant avait l'intention requise pour commettre un meurtre lorsqu'il a fait feu.

D. Décision de première instance (Cour du banc de la Reine de l'Alberta) (le juge Hart), 2008 CarswellAlta 2333

[33] Le juge du procès a reconnu que l'issue du procès dépendait de l'intention de l'appelant lorsqu'il a fait feu. Il comprenait très bien la thèse de l'appelant, qu'il a résumée comme suit :

[TRADUCTION] ... pendant que l'accusé Walle descendait en reculant vers la rue, [...] la victime a soudainement pressé le pas, et l'accusé a alors accéléré son repli, ce qui a causé la décharge accidentelle de la carabine que Walle pointait en direction de Shuckburgh.

La cause de cet accident, selon la défense, était l'état de tension et d'agitation exacerbé de M. Walle [...] qui [...] a déconnecté son cerveau de son corps, de telle sorte qu'il était incapable de contrôler le mouvement de son index droit, lorsque son doigt a pressé la détente et tiré le coup de feu fatal dans le cœur de M. Shuckburgh. [par. 6-7]

[34] Après avoir exposé la thèse du ministère public, le juge du procès a passé en revue les arguments et éléments de preuve pertinents avancés par les deux parties. En fin de compte, il a rejeté la version des faits entourant le coup de feu présentée par l'appelant :

[TRADUCTION] ... je suis convaincu que [l'appelant] est un menteur invétéré, dont le témoignage n'est pas digne de foi. [...] Cela dit, la question qui se pose est la suivante : Le tribunal peut-il le croire lorsqu'il dit que le coup de feu est parti accidentellement? Vu l'ensemble du dossier devant moi, je conclus par la négative.

À mon avis, la thèse du coup de feu accidentel n'est rien de plus qu'une thèse. Non seulement s'agit-il d'une thèse, mais d'une fausse thèse, inventée et conçue

from the full consequences of his criminal conduct. Thus, as to the evidence of the accused, I reject it as an untruth. I do not believe it and it does not raise a reasonable doubt about his guilt. [paras. 16-17]

[35] Having rejected the appellant's "accidental discharge" theory, the trial judge moved on to determine whether the Crown had met its onus of proving that the appellant possessed one or the other of the requisite intents for murder at the time of the shooting. To that end, the trial judge considered some of the more salient features of the evidence, including the following:

- The rifle was working normally; it had a safety mechanism; it required over six pounds of pressure to fire;
- the appellant was familiar with, and had previously used the rifle; he knew the gun would fire when he pulled the trigger;
- the appellant knew the safety was off;
- at the time of the shot, the appellant was pointing the gun at the victim's chest;
- the appellant fired from a distance of only five or so feet away;
- the appellant knew the gun was loaded; and
- the appellant had been drinking but it was clear from the evidence as a whole that he was not impaired.

[36] After noting these facts, the trial judge applied the "common sense inference" — that a sane and sober person intends the reasonable and probable consequences of his acts — to the facts of this case. He then completed his analysis on the issue of intent as follows:

I am satisfied, beyond a reasonable doubt, that when the accused Walle deliberately pulled the trigger, in the circumstances I have just described, he knew that the reasonable and probable consequence was that he

par l'accusé pour atténuer les conséquences de son comportement criminel. Par conséquent, je rejette le témoignage de l'accusé parce que j'estime qu'il n'est pas véridique. Je ne le crois pas et il ne soulève pas de doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. [par. 16-17]

[35] Ayant rejeté la thèse du « coup de feu accidentel » avancée par l'appellant, le juge du procès s'est employé à déterminer si le ministère public s'était acquitté de son fardeau de prouver que l'appellant avait l'une ou l'autre des intentions requises pour commettre un meurtre lorsque le coup de feu a été tiré. À cette fin, le juge du procès a considéré certains des aspects les plus importants de la preuve, dont les suivants :

- la carabine fonctionnait normalement; elle était dotée d'un dispositif de sécurité; une pression de plus de six livres était nécessaire pour tirer un coup de feu;
- l'appellant savait comment se servir de la carabine et l'avait déjà utilisée; il savait que l'arme ferait feu lorsqu'il a pressé la détente;
- l'appellant savait que le dispositif de sécurité n'était pas activé;
- au moment du coup de feu, l'appellant pointait l'arme en direction de la poitrine de la victime;
- l'appellant a tiré d'une distance d'environ cinq pieds seulement de la victime;
- l'appellant savait que l'arme était chargée;
- l'appellant avait bu, mais il ressortait clairement de l'ensemble de la preuve que ses facultés n'étaient pas affaiblies.

[36] Après avoir souligné les faits susmentionnés, le juge du procès a appliqué la « déduction conforme au bon sens » — à savoir qu'une personne saine et sobre veut les conséquences naturelles et probables de ses actes — aux faits de l'espèce. Il a ensuite conclu comme suit son analyse de la question relative à l'intention :

[TRADUCTION] Je suis convaincu, hors de tout doute raisonnable, que lorsque l'accusé Walle a délibérément pressé la détente, dans les circonstances que je viens de décrire, il savait que la conséquence raisonnable et

would either cause Mr. Shuckburgh's death or would cause him grievous bodily harm which would likely cause his death and was reckless, whether death ensued or not. [para. 24]

[37] In view of that finding, the trial judge concluded that at the time of the shooting, the appellant possessed the requisite intent for second degree murder. Hence, he found the appellant guilty as charged.

E. *Alberta Court of Appeal (O'Brien, Bielby and Sulatycky J.J.A.), 2010 ABCA 384, 493 A.R. 306*

[38] On appeal, the appellant submitted that the trial judge was wrong to have applied the "common sense inference" without first having considered the whole of the evidence bearing on his mental state at the time of the shooting. Had the trial judge considered the appellant's developmental delays and alcohol consumption, he may well have entertained a reasonable doubt about the appellant's intent. The Court of Appeal made the following observations about the trial decision:

Having rejected as incredible the appellant's evidence that he lacked such intent [for second degree murder], the trial judge made no error in inferring intent based on the "common-sense" inference that a sane and sober person intends the natural and probable consequences of his actions. Here the appellant shot the victim, Mr. Shuckburgh, in the chest from a point five feet away. Evidence that the appellant had recently been held in hospital under a mental health warrant, had developmental delays, and had been drinking to a point short of impairment before the killing was insufficient, in and of itself, to lend an air of reality to the argument that he may therefore have lacked the requisite intent to kill.

No expert or other evidence was led as to the appellant's mental state or any effect it may have had on his

probable de son geste était que celui-ci causerait la mort de M. Shuckburgh ou lui causerait de graves lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort, et il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. [par. 24]

[37] Vu cette conclusion, le juge du procès a statué que, au moment du coup de feu, l'appelant avait l'intention requise pour commettre un meurtre au deuxième degré. Il a donc déclaré l'appelant coupable de l'infraction reprochée.

E. *Cour d'appel de l'Alberta (les juges O'Brien, Bielby et Sulatycky), 2010 ABCA 384, 493 A.R. 306*

[38] En appel, l'appelant a soutenu que le juge du procès avait commis une erreur en appliquant la « déduction conforme au bon sens » sans avoir au préalable tenu compte de l'ensemble de la preuve relative à son état mental au moment où le coup de feu a été tiré. Si le juge du procès avait pris en compte les retards développementaux de l'appelant et sa consommation d'alcool, il aurait très bien pu avoir un doute raisonnable quant à l'intention de l'appelant. La Cour d'appel a fait les observations suivantes au sujet de la décision du juge de première instance :

[TRADUCTION] Ayant rejeté le témoignage de l'appelant selon lequel il n'avait pas l'intention requise [pour commettre un meurtre au deuxième degré], au motif qu'il ne considérait pas ce témoignage crédible, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en inférant l'intention sur le fondement de la « déduction conforme au bon sens » selon laquelle une personne saine et sobre veut les conséquences naturelles et probables de ses actes. Dans la présente affaire, l'appelant a fait feu sur la victime, M. Shuckburgh, l'atteignant à la poitrine, alors qu'il se trouvait à une distance de cinq pieds de ce dernier. La preuve que l'appelant avait récemment été hospitalisé aux termes d'un mandat pour des services de santé mentale, souffrait de retards développementaux et, avant le meurtre, avait bu sans pour autant que ses facultés soient affaiblies ne suffisait pas, en soi, à rendre vraisemblable l'argument voulant qu'il ait pu, en conséquence, ne pas avoir eu l'intention de tuer requise.

Aucune preuve d'expert ou autre n'a été produite en ce qui concerne l'état mental de l'appelant ou quelque

ability to form the intent to kill. Relatively extensive evidence as to his autism and its effects was heard for the first time at the sentencing hearing.

In arriving at the decision under appeal to convict, the trial judge was presented no evidence that the appellant had a diminished capacity to form intent, or either did not or could not foresee the consequences of his actions. [Emphasis added; paras. 2, 15 and 16.]

In sum, having reviewed the record, the Court of Appeal found that no evidence had been led at trial as to the appellant's mental state that could call into question whether he was able to or did in fact foresee the consequences of his actions when he pulled the trigger. On that basis, the Court of Appeal found no fault with the trial judge's reasoning and dismissed the appeal.

III. Issues

[39] This appeal raises two issues:

- (1) Did the trial judge err in resorting to the "common sense inference" without first having considered the whole of the evidence bearing on the appellant's mental state at the time of the shooting? and
- (2) If the trial judge did not err in resorting to the "common sense inference", should the fresh evidence tendered by the appellant be received in the interests of justice?

IV. Analysis

A. *Issue 1 — Did the Trial Judge Err in Resorting to the "Common Sense Inference"?*

- (1) The Trial Judge Correctly Resorted to the "Common Sense Inference"

[40] The appellant's principal argument on appeal is that the trial judge was wrong to apply

effet qu'aurait pu avoir cet état sur sa capacité de former l'intention de tuer. Une preuve relativement détaillée de son autisme et des effets de cet état a été présentée pour la première fois lors de l'audience relative à la détermination de la peine.

Lorsqu'il a rendu sa décision, le juge du procès ne disposait d'aucune preuve que l'appelant avait une capacité réduite de former une intention ou encore qu'il n'avait pas prévu les conséquences de ses actes ou qu'il n'était pas en mesure de le faire. [Je souligne; par. 2, 15 et 16.]

En résumé, après examen du dossier, la Cour d'appel a conclu qu'il n'avait été présenté au procès aucune preuve concernant l'état mental de l'appelant susceptible de soulever la question de savoir si, lorsqu'il a pressé la détente, il était capable de prévoir les conséquences de ses actes ou s'il les avait effectivement prévues. Pour cette raison, la Cour d'appel n'a relevé aucune erreur dans le raisonnement du juge du procès et elle a rejeté l'appel.

III. Questions en litige

[39] Le présent pourvoi soulève deux questions :

- (1) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en appliquant la « déduction conforme au bon sens » sans avoir au préalable examiné l'ensemble de la preuve relative à l'état mental de l'appelant au moment où le coup de feu a été tiré?
- (2) Si le juge du procès n'a pas commis d'erreur en appliquant la « déduction conforme au bon sens », la nouvelle preuve soumise par l'appelant devrait-elle être admise dans l'intérêt de la justice?

IV. Analyse

A. *Première question en litige — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en appliquant la « déduction conforme au bon sens »?*

- (1) Le juge du procès a eu raison d'appliquer la « déduction conforme au bon sens »

[40] Le principal argument de l'appelant dans son pourvoi devant notre Cour consiste à dire que le

the “common sense inference” before considering all of the evidence bearing on the appellant’s mental state at the time of the shooting, namely, the appellant’s developmental delays and his alcohol consumption. As will become apparent when I address the proposed fresh evidence under the second issue, the appellant is said to suffer from a number of psychological disorders including Asperger’s disorder, paranoid personality disorder, intermittent explosive disorder, adult antisocial disorder, and alcohol abuse disorder. That said, at trial there was no forensic evidence relating to these disorders — nor, as I shall explain, any other evidence — that could realistically have impacted on the issue of the appellant’s mental state at the time of the shooting. In particular, no evidence was directed at whether in shooting the deceased in the chest at close range, the appellant was aware of — and thus can be said to have intended — the consequences that were likely to follow from his action.

[41] That leads me to one of the main problems I have with this appeal, at least in so far as the first issue is concerned. The appellant’s primary position at trial was that there was a miscommunication between his brain and his finger, such that while he did pull the trigger, he did not “mean” to do so (the “unintentional discharge theory”). While the appellant relied on this theory at trial, he improperly characterized it as going to the specific intent required for murder. In fact, the appellant was really claiming that his act of pulling the trigger was involuntary. The trial judge rejected the appellant’s theory as unworthy of belief, and the appellant does not pursue it here.

[42] On appeal, the appellant’s focus has shifted. He now claims that the trial judge failed to consider evidence bearing on his mental state on the night of the shooting, such as his developmental delays

juge du procès a eu tort d’appliquer la « déduction conforme au bon sens » sans avoir au préalable examiné l’ensemble de la preuve relative à l’état mental de l’appellant lorsque le coup de feu a été tiré, c’est-à-dire les retards développementaux de l’appellant et sa consommation d’alcool. Comme il ressortira de mon analyse relative à la deuxième question en litige portant sur la nouvelle preuve, il semble que l’appellant souffrait d’un certain nombre de troubles psychologiques, dont le syndrome d’Asperger, le trouble de la personnalité paranoïaque, le trouble explosif intermittent, le trouble du comportement antisocial de l’adulte et un problème d’abus d’alcool. Cela dit, il n’a été présenté au procès, aucune preuve médico-légale concernant ces troubles — ni, comme je vais l’expliquer, aucune autre preuve — qui aurait pu réalistement avoir une incidence sur la question de l’état mental de l’appellant lorsque le coup de feu a été tiré. Plus précisément, aucune preuve ne portait sur la question de savoir si, en tirant à courte distance une balle dans la poitrine de la victime, l’appellant était conscient des conséquences qu’entraînerait probablement son geste et, de ce fait, peut être considéré comme ayant voulu ces conséquences.

[41] Cela m’amène à aborder une des principales difficultés que me pose le présent pourvoi, du moins en ce qui a trait à la première question en litige. Au procès, l’argument principal de l’appellant était l’existence d’un problème de communication entre son cerveau et son doigt, de sorte que, bien qu’il ait pressé la détente, il ne « voulait » pas le faire (la « thèse du coup de feu non intentionnel »). L’appellant s’est appuyé sur cette thèse au procès, mais il a erronément fait valoir qu’elle avait une incidence sur l’intention spécifique requise à l’égard de l’infraction de meurtre. En fait, l’appellant soutenait en réalité que, lorsqu’il a pressé la détente, son geste était involontaire. Le juge du procès a rejeté la thèse avancée par l’appellant, la jugeant non crédible, et l’appellant n’invoque pas ce moyen devant notre Cour.

[42] En appel, la thèse de l’appellant a changé. Il prétend maintenant que le juge du procès a omis d’examiner la preuve portant sur son état mental le soir où le coup de feu a été tiré, notamment ses

and alcohol consumption, in assessing whether he was aware of the consequences of shooting Mr. Shuckburgh — and thus possessed one or the other of the specific intents for murder. That is a far cry from the position he took at trial.

[43] As I have explained, at trial, the appellant did not suggest that his mental state prevented him from knowing the consequences that were likely to follow upon shooting someone in the chest at close range — nor could he, realistically. The evidence pointed overwhelmingly in the opposite direction. By way of illustration, moments before the shooting, the appellant made it clear to his pursuers that the gun he was holding was not “just a BB gun” (A.R., at p. 40) — a comment that showed that he was aware of his earlier false description of the gun at the bar and equally aware that the weapon he was holding was a lethal weapon. As well, shortly after the shooting incident, the appellant talked about killing himself with the very weapon he had just used to kill Mr. Shuckburgh so as to avoid facing the consequences of what he had done. Not long after that, at the police station, he asked a police officer to kill him with his service revolver.

[44] In sum, nowhere in his submissions to the trial judge did defence counsel argue that the appellant was unaware of the consequences of his actions. That is important because it places in focus the appellant’s present complaint, namely, that in relying on the “common sense inference” to find intent, the trial judge failed to consider all of the evidence bearing on the appellant’s mental state at the time of the shooting.

[45] Despite this, the appellant now points to various features of the evidence which he says the trial judge should have considered, along with his alcohol consumption, in deciding whether he possessed one or the other of the requisite intents for murder at the time of the shooting. In particular,

retards développementaux et sa consommation d’alcool, pour déterminer s’il était conscient des conséquences du coup de feu tiré en direction de M. Shuckburgh — et donc s’il avait l’une ou l’autre des intentions spécifiques applicables à l’égard de l’infraction de meurtre. On est loin de la thèse qu’il a défendue au procès.

[43] Comme je l’ai expliqué, au procès, l’appellant n’a pas plaidé que son état mental l’empêchait d’être conscient des conséquences qu’entraînerait probablement le fait de faire feu à courte distance dans la poitrine de quelqu’un — et, réalistement, il ne pouvait pas le faire. En effet, la preuve tendait irrésistiblement à démontrer le contraire. À titre d’exemple, quelques instants avant le meurtre, l’appellant a clairement indiqué à ses poursuivants que l’arme qu’il tenait n’était pas [TRADUCTION] « juste un fusil à plomb » (d.a., p. 40) — remarque indiquant qu’il était conscient d’avoir faussement décrit son arme lorsqu’il se trouvait à l’intérieur du bar et qu’il savait très bien que l’arme qu’il avait entre les mains était une arme meurtrière. De même, peu après le meurtre, l’appellant a parlé de son désir de se tuer avec l’arme qu’il venait tout juste d’utiliser pour tuer M. Shuckburgh, de façon à éluder les conséquences de son geste. Peu de temps après, au poste de police, il a demandé à un policier de le tuer avec son arme de service.

[44] Bref, à aucun moment durant ses observations devant le juge du procès l’avocat de la défense n’a plaidé que l’appellant n’était pas conscient des conséquences de ses actes. Ce fait est important, parce qu’il met bien en perspective ce dont se plaint maintenant l’appellant, soit qu’en s’appuyant sur la « déduction conforme au bon sens » pour établir l’existence de l’intention, le juge du procès a omis de tenir compte de l’ensemble de la preuve relative à l’état mental de l’appellant lorsque le coup de feu a été tiré.

[45] Malgré cela, l’appellant attire maintenant notre attention sur différents aspects de la preuve que le juge du procès aurait selon lui dû prendre en compte, en plus de sa consommation d’alcool, pour déterminer s’il avait l’une ou l’autre des intentions requises pour commettre l’infraction de

the appellant submits, at para. 49 of his factum, that the trial judge failed to consider the following items of evidence that may have served, either individually or collectively, to render the common sense inference inapplicable:

- The appellant’s developmental delays;
- his recent hospitalization under a mental health warrant;
- his “blank” affect at the bar prior to his being removed for a third time;
- his hand gestures and demeanour while testifying;
- the fact that he was waving the rifle around before it was discharged.

[46] I would not give effect to this submission. The appellant’s chief complaint is that the trial judge failed to consider all the evidence relevant to intent before deciding on that issue. A failure of a judge to consider all the evidence relating to an ultimate issue of guilt or innocence constitutes an error of law: *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286, at p. 296; *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197, at paras. 31-32. However, as Sopinka J. made clear in *Morin*, there is “no obligation in law on a trial judge to record all or any specific part of the process of deliberation on the facts”, and “unless the reasons demonstrate that [a consideration of all the evidence in relation to the ultimate issue] was not done, the failure to record the fact of it having been done is not a proper basis for concluding that there was error in law in this respect” (p. 296). I see no failure to consider all the relevant evidence in this case.

[47] First, the appellant’s evidence about his developmental delays is based on Ms. Stewart’s testimony. Ms. Stewart testified as a lay witness. Her evidence did not address the issue of the appellant’s intent and, more particularly, what impact, if any, the appellant’s “developmental delays” may

meurtre lorsque le coup de feu a été tiré. Plus particulièrement, l’appelant affirme, au par. 49 de son mémoire, que le juge du procès n’a pas considéré les éléments de preuve suivants, lesquels auraient pu — individuellement ou collectivement — rendre inapplicable la déduction conforme au bon sens :

- les retards développementaux de l’appelant;
- son hospitalisation récente aux termes d’un mandat pour des services de santé mentale;
- le regard « absent » qu’il affichait à l’intérieur du bar, peu avant d’en être expulsé une troisième fois;
- son comportement et la façon dont il gesticulait avec les mains à la barre des témoins;
- le fait qu’il avait brandi la carabine en tous sens avant que le coup soit tiré.

[46] Je ne puis accepter cet argument. L’appelant reproche principalement au juge du procès de n’avoir pas tenu compte de tous les éléments de preuve relatifs à l’intention avant de trancher cette question. L’omission d’examiner tous les éléments de preuve qui se rapportent à la question ultime de la culpabilité ou de l’innocence constitue une erreur de droit : *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286, p. 296; *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197, par. 31-32. Comme le précise toutefois le juge Sopinka dans *Morin*, « [l]e juge du procès n’est toutefois pas tenu en droit de consigner la totalité ou une partie particulière du déroulement des délibérations sur les faits » et « à moins que les motifs démontrent que [l’examen de l’ensemble de la preuve relative à la question fondamentale] n’a pas été fait, l’omission de consigner que cet examen a été fait ne permet pas de conclure qu’une erreur de droit a été commise à cet égard » (p. 296). Le juge du procès n’a pas selon moi omis de considérer tous les éléments de preuve pertinents en l’espèce.

[47] Premièrement, la preuve de l’appelant concernant ses retards développementaux repose sur le témoignage de M^{me} Stewart. Or, cette dernière a déposé en tant que témoin profane. Son témoignage ne portait pas sur la question de l’intention de l’appelant ni, plus particulièrement, sur

have had on his awareness of the consequences of firing a bullet into someone's chest at close range.

[48] The evidence of the appellant's hospitalization on a mental health warrant is equally unhelpful. No evidence was led at trial as to the nature of the health problem or what impact, if any, it may have had on the appellant's mental state at the time of the shooting.

[49] The appellant's "blank" affect at the bar, as described by one witness, is of little import. The appellant himself admitted to being nervous when he entered the bar for the third time, knowing that he had the gun concealed under his coat. His own evidence shows that he was aware of what he was doing and very much alive to the potential consequences of his actions.

[50] As for the appellant's hand gestures while testifying and the evidence that he was waving the gun around before it discharged, the trial judge was clearly aware of these features. They related directly to the appellant's primary, if not singular, defence that his act of pulling the trigger was involuntary and that the discharge of the gun was therefore unintentional. The trial judge considered and rejected the appellant's "unintentional discharge" theory. He found the appellant to be not credible. Accordingly, the appellant was not entitled to have the same evidence taken into account by the trial judge in his assessment of the appellant's awareness of the consequences of firing a gun at close range into someone's chest.

[51] Finally, the trial judge considered the evidence of the appellant's alcohol consumption and found that it did not leave him in a state of reasonable doubt as to whether the appellant knew that death would likely result if he shot the deceased in the chest at close range.

l'incidence, s'il en est, que ses « retards développementaux » ont pu avoir sur sa connaissance des conséquences du fait de tirer une balle à courte distance dans la poitrine de quelqu'un.

[48] La preuve relative à l'hospitalisation de l'appelant aux termes d'un mandat pour des services de santé mentale n'est pas elle non plus utile. Aucune preuve n'a été présentée au procès concernant la nature des problèmes de santé de l'appelant ou concernant l'incidence, s'il en est, que ces problèmes ont pu avoir sur l'état mental de l'appelant lorsque le coup de feu a été tiré.

[49] Le regard « absent » que, selon un témoin, l'appelant affichait dans le bar est un élément peu important. L'appelant a lui-même admis qu'il était nerveux lorsqu'il est entré dans le bar pour la troisième fois, sachant que l'arme à feu était cachée sous son manteau. Son propre témoignage démontre qu'il savait ce qu'il faisait et qu'il était très conscient des conséquences possibles de ses actes.

[50] Pour ce qui est de la façon dont l'appelant gesticulait avec ses mains pendant son témoignage et de la preuve selon laquelle il avait brandi son arme en tous sens avant de faire feu, le juge du procès était clairement conscient de ces facteurs. Ceux-ci étaient directement liés au moyen de défense principal — sinon unique — invoqué par l'appelant et qui consistait à dire qu'il avait pressé la détente de façon involontaire et que le coup de feu n'était donc pas intentionnel. Le juge du procès a considéré et rejeté la thèse du « coup de feu non intentionnel » avancée par l'appelant. Il a conclu que l'appelant n'était pas crédible. Par conséquent, l'appelant n'était pas fondé à demander au juge du procès de tenir compte de la même preuve dans son examen de la connaissance qu'avait l'appelant des conséquences d'un coup de feu tiré à courte distance dans la poitrine de quelqu'un.

[51] Enfin, le juge du procès a examiné les éléments de preuve relatifs à la consommation d'alcool de l'appelant et il a conclu que cela n'avait pas fait naître un doute raisonnable dans son esprit sur la question de savoir si l'appelant était conscient qu'il causerait probablement la mort de la victime s'il lui tirait un coup de feu à bout portant dans la poitrine.

[52] In short, none of the evidence that the appellant points to could have assisted him at trial on the issue of his awareness of the consequences of firing a gun into a person's chest at close range. Thus, while it might have been preferable had the trial judge referred specifically to the items of evidence that the appellant has identified, he was not obliged to do so any more than he was obliged to refer to all of the evidence that pointed in the opposite direction — of which there was a good deal.

[53] The trial judge considered the salient features of the evidence that could have impacted on the appellant's awareness of the consequences of his actions. In the end, the trial judge was left in no doubt that the appellant was anything other than fully aware of the fatal consequences that were likely to follow when he pulled the trigger. Only then did the trial judge revert to the "common sense inference" as a basis for finding that the appellant had the requisite intent for second degree murder.

[54] I see no error in the trial judge's analysis or conclusion. Accordingly, I would not give effect to this ground of appeal.

(2) The "Common Sense Inference" Has a Role to Play Even in Cases Where an Accused is Impaired

[55] Ordinarily, I would end my discussion of this issue here. However, the intervenor the Criminal Lawyers' Association of Ontario ("CLA") has raised concerns about the "common sense inference" and its impact on jurors.

[56] I propose to address the CLA's concerns relatively briefly, as they do not bear directly on the case at hand, where there was no jury. To the extent they arise at all, they do so only tangentially.

[52] En résumé, aucun des éléments de preuve invoqués par l'appellant n'aurait pu l'aider au procès en ce qui concerne la question de savoir s'il était conscient des conséquences du fait de tirer un coup de feu à courte distance dans la poitrine de quelqu'un. En conséquence, peut-être aurait-il été préférable que le juge du procès mentionne expressément les éléments de preuve que l'appellant a indiqués, mais il n'était pas obligé de le faire, pas plus d'ailleurs qu'il n'était tenu de signaler tous les éléments — d'ailleurs nombreux — tendant à démontrer la thèse contraire.

[53] Le juge du procès a pris en compte les éléments de preuve importants, qui auraient pu avoir une incidence sur la question de savoir si l'appellant était conscient des conséquences de ses actes. En fin de compte, le juge du procès n'avait aucun doute que l'appellant était parfaitement conscient des conséquences meurtrières qu'entraînerait probablement le fait de presser sur la détente. Ce n'est qu'après avoir tiré cette conclusion qu'il a eu recours à la « déduction conforme au bon sens » pour conclure que l'appellant avait eu l'intention requise pour commettre un meurtre au deuxième degré.

[54] Je ne relève aucune erreur dans l'analyse du juge du procès ou dans la conclusion qu'il a tirée. Je suis donc d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

(2) La « déduction conforme au bon sens » joue un rôle dans les cas où l'accusé a les facultés affaiblies

[55] Normalement, je mettrais fin ici à mon analyse de cette question. Toutefois, l'intervenante, la Criminal Lawyers' Association of Ontario (« CLA »), a fait état de certaines préoccupations en ce qui concerne la « déduction conforme au bon sens » et son influence sur les jurés.

[56] Je me propose de traiter de façon relativement brève des préoccupations de la CLA, étant donné qu'elles n'ont pas d'incidence directe dans la présente cause, qui n'a pas été instruite devant un jury. Dans la mesure où ces préoccupations se soulèvent vraiment, ce n'est que de manière périphérique.

[57] The thrust of the CLA's submission is found at para. 11 of its factum as follows:

In cases where there is an air of reality to the suggestion that impairment (by intoxication or otherwise) contributed to the accused's actions, an instruction which incorporates a "sane and sober" common sense inference should never be given. There is a real danger that juries will misuse the inference to incorporate objective *mens rea* into a specific intent offence and fail to focus on the accused's actual intention at the time of his actions. [Emphasis in original.]

[58] With respect, the CLA's argument runs counter to this Court's recent decision in *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, in which we reaffirmed the relevance of the common sense inference in particular circumstances. The facts of that case are straightforward. Daley killed his wife after a night of heavy drinking and was charged with first degree murder. At trial, Daley maintained that, as a result of his alcohol consumption, he had no recollection of the events surrounding the death of his wife. He defended the charge of murder on the basis that he lacked the requisite intent by virtue of his alcohol consumption. Daley led expert evidence in support of his position.

[59] In his charge, the trial judge instructed the jury on the common sense inference about which the CLA now complains. He also cautioned the jury that they could draw the inference only after considering all of the evidence, including the evidence of the appellant's alcohol consumption. The jury convicted Daley of second degree murder.

[60] On appeal to this Court, one of the issues raised by Daley was whether the trial judge should have gone further than he did in explaining to the jury why the common sense inference might not apply in that case, given his high degree of intoxication.

[61] At para. 104 of his reasons for the majority, Bastarache J. reinforced this Court's admonition

[57] L'essentiel de l'argument de la CLA figure au par. 11 de son mémoire :

[TRADUCTION] Dans les cas où il paraît vraisemblable que l'affaiblissement des facultés (par intoxication ou autrement) a contribué aux actes de l'accusé, le tribunal ne devrait jamais donner de directives faisant mention de la déduction conforme au bon sens de la personne « saine et sobre ». Il existe un véritable danger que les jurys utilisent à tort cette déduction, et qu'ils intègrent une *mens rea* objective à une infraction exigeant une intention spécifique et omettent de s'attacher à l'intention réelle de l'accusé au moment où il a agi. [Souligné dans l'original.]

[58] Avec égards, l'argument de la CLA va à l'encontre de l'arrêt récent de notre Cour *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, dans lequel nous avons confirmé la pertinence de la déduction conforme au bon sens dans certaines circonstances. Les faits de cette affaire sont simples. M. Daley a tué sa femme après avoir passé la nuit à boire et il a été accusé de meurtre au premier degré. Au procès, M. Daley a affirmé être incapable de se rappeler les événements entourant la mort de sa femme en raison de l'alcool qu'il avait consommé. En défense à l'accusation de meurtre, il a soutenu qu'il n'avait pas l'intention requise en raison de son ivresse. M. Daley a déposé une preuve d'expert à l'appui de sa thèse.

[59] Dans son exposé aux jurés, le juge du procès leur a donné des directives concernant la déduction conforme au bon sens, ce dont se plaint maintenant la CLA. Il les a en outre avertis qu'ils pouvaient appliquer la déduction en question seulement après avoir considéré l'ensemble de la preuve, dont la preuve relative à la consommation d'alcool par l'appelant. Le jury a déclaré M. Daley coupable de meurtre au deuxième degré.

[60] En appel devant notre Cour, M. Daley a notamment soulevé la question de savoir si le juge du procès aurait dû expliquer plus en détail au jury les raisons pour lesquelles la déduction conforme au bon sens pouvait ne pas s'appliquer dans cette affaire, compte tenu du degré élevé d'intoxication de l'accusé.

[61] Au paragraphe 104 des motifs qu'il a rédigés pour la majorité, le juge Bastarache a renforcé

in *R. v. Seymour*, [1996] 2 S.C.R. 252, that it was incumbent on trial judges to link the common sense inference to the evidence of intoxication. Bastarache J. then made the following observations about the common sense inference:

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 . . . 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. Courteraille* (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. [Emphasis added; para. 104.]

[62] In the face of this Court's recent pronouncement in *Daley*, I see no reason — and the CLA has provided none — for instituting the black and white “thou shalt never” rule the CLA is advocating for jury instructions in cases where the accused might be impaired.

[63] In my view, instructing a jury on the common sense inference serves a useful purpose. It provides the jury with a marker against which to measure the rather amorphous concept of intent. A proper instruction also sounds a cautionary note.

la mise en garde faite par notre Cour dans *R. c. Seymour*, [1996] 2 R.C.S. 252, selon laquelle il incombe au juge du procès de rattacher la déduction conforme au bon sens à la preuve d'intoxication. Le juge Bastarache a ensuite formulé l'observation suivante concernant la déduction conforme au bon sens :

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 [. . .] 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. Courteraille* (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. [Je souligne; par. 104.]

[62] Vu cet énoncé récent de notre Cour dans *Daley*, je ne vois aucune raison — et la CLA n'en fournit aucune — d'instaurer la règle du « silence absolu » que préconise la CLA en ce qui concerne les exposés au jury dans les cas où l'accusé a pu avoir les facultés affaiblies.

[63] À mon avis, il est utile de donner aux jurés des directives relatives à la déduction conforme au bon sens. Elle leur fournit en effet un repère à l'aune duquel ils pourront mesurer le concept passablement vague de l'intention. Une directive

The jurors are admonished that the inference is permissive, not presumptive, and that before acting on it, they must carefully consider the evidence that points away from it. That is important. Left to its own devices, a jury might too readily turn to common sense for an answer, especially in cases like the present one, where common sense might suggest that anyone who fires a gun into a person's chest at close range would surely be aware of the consequences.

[64] That said, I do not mean to suggest that the common sense inference instruction should be tied to a rigid formula. Thus, by way of example, while trial judges may choose to refer to the “sane and sober” person when instructing a jury on the common sense inference, they need not do so. A simple instruction along the lines that “a person usually knows what the predictable consequences of his or her actions are, and means to bring them about”, would suffice. (See Canadian Judicial Council, *Model Jury Instructions* (2012) (online), at *Homicide, Offence 229.a*, at para. 6.)

[65] In the end, what is critical is that the jury be made to understand, in clear terms, that in assessing the specific intent required for murder, it should consider the whole of the evidence that could realistically bear on the accused's mental state at the time of the alleged offence. The trial judge should alert the jury to the pertinent evidence. How detailed that recitation should be will generally be a matter for the trial judge, in the exercise of his or her discretion.

[66] After the jurors have been alerted to the pertinent evidence, they should be told that if, after considering the whole of the evidence, they believe or have a reasonable doubt that the accused did not have one or the other of the requisite intents for

adéquate sert également de mise en garde. On avertit les jurés que la déduction a un caractère facultatif et n'a pas l'effet d'une présomption, et qu'ils doivent examiner soigneusement les éléments de preuve qui militent contre son application. Ce fait est important. Laissé à lui-même, le jury pourrait trop facilement s'appuyer sur le bon sens pour se former une opinion, surtout dans les affaires où, comme en l'espèce, le bon sens pourrait suggérer qu'une personne qui tire un coup de feu à courte distance en direction de la poitrine de quelqu'un est certainement consciente des conséquences de son geste.

[64] Toutefois, je ne veux pas dire par là que l'exposé portant sur la déduction conforme au bon sens devrait prendre la forme d'un énoncé rigide. Ainsi, à titre d'exemple, bien qu'il soit loisible au juge du procès de faire mention de la « personne saine et sobre » lorsqu'il donne au jury des directives concernant la déduction conforme au bon sens, il n'est pas obligé de le faire. Une simple directive — du genre « une personne connaît généralement les conséquences prévisibles de ses actes et pose ces actes afin d'entraîner ces conséquences » ou autre formulation au même effet — suffirait. (Voir Conseil canadien de la magistrature, *Modèles de directives au jury* (2012) (en ligne), *L'homicide, Infraction 229.a*, par. 6.)

[65] En fin de compte, ce qui est primordial, c'est de bien faire comprendre au jury que, pour examiner la question de l'intention spécifique requise à l'égard de l'infraction de meurtre, il doit considérer l'ensemble des éléments de preuve qui ont pu, de façon réaliste, avoir une incidence sur l'état mental de l'accusé au moment de l'infraction reprochée. Le juge du procès devrait signaler au jury les éléments de preuve pertinents. Le degré de précision que devrait avoir cet exposé est une décision qu'il appartient généralement au juge de prendre, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

[66] Après avoir attiré l'attention des jurés sur la preuve pertinente, il faudrait leur dire que si, après examen de l'ensemble de la preuve, ils estiment que l'accusé n'avait pas l'une ou l'autre des intentions requises à l'égard de l'infraction de meurtre lorsque

murder at the time the offence was committed, then they must acquit the accused of murder and return a verdict of manslaughter.

[67] If, however, there is no evidence that could realistically impact on whether the accused had the requisite mental state at the time of the offence, or if the pertinent evidence does not leave the jury in a state of reasonable doubt about the accused's intent, then the jury may properly resort to the common sense inference in deciding whether intent has been proved.

[68] In the instant case, there was no jury. Instead, as discussed above, the trial judge considered the pertinent evidence of alcohol consumption and found that it did not leave him in a state of reasonable doubt as to whether the appellant knew that death would likely result if he shot the deceased in the chest at close range. Only then did the trial judge apply the common sense inference in finding that the appellant had the necessary intent for murder.

B. Issue 2 — Should the Proposed Fresh Evidence be Received?

[69] Even if the trial judge made no error in considering the evidence adduced at trial, the appellant submits, as a fallback argument, that the fresh evidence he now proposes to introduce on the issue of his mental state at the time of the shooting could reasonably have affected the result at trial. The proposed fresh evidence comes from Dr. George Duska, a forensic psychiatrist. It consists of a pre-sentence report Dr. Duska prepared in 2008 at the appellant's request for the sentencing hearing before Hart J. following the appellant's conviction for second degree murder. It also includes Dr. Duska's testimony from that hearing.

le crime a été perpétré, ou s'ils ont un doute raisonnable à ce sujet, ils doivent l'acquitter de l'accusation de meurtre et prononcer un verdict d'homicide involontaire coupable.

[67] Toutefois, en l'absence d'élément de preuve susceptible d'éclairer de façon réaliste sur l'état mental de l'accusé au moment de l'infraction ou encore dans les cas où la preuve pertinente ne soulève pas de doute raisonnable dans l'esprit du jury concernant l'intention de l'accusé, le jury peut alors à juste titre s'appuyer sur la déduction conforme au bon sens pour déterminer si l'intention a été prouvée.

[68] En l'espèce, il n'y avait pas de jury. Comme nous l'avons vu, le juge du procès a examiné la preuve pertinente au sujet de la consommation d'alcool par l'appellant et a conclu qu'elle ne soulevait pas de doute raisonnable dans son esprit relativement à la question de savoir si l'appellant savait qu'il causerait probablement la mort de la victime s'il lui tirait une balle dans la poitrine à courte distance. Ce n'est qu'à ce moment que le juge du procès a appliqué la déduction conforme au bon sens et a conclu que l'appellant avait eu l'intention requise à l'égard de l'infraction de meurtre.

B. Deuxième question en litige — La nouvelle preuve devrait-elle être admise?

[69] Même si le juge du procès n'a commis aucune erreur dans son examen de la preuve présentée au procès, l'appellant soutient, à titre subsidiaire, qu'il est raisonnable de penser que la nouvelle preuve qu'il souhaite maintenant verser au dossier en ce qui concerne son état mental lorsque le coup de feu a été tiré aurait eu une incidence sur l'issue du procès. Cette nouvelle preuve émane du D^r George Duska, un psychiatre légiste. Elle consiste en un rapport présentenciel que ce dernier a préparé en 2008, à la demande de l'appellant, en vue de l'audience relative à la détermination de la peine qui s'est déroulée devant le juge Hart à la suite de la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré. La preuve comprend également le témoignage du D^r Duska lors de cette audience.

[70] In my view, the fresh evidence that the appellant now seeks to tender would not have been of assistance to him on his trial before Hart J.

[71] The salient features of Dr. Duska's report can be summarized as follows. The appellant was suspected of suffering from an autism spectrum disorder as early as 1996. At that time, a psychiatrist suggested that the appellant might be suffering from pervasive development disorder; another psychiatrist considered a diagnosis of attention deficit hyperactivity disorder (ADHD) and oppositional defiant disorder. The appellant attended a mental health program at a junior high school until he was expelled for aggression. In December 2003, shortly before the shooting, the appellant was diagnosed with alcohol abuse, adjustment disorder, pervasive development disorder (possibly Asperger's disorder), and adult antisocial behaviour.

[72] The report went on to state that the appellant has a history of vandalism, lying, and defying rules starting at age 6 and continuing into his adolescent years. He was expelled from junior high school for aggression. Aggressive behaviour was observed after his first admission to hospital and subsequent transfer to a psychiatric centre where he threatened staff and other patients in the forensic unit without any apparent triggers. Dr. Duska testified that he felt physically threatened when interviewing the appellant. The appellant had low frustration tolerance and was unwilling to undergo any type of treatment or therapy in the forensic unit. According to Dr. Duska, the appellant is at a moderate to high risk of reoffending violently within ten years of being released.

[73] In Dr. Duska's assessment, the appellant suffered from the following five disorders: Asperger's disorder, paranoid personality disorder, intermittent explosive disorder, adult antisocial disorder (without meeting the full criteria for this disorder), and alcohol abuse disorder. In simple

[70] Selon moi, la nouvelle preuve que l'appellant veut maintenant présenter ne l'aurait pas aidé lors de son procès devant le juge Hart.

[71] Les principaux éléments du rapport du D^r Duska peuvent être résumés ainsi. On soupçonnait que l'appellant souffrait de troubles du spectre autistique depuis 1996. À cette époque, un psychiatre a indiqué que l'appellant pouvait souffrir d'un trouble envahissant du développement; un autre psychiatre a quant à lui envisagé la possibilité qu'il souffre d'un trouble d'hyperactivité avec déficit de l'attention (THADA) et d'un trouble oppositionnel avec provocation. L'appellant a participé à un programme de santé mentale offert dans une école secondaire de premier cycle jusqu'à ce qu'il en soit expulsé pour cause d'agression. En décembre 2003, peu avant le meurtre, l'appellant a fait l'objet d'un diagnostic d'abus d'alcool, de trouble d'adaptation, de trouble envahissant du développement (possiblement le syndrome d'Asperger) et de trouble du comportement antisocial de l'adulte.

[72] Le rapport indiquait en outre que, depuis l'âge de six ans et jusque durant l'adolescence, l'appellant avait commis plusieurs actes de vandalisme, qu'il était porté à mentir et à défier l'autorité. Il avait été expulsé de l'école secondaire pour cause d'agression. Ce comportement agressif avait été observé après sa première admission à l'hôpital et lors de son transfert à un centre de soins psychiatriques, où il avait menacé le personnel et d'autres patients de l'unité médico-légale sans raison apparente. Dans son témoignage le D^r Duska a dit avoir craint pour sa sécurité physique pendant sa rencontre avec l'appellant. L'appellant avait une faible tolérance à la frustration et il refusait tous les traitements ou thérapies offerts dans l'unité médico-légale. Selon le D^r Duska, l'appellant présente un risque modéré à élevé de récidive violente dans les dix ans à compter de sa mise en liberté.

[73] De l'avis du D^r Duska, l'appellant était atteint des cinq troubles suivants : le syndrome d'Asperger, le trouble de la personnalité paranoïaque, le trouble explosif intermittent, le trouble du comportement antisocial de l'adulte (sans présenter tous les symptômes de ce trouble) et un problème d'abus

terms, these disorders manifest themselves as follows:

Asperger's disorder: The Asperger's disorder falls on the higher end of functioning among autism spectrum disorders. The appellant's IQ is low average. In the appellant's case, this disorder manifests itself in the appellant's impaired social interaction, such as his poor use of non-verbal cues, difficulty establishing relationships, preoccupation with certain things like smoking and firearms, as well as repetitive motor mannerisms like facial hair stroking, head jerking, and mouth gestures.

Paranoid personality disorder: The appellant is extremely suspicious that others are exploiting or deceiving him and reads demeaning or threatening messages into benign remarks and events.

Intermittent explosive disorder: The appellant has difficulty resisting aggressive impulses, where the resultant aggression is grossly out of proportion to any precipitating stressors.

Adult antisocial behaviour: The appellant engages in antisocial behaviour and holds antisocial attitudes, but does not meet the full criteria for this disorder.

Alcohol abuse disorder: There is a pattern of alcohol abuse suggestive of a disorder, as the appellant's alcohol consumption has caused impairment in social, occupational, and relationship functioning.

[74] I have reviewed Dr. Duska's evidence in some detail because it is his evidence that forms the basis of the appellant's fresh evidence motion. The question that must be answered is whether it meets the criteria for admission.

d'alcool. En termes simples, ces troubles se manifestent de la manière suivante :

Syndrome d'Asperger : Parmi les troubles du spectre autistique, le syndrome d'Asperger se situe dans la partie supérieure de l'échelle du niveau de fonctionnement. Le Q.I. de l'appelant est dans la faible moyenne. Dans le cas de l'appelant, ce trouble se manifeste par une altération des interactions sociales, notamment la mauvaise utilisation des signes non verbaux, la difficulté à établir des relations, des préoccupations circonscrites à certains intérêts comme le tabagisme et les armes à feu, de même que des manières moteurs répétitifs comme se caresser les poils du visage et faire des mouvements brusques de la tête et des mimiques de la bouche.

Trouble de la personnalité paranoïaque : L'appelant est extrêmement méfiant à l'égard des autres et s'attend à ce que ces derniers l'exploitent ou le trompent. Il attribue des sens menaçants ou humiliants à des commentaires et événements anodins.

Trouble explosif intermittent : L'appelant a de la difficulté à résister à des impulsions agressives, ce qui se traduit par un comportement agressif nettement disproportionné par rapport aux facteurs de stress précipitants.

Trouble du comportement antisocial de l'adulte : L'appelant adopte un comportement antisocial et maintient des attitudes antisociales, mais ne répond pas à tous les critères liés à ce trouble.

Problème d'abus d'alcool : L'abus d'alcool de l'appelant suggère l'existence d'un problème à cet égard, dans la mesure où sa consommation d'alcool perturbe ses relations personnelles, sociales et professionnelles.

[74] J'ai fait un résumé passablement détaillé des éléments de preuve que le D^f Duska a produits, parce qu'ils sont à l'origine de la requête de l'appelant pour permission de produire de nouveaux éléments de preuve. Il nous faut maintenant déterminer si ces éléments de preuve satisfont aux critères d'admissibilité.

[75] The test for the admission of fresh evidence on appeal is well established. It consists of four components, identified in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, at p. 775, as follows:

- (1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases: see *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484.
- (2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.
- (3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and
- (4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.

[76] I propose to limit my comments to elements (1) and (4) — due diligence and impact on result at trial.

(1) Due Diligence

[77] On the requirement of due diligence, the appellant submits that this factor should not be applied too strictly in criminal cases, especially where the interests of justice favour admitting the evidence. In this case, he argues that Dr. Duska's diagnosis of Asperger's disorder was not known until after the trial had ended and that justice favours flexibility in applying the due diligence test.

[78] For reasons that will become apparent, my decision to reject the proposed fresh evidence does not turn on the due diligence component. I must say, however, that this case is an egregious example of non-compliance.

[79] At the appellant's trial before Hart J. in 2008 (his second trial on this matter), the psychiatric

[75] Les critères d'admissibilité de nouveaux éléments de preuve en appel sont bien établis. Au nombre de quatre, ils ont été décrits comme suit dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, p. 775 :

- (1) On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles : voir *McMartin c. La Reine*, [1964] R.C.S. 484.
- (2) La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.
- (3) La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et
- (4) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat.

[76] Je me propose de me limiter à l'examen des critères (1) et (4) — la diligence raisonnable et l'influence sur le résultat du procès.

(1) La diligence raisonnable

[77] En ce qui concerne le critère de la diligence raisonnable, l'appellant plaide que ce facteur ne devrait pas être appliqué de manière trop stricte dans les instances criminelles, surtout lorsque l'intérêt de la justice serait mieux servi par l'admission de la preuve. En l'espèce, soutient-il, le diagnostic du syndrome d'Asperger auquel arrive le Dr Duska n'était pas connu au moment où le procès a pris fin et l'intérêt de la justice commande que l'on fasse montre de souplesse dans l'application du critère de la diligence raisonnable.

[78] Pour des raisons qui deviendront évidentes, ma décision de rejeter la nouvelle preuve proposée ne repose pas sur le critère de la diligence raisonnable. Toutefois, je dois dire qu'il s'agit d'un cas flagrant de non-respect de ce critère.

[79] Durant son procès devant le juge Hart en 2008 (son deuxième procès dans cette affaire),

evidence that he now proposes to introduce as fresh evidence on this appeal was, in substance, available to him — and yet, for reasons unexplained, he made no attempt to lead that evidence on the trial proper. Rather, he chose to introduce it at the sentencing hearing.

[80] The same holds true in respect of the appellant's first trial on this matter which occurred in 2005 and ended in a conviction for manslaughter. (That verdict was later overturned on a Crown appeal and a new trial — ultimately resulting in the present appeal — was ordered.) Notably, at his sentencing hearing for the offence of manslaughter, the appellant had introduced psychiatric evidence that for all intents and purposes mirrors the evidence he now seeks to tender as fresh evidence on this appeal. The appellant made no effort to introduce that evidence on the trial proper.

[81] The appellant had long been suspected of suffering from Asperger's disorder, and medical professionals had noted his social difficulties, aggressiveness, fascination with guns and problems with alcohol for a very long time even if they had stopped short of diagnosing him with this specific disorder. There is no reason why the appellant could not have adduced these prior medical opinions before Hart J. at his second trial. Nor is there any reason why he could not have obtained and adduced a comprehensive report like the one Dr. Duska prepared ahead of his second sentencing hearing. Indeed, he had such a report available to him. It had been prepared by Dr. Singh in 2005 for sentencing purposes following the appellant's conviction for manslaughter at his first trial.

[82] While it is true that Dr. Singh's report did not specifically mention Asperger's disorder, it did refer to virtually all of the symptoms identified in Dr. Duska's report. Thus, apart from the

l'appelant disposait, en substance, de la preuve psychiatrique qu'il propose maintenant de présenter comme nouvelle preuve dans le cadre du présent pourvoi — mais que, pour des raisons inexplicées, il n'a pas tenté de produire au procès lui-même. Il a plutôt choisi de présenter cette preuve lors de l'audience relative à la détermination de la peine.

[80] Il en va de même du premier procès qu'a subi l'appelant dans cette affaire en 2005 et qui s'est soldé par un verdict de culpabilité pour homicide involontaire coupable. (Ce verdict a plus tard été infirmé à l'issue d'un appel interjeté par le ministère public et un nouveau procès — qui a en définitive entraîné le présent pourvoi — a été ordonné.) Fait important, lors de l'audience relative à la détermination de la peine concernant l'infraction d'homicide involontaire coupable, l'appelant avait présenté une preuve psychiatrique essentiellement identique à celle dont il sollicite la production à titre de nouvelle preuve. L'appelant n'a d'aucune façon tenté de présenter cette preuve lors du procès proprement dit.

[81] On soupçonnait depuis longtemps que l'appelant souffrait du syndrome d'Asperger, et des professionnels de la santé avaient depuis longtemps remarqué les difficultés qu'il éprouvait sur le plan social, son agressivité, sa fascination pour les armes à feu et ses problèmes reliés à l'alcoolisme, même s'ils n'étaient pas allés jusqu'à diagnostiquer ce trouble spécifique. Rien n'empêchait l'appelant de soumettre ces avis médicaux antérieurs au juge Hart lors de son deuxième procès. Rien ne l'empêchait non plus d'obtenir et de présenter en preuve un rapport exhaustif comme celui que le D^f Duska a préparé en vue de la deuxième audience relative à la détermination de la peine. D'ailleurs, il disposait d'un tel rapport. Ce rapport avait été préparé par le D^f Singh en 2005, pour les besoins de la détermination de la peine après le prononcé du verdict d'homicide involontaire coupable à l'issue du premier procès.

[82] Bien qu'il soit vrai que le rapport du D^f Singh ne mentionnait pas expressément le syndrome d'Asperger, il fait état de pratiquement tous les symptômes relevés par le D^f Duska dans son rapport. Par

new labelling of the symptoms as Asperger's disorder, I see little in the supposedly "new" evidence contained in Dr. Duska's report that could not have been adduced at the appellant's trial, had the appellant and his counsel thought it helpful. And, as we shall see, there are grounds to think that the evidence might have been unhelpful.

[83] This failure to adduce the evidence at trial weighs heavily against its admission in this Court. That said, I would not let it stand in the way of admission if I were otherwise satisfied that the proposed evidence could reasonably be expected to have affected the result at trial.

[84] But that is not the case. Despite the appellant's submissions to the contrary, I am not at all persuaded that the proposed evidence, when taken together with the other evidence adduced at trial, could reasonably be expected to have affected the result.

(2) Could the Proposed Fresh Evidence Reasonably Be Expected to Have Affected the Result at Trial?

[85] The main failing of the proposed fresh evidence is that nowhere does Dr. Duska suggest that the appellant, by virtue of his diagnosed disorders, may not have been aware of the consequences that were likely to follow upon shooting someone in the chest at close range. Indeed, Dr. Duska's report could be read to offer an explanation for the appellant's conduct in shooting the deceased, namely, a symptom of his intermittent explosive disorder that manifests itself in a "failure to resist aggressive impulses that result in serious assaultive acts" (see p. 8 of Dr. Duska's report). In other words, the report indicates that the appellant gives in to his aggressive impulses where other persons would not.

[86] If Dr. Duska was of the view that the appellant's disorders may have impacted on his

conséquent, sauf pour le fait que ces symptômes étaient maintenant désignés par le terme syndrome d'Asperger, il n'y a à mon avis dans la preuve supposément « nouvelle » figurant dans le rapport du D^f Duska bien peu d'éléments qui n'auraient pas pu être présentés au procès si l'appelant et son avocat avaient jugé utile de le faire. Et, comme nous le verrons, il existe des raisons de penser que ces éléments de preuve auraient été inutiles.

[83] L'omission de produire ces éléments de preuve au procès milite fortement contre leur admission devant notre Cour. Cela dit, je n'empêcherais pas pour autant leur admission si j'étais par ailleurs convaincu qu'on peut raisonnablement penser que les éléments en question auraient pu influencer l'issue du procès.

[84] Toutefois, tel n'est pas le cas. Malgré les observations à l'effet contraire présentées par l'appelant, je ne suis aucunement convaincu qu'on peut raisonnablement penser que, conjuguée aux autres éléments de preuve soumis lors du procès, la preuve proposée aurait pu influencer le résultat.

(2) Peut-on raisonnablement penser que la nouvelle preuve proposée aurait pu influencer l'issue du procès?

[85] Le principal problème que pose la nouvelle preuve proposée tient au fait que, à aucun moment, le D^f Duska n'affirme que, en raison des troubles diagnostiqués, l'appelant aurait pu ne pas être conscient des conséquences qu'entraînerait probablement le fait de faire feu à courte distance en direction de la poitrine de quelqu'un. D'ailleurs, le rapport du D^f Duska pourrait être considéré comme offrant une explication de la conduite de l'appelant lorsqu'il a fait feu sur la victime, à savoir qu'il s'agirait d'un symptôme de son trouble explosif intermittent, lequel se manifeste par une [TRADUCTION] « incapacité de résister à une pulsion agressive qui résulte en une série d'agressions » (voir la p. 8 du rapport du D^f Duska). En d'autres termes, le rapport indique que l'appelant cède à ses pulsions agressives, alors que d'autres personnes ne le feraient pas.

[86] Si le D^f Duska était d'avis que les troubles de l'appelant étaient susceptibles d'avoir eu

awareness of the consequences of firing a gun into a person's chest at close range, he could have prepared a report to that effect and filed it on this appeal. He did not do so.

[87] Nor did Dr. Duska provide additional information that may have shed light on the "unintentional discharge" theory that the appellant advanced at trial. Nothing in Dr. Duska's report lends credence to the appellant's contention that there was a disconnect between the appellant's brain and his finger that resulted in an involuntary pulling of the trigger. The evidence indicates that the appellant exhibits repetitive motor mannerisms, or what might colloquially be called a "tic" (e.g., facial hair stroking, head jerking). But there is no indication that he cannot control his index finger or that he might have involuntarily used his finger to apply the more than six pounds of pressure required to shoot his gun on the night of the shooting.

[88] As for the appellant's alcohol consumption issue, it tells us nothing about his degree of impairment on the night in question. The trial judge, as discussed, did consider the evidence of the appellant's intoxication and found that it did not raise a reasonable doubt about the appellant's intent.

[89] In the end, I see no basis for concluding that Dr. Duska's evidence could have raised a reasonable doubt as to whether the appellant voluntarily shot his gun, or as to whether he possessed the requisite intent for murder.

[90] Accordingly, I would dismiss the appellant's motion to introduce fresh evidence.

V. Conclusion

[91] The trial judge, as I have explained, made no error in his analysis or conclusion. I would accordingly dismiss the appeal.

une incidence sur la connaissance, par ce dernier, des conséquences qu'entraînerait le fait de faire feu à courte distance en direction de la poitrine de quelqu'un, il aurait pu préparer un rapport à cet effet et le déposer dans le cadre du présent pourvoi. Il ne l'a pas fait.

[87] Le D^r Duska n'a pas non plus fourni de renseignements additionnels de nature à expliquer la thèse du « coup de feu non intentionnel » que l'appellant a présentée au procès. Rien dans le rapport du D^r Duska ne vient renforcer la prétention de l'appellant voulant que la communication ait été interrompue entre le cerveau et le doigt de l'appellant, ce qui l'aurait amené à presser la détente de façon involontaire. Il ressort de la preuve que l'appellant présente des maniérismes moteurs répétitifs ou ce qui pourrait communément être appelé des « tics » (p. ex., se caresser les poils du visage, faire des mouvements brusques de la tête). Mais rien n'indique qu'il ne peut pas contrôler son index ou qu'il ait pu utiliser son doigt de façon involontaire pour appliquer la pression de plus de six livres nécessaire pour tirer un coup de feu avec sa carabine le soir des événements.

[88] La consommation d'alcool de l'appellant, quant à elle, ne nous renseigne aucunement sur le degré d'affaiblissement de ses facultés le soir en question. Le juge du procès, je l'ai déjà signalé, a examiné la preuve relative à l'ivresse de l'appellant et il a conclu qu'elle ne soulevait pas de doute raisonnable au sujet de l'intention de l'appellant.

[89] En dernière analyse, je ne vois aucune raison de conclure que la preuve émanant du D^r Duska aurait pu soulever un doute raisonnable quant à la question de savoir si l'appellant a volontairement tiré un coup de feu ou s'il possédait l'intention requise à l'égard de l'infraction de meurtre.

[90] Par conséquent, je rejetterais la requête présentée par l'appellant afin d'être autorisé à produire une preuve nouvelle.

V. Conclusion

[91] Comme je l'ai expliqué, le juge du procès n'a commis aucune erreur dans son analyse ou en concluant comme il l'a fait. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Karen B. Molle, Calgary.

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

Solicitors for the intervener: Lacy Wilkinson, Toronto.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant : Karen B. Molle, Calgary.

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

Procureurs de l'intervenante : Lacy Wilkinson, Toronto.

Damon William Knott *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

D.A.P. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. KNOTT

2012 SCC 42

File No.: 33911.

2011: December 14; 2012: July 31.

Present: McLachlin C.J. and Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Sentencing — Probation — Courts empowered to issue probation orders in addition to imprisonment for a term not exceeding two years — Whether “imprisonment for a term not exceeding two years” relates only to imprisonment imposed by a sentencing court at a single sitting or aggregate of all sentences imposed on offender — Whether probation can be ordered where offender is subject to multiple sentences that, if aggregated, exceed two years — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 731(1)(b).

In August 2005, the appellant K received a sentence of 24 months' imprisonment with three years' probation and a concurrent sentence of 12 months' imprisonment with three years' probation. Less than one month later, on a different matter, he received a concurrent sentence of 16 months' imprisonment with three years' probation. One week before the expiry of the 24-month sentence, he received a consecutive sentence of six months' imprisonment. He later received a consecutive sentence of eight months' imprisonment with one year's

Damon William Knott *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

D.A.P. *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. KNOTT

2012 CSC 42

N° du greffe : 33911.

2011 : 14 décembre; 2012 : 31 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Moldaver et Karakatsanis.

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Probation — Pouvoir des tribunaux de rendre une ordonnance de probation en plus d'un emprisonnement maximal de deux ans — L'expression « emprisonnement maximal de deux ans » s'entend-elle uniquement de la période d'emprisonnement imposée par un tribunal lors d'une seule et même séance ou plutôt de la somme de toutes les peines infligées au délinquant? — Une ordonnance de probation peut-elle être rendue à l'égard d'un délinquant faisant l'objet de multiples peines d'emprisonnement qui, additionnées, excéderaient deux ans? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 731(1)(b).

En août 2005, l'appelant K a été condamné à des peines d'emprisonnement de 24 mois et de 12 mois respectivement, à purger concurremment, chacune de ces peines étant assortie d'une ordonnance de probation de trois ans. Moins d'un mois plus tard, il s'est vu infliger dans une autre affaire une peine d'emprisonnement de 16 mois devant être purgée concurremment et accompagnée de trois ans de probation. Une semaine avant l'expiration de la peine de 24 mois, il a été condamné à une peine de six mois d'emprisonnement, à purger

probation. In June 2008, the appellant D.A.P. received a conditional sentence of two years less a day with two years' probation. He breached that sentence and committed other offences. In February 2009, his conditional sentence was converted into a custodial term and he received concurrent sentences of three years' imprisonment and six months' imprisonment for the additional offences. On appeal, the appellants contested the probation orders claiming that s. 731(1)(b) of the *Criminal Code* only permits such orders where there is "imprisonment for a term not exceeding two years", and that this consists of the aggregate of all custodial terms. The Court of Appeal confirmed the probation orders.

Held: The appeals should be dismissed.

The probation orders imposed on the appellants were valid when made and no prior or subsequent sentences invalidated them, either prospectively or retrospectively. The phrase "imprisonment for a term not exceeding two years" relates only to the actual term of imprisonment imposed by a sentencing court at a single sitting. It does not refer to the aggregate of the custodial term imposed by the sentencing court and all other sentences then being served or later imposed on the offender. Nor must a probation order come into force within two years of being made. Probation orders, however, may not be attached to a sentence that does not exceed two years' imprisonment if that sentence results in continuous custody for more than two years when combined with other sentences imposed at the same sentencing session. Probation orders of this sort contravene s. 731(1)(b) of the *Criminal Code*.

Trial judges must retain as much flexibility as the *Criminal Code* permits in crafting individualized sentences that respect the principles and purposes of sentencing set out by Parliament in the *Code*. The result sought by the appellants would limit the availability of probation orders in an unwarranted manner and prevent sentencing judges from imposing, in appropriate cases, shorter custodial terms followed by community supervision for up to three years. Probation orders are intended to facilitate rehabilitation. An interpretation of

consécutivement. Il a plus tard été condamné à une peine de huit mois d'emprisonnement devant être purgée consécutivement et assortie d'un an de probation. En juin 2008, l'appellant D.A.P. a été condamné à une peine d'emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour, assortie de deux ans de probation. Il a manqué aux conditions de cette peine et commis d'autres infractions. En février 2009, sa condamnation avec sursis a été convertie en peine d'emprisonnement et il a été condamné pour ces autres infractions à des peines de trois ans et de six mois d'emprisonnement à purger concurremment. En appel, les appelants ont contesté les ordonnances de probation, affirmant d'une part que l'al. 731(1)(b) du *Code criminel* autorise les tribunaux à rendre de telles ordonnances uniquement lorsqu'ils infligent un « emprisonnement maximal de deux ans », et d'autre part que cette période maximale est constituée de la somme de toutes les peines d'emprisonnement. La Cour d'appel a confirmé la validité des ordonnances de probation.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

Les ordonnances de probation imposées aux appelants étaient valides lorsqu'elles ont été prononcées, et aucune peine d'emprisonnement infligée antérieurement ou subséquentement n'a eu pour effet de les invalider, prospectivement ou rétrospectivement. L'expression « emprisonnement maximal de deux ans » s'entend uniquement de la période d'emprisonnement imposée par un tribunal lors d'une seule et même séance. Elle ne désigne pas la somme de la période d'incarcération imposée par le tribunal et de toutes les autres peines que le délinquant est en train de purger ou qui lui sont infligées subséquentement. Il n'est pas nécessaire non plus qu'une ordonnance de probation entre en vigueur dans les deux ans suivant son prononcé. Toutefois, une ordonnance de probation ne peut pas accompagner une peine d'emprisonnement qui, bien que n'excédant pas deux ans, résulte par ailleurs en une peine continue d'incarcération de plus de deux ans lorsqu'elle est conjuguée à d'autres peines infligées lors de la même séance. De telles ordonnances de probation contreviennent à l'al. 731(1)(b) du *Code criminel*.

Les juges doivent conserver toute la souplesse que leur accorde le *Code criminel* dans l'établissement de peines individualisées conformes aux principes et objectifs énoncés dans le *Code* par le législateur en matière de détermination de la peine. La conclusion recherchée par les appelants limiterait de manière injustifiée la possibilité pour les tribunaux de recourir aux ordonnances de probation et aurait pour effet d'empêcher le juge qui détermine la peine d'imposer, dans les cas où cela serait indiqué, de courtes peines d'incarcération

the phrase “imprisonment for a term not exceeding two years” that includes all outstanding sentences would have the undesirable consequence of making probation orders unavailable to offenders who might well benefit from them. The sentencing objectives in the *Criminal Code* are best achieved by preserving non-custodial sentencing options. Not infrequently, the offender and society will both benefit from a probation order that comes into force following imprisonment for an aggregate period of more than two years.

In assessing the appropriateness of a fresh probation order, however, unexpired prior sentences remain an important consideration. Sentencing courts cannot disregard existing probation orders. A sentence must take into account the particular circumstances of the offence, the character and needs of the offender, and the purpose and relevant principles of sentencing. A probation order that is manifestly inappropriate in itself or that renders a sentence unfit will be set aside on appeal. As well, a probation order that was appropriate when made may be rendered inappropriate by a lengthy intervening term of imprisonment.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Mathieu*, 2008 SCC 21, [2008] 1 S.C.R. 723; *R. v. Middleton*, 2009 SCC 21, [2009] 1 S.C.R. 674; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *R. v. Shoker*, 2006 SCC 44, [2006] 2 S.C.R. 399; *R. v. Pickell*, 2007 CanLII 25672; *R. v. Amyotte*, 2005 BCCA 12, 192 C.C.C. (3d) 412; *R. v. Pawlak*, 2005 BCCA 500, 217 B.C.A.C. 146; *R. v. McKinnon*, 2008 BCCA 416, 237 C.C.C. (3d) 345; *R. v. Miller* (1987), 36 C.C.C. (3d) 100; *R. v. Lucas*, 2009 NLCA 56, 293 Nfld. & P.E.I.R. 90; *R. v. Pauls*, 2008 BCCA 322 (CanLII); *R. v. K. (K.)*, 2009 ONCA 254, 244 C.C.C. (3d) 124; *R. v. Hendrix* (1999), 137 C.C.C. (3d) 445; *R. v. Renouf*, 2001 NFCA 56, 160 C.C.C. (3d) 173; *R. v. Weir*, 2004 BCCA 529 (CanLII); *R. v. Currie* (1982), 65 C.C.C. (2d) 415; *R. v. Young* (1980), 27 C.R. (3d) 85; *R. v. Hennigar* (1983), 58 N.S.R. (2d) 110; *R. v. McPhee* (1993), 128 N.S.R. (2d) 79; *R. v. Amaralik* (1984), 16 C.C.C. (3d) 22; *R. v. Hackett* (1986), 30 C.C.C. (3d) 159; *R. v. Gill* (1994), 162 A.R. 163; *R. v. H.J.P.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 20;

suivies d’une période de surveillance dans la collectivité pouvant aller jusqu’à trois ans. Les ordonnances de probation ont pour objet de faciliter la réadaptation des délinquants. Le fait de considérer que l’expression « emprisonnement maximal de deux ans » inclut toutes les peines non terminées aurait pour effet indésirable d’empêcher le prononcé d’ordonnances de probation à l’égard de délinquants à qui une telle mesure pourrait fort bien être bénéfique. La réalisation des objectifs du prononcé des peines énoncés au *Code criminel* est davantage favorisée par la préservation des décisions d’ordre non carcéral à la disposition des tribunaux. Il arrivera fréquemment qu’une ordonnance de probation entrant en vigueur à la suite d’un emprisonnement total de plus de deux ans soit bénéfique tant pour la société que pour le délinquant.

Cependant, les peines antérieures non entièrement purgées demeurent une considération importante pour décider s’il est approprié de rendre une nouvelle ordonnance de probation. Le tribunal appelé à déterminer la peine ne peut faire abstraction des ordonnances de probation existantes. La peine doit tenir compte des circonstances particulières de l’infraction, de la réputation et des besoins du délinquant, ainsi que de l’objectif et des principes pertinents de détermination de la peine. Une ordonnance de probation qui est en soi manifestement inappropriée ou qui rend injuste une peine sera annulée en appel. De plus, une ordonnance de probation qui était par ailleurs appropriée lorsqu’elle a été prononcée peut être rendue inappropriée par l’infliction subséquente d’une longue peine d’emprisonnement.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Mathieu*, 2008 CSC 21, [2008] 1 R.C.S. 723; *R. c. Middleton*, 2009 CSC 21, [2009] 1 R.C.S. 674; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. c. Shoker*, 2006 CSC 44, [2006] 2 R.C.S. 399; *R. c. Pickell*, 2007 CanLII 25672; *R. c. Amyotte*, 2005 BCCA 12, 192 C.C.C. (3d) 412; *R. c. Pawlak*, 2005 BCCA 500, 217 B.C.A.C. 146; *R. c. McKinnon*, 2008 BCCA 416, 237 C.C.C. (3d) 345; *R. c. Miller* (1987), 36 C.C.C. (3d) 100; *R. c. Lucas*, 2009 NLCA 56, 293 Nfld. & P.E.I.R. 90; *R. c. Pauls*, 2008 BCCA 322 (CanLII); *R. c. K. (K.)*, 2009 ONCA 254, 244 C.C.C. (3d) 124; *R. c. Hendrix* (1999), 137 C.C.C. (3d) 445; *R. c. Renouf*, 2001 NFCA 56, 160 C.C.C. (3d) 173; *R. c. Weir*, 2004 BCCA 529 (CanLII); *R. c. Currie* (1982), 65 C.C.C. (2d) 415; *R. c. Young* (1980), 27 C.R. (3d) 85; *R. c. Hennigar* (1983), 58 N.S.R. (2d) 110; *R. c. McPhee* (1993), 128 N.S.R. (2d) 79; *R. c. Amaralik* (1984), 16 C.C.C. (3d) 22; *R. c. Hackett* (1986), 30 C.C.C. (3d) 159; *R. c. Gill* (1994), 162 A.R. 163; *R. c. H.J.P.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 20;

R. v. Shropshire, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206.

Statutes and Regulations Cited

Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 139.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 718 to 718.2, 731, 732.1(5), 732.2, 743.1.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. and Rowles, Hall, Groberman and Bennett J.J.A.), 2010 BCCA 386, 291 B.C.A.C. 236, 492 W.A.C. 236, 258 C.C.C. (3d) 470, [2010] B.C.J. No. 1664 (QL), 2010 CarswellBC 2238, affirming the sentencing decisions of Judge Raven, Surrey Registry Nos. 145481-3-C and 146247-1, August 18, 2005; Judge Moss, North Vancouver Registry Nos. 45179-1 and 45295-1, September 8, 2005; Judge Chaperon, Victoria Registry No. 140302-1, December 3, 2007; and *sub nom. R. v. D.A.P.*, Judge Webb, Cranbrook Registry Nos. 26225-2-C and 27264-1-K, June 3, 2008. Appeals dismissed.

Anna King, for the appellant Damon William Knott.

Eric Purtzki, for the appellant D.A.P.

Michael J. Brundrett, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

FISH J. —

I

[1] Trial judges must retain as much flexibility as the *Criminal Code* permits in crafting individualized sentences that respect the principles and purposes of sentencing set out by Parliament in the *Code*.

[2] The result sought by the appellants would have the opposite effect. It would limit the availability of probation orders in a manner unwarranted by the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. More

R. c. Shropshire, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 718 à 718.2, 731, 732.1(5), 732.2, 743.1.

Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 139.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Rowles, Hall, Groberman et Bennett), 2010 BCCA 386, 291 B.C.A.C. 236, 492 W.A.C. 236, 258 C.C.C. (3d) 470, [2010] B.C.J. No. 1664 (QL), 2010 CarswellBC 2238, qui a confirmé les décisions relatives à la détermination de la peine de la juge Raven, greffe de Surrey n^{os} 145481-3-C et 146247-1, 18 août 2005; du juge Moss, greffe de North Vancouver n^{os} 45179-1 et 45295-1, 8 septembre 2005; de la juge Chaperon, greffe de Victoria n^o 140302-1, 3 décembre 2007; et *sub nom. R. c. D.A.P.*, du juge Webb, greffe de Cranbrook n^{os} 26225-2-C et 27264-1-K, 3 juin 2008. Pourvois rejetés.

Anna King, pour l'appelant Damon William Knott.

Eric Purtzki, pour l'appelant D.A.P.

Michael J. Brundrett, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE FISH —

I

[1] Les juges doivent conserver toute la souplesse que leur accorde le *Code criminel* dans l'établissement de peines individualisées conformes aux principes et objectifs énoncés dans le *Code* par le législateur en matière de détermination de la peine.

[2] La conclusion recherchée par les appelants aurait l'effet contraire. Elle limiterait, d'une manière que ne justifie pas le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, la possibilité pour les tribunaux de

particularly, it would prevent sentencing judges from imposing, in appropriate cases, shorter custodial terms followed by community supervision for up to three years.

[3] That is what happened here. And it is not suggested that the sentences imposed on either appellant were excessive or incompatible with the relevant principles of sentencing.

[4] The sole issue is whether the probation orders attacked by the appellants contravene s. 731(1)(b) of the *Criminal Code*. In virtue of that provision, a court that sentences an offender to imprisonment for “a term not exceeding two years [may] direct that the offender comply with the conditions prescribed in a probation order”.

[5] None of the courts that made the probation orders in issue here sentenced either appellant to a term of imprisonment exceeding two years. And they were not “merged” by law, for the purposes of s. 731(1)(b), with other sentences the appellants were then serving or subsequently received.

[6] Earlier case law to the contrary has been overtaken by this Court’s decisions in *R. v. Mathieu*, 2008 SCC 21, [2008] 1 S.C.R. 723, and *R. v. Middleton*, 2009 SCC 21, [2009] 1 S.C.R. 674. I refer here to prior decisions in some provinces (including British Columbia) that struck down a probation order because the accompanying prison sentence — *in combination with other sentences imposed against the same offender on other occasions* — exceeded two years. This was known as the “two-year rule”.

[7] In the present matter, a five-member panel of the British Columbia Court of Appeal recognized that *Mathieu* and *Middleton* had exposed

recourir aux ordonnances de probation. Plus particulièrement, elle aurait notamment pour effet d’empêcher le juge qui détermine la peine d’imposer, dans les cas où cela serait indiqué, de courtes peines d’incarcération suivies d’une période de surveillance dans la collectivité pouvant aller jusqu’à trois ans.

[3] C’est ce qui s’est produit en l’espèce. De plus, personne ne prétend que les peines infligées à l’un et l’autre des appelants étaient excessives ou incompatibles avec les principes pertinents de détermination de la peine.

[4] La seule question en litige est celle de savoir si les ordonnances de probation contestées par les appelants contreviennent à l’al. 731(1)(b) du *Code criminel*. En vertu de cette disposition, le tribunal qui condamne un délinquant à « un emprisonnement maximal de deux ans [peut] ordonner que le délinquant se conforme aux conditions prévues dans une ordonnance de probation ».

[5] Aucun des tribunaux qui a rendu les ordonnances de probation contestées en l’espèce n’a condamné l’un ou l’autre des appelants à une peine d’emprisonnement supérieure à deux ans. En outre, ces ordonnances n’ont pas, pour l’application de l’al. 731(1)(b), été juridiquement « fusionnées » avec d’autres peines que purgeaient déjà les appelants ou auxquelles ils ont été condamnés par la suite.

[6] Dans *R. c. Mathieu*, 2008 CSC 21, [2008] 1 R.C.S. 723, et *R. c. Middleton*, 2009 CSC 21, [2009] 1 R.C.S. 674, notre Cour s’est éloignée de la jurisprudence antérieure à l’effet contraire. Je parle ici de décisions qui avaient été rendues dans certaines provinces (dont la Colombie-Britannique) et avaient annulé une ordonnance de probation, au motif que la peine d’emprisonnement à laquelle elle était jointe — *conjuguée à d’autres peines infligées au même délinquant à d’autres occasions concomitantes* — excédait deux ans. Ce principe était appelé la « règle des deux ans ».

[7] Dans la présente affaire, une formation de cinq juges de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a reconnu que les arrêts *Mathieu* et *Middleton*

latent — and irreparable — cracks in the foundation of the “two-year rule”. The Court of Appeal therefore felt bound to undertake a “new analysis” (2010 BCCA 386, 291 B.C.A.C. 236, at para. 68). In this fresh light, the Court of Appeal upheld all of the probation orders made against both appellants.

[8] We are now urged by the appellants to set aside the judgment of the Court of Appeal and quash the probation orders of which they were the beneficiaries when the orders were made: They would both have otherwise received longer terms of imprisonment.

[9] Their joined appeals should both be dismissed, not because the appellants are “sore winners”, but because any other result would be unwarranted by the relevant provisions of the *Criminal Code*. And it would be contrary to society’s interest in ensuring its own protection by preserving a sentencing option that favours the rehabilitation of offenders.

[10] In appropriate cases, probation orders serve that purpose as an effective and efficient alternative to unnecessary institutional confinement (*Mathieu*, at para. 20; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 32; *R. v. Shoker*, 2006 SCC 44, [2006] 2 S.C.R. 399, at para. 10).

II

[11] On August 18, 2005, Mr. Knott received concurrent sentences of 24 months’ imprisonment on one information and 12 months’ on another, with three years’ probation added to each sentence. On September 8, 2005, less than one month later, he was sentenced on a different matter to 16 months’ imprisonment and three years’ probation. *At the Crown’s suggestion*, the trial judge ordered the term of imprisonment to be served concurrently with Mr. Knott’s existing sentences.

avaient révélé des failles latentes — et irréparables — dans les fondements de la « règle des deux ans ». La Cour d’appel a donc estimé qu’elle était tenue de procéder à une [TRADUCTION] « nouvelle analyse » (2010 BCCA 386, 291 B.C.A.C. 236, par. 68). Sous ce nouvel éclairage, elle a confirmé toutes les ordonnances de probation visant les appelants.

[8] Les appelants nous exhortent maintenant à casser le jugement de la Cour d’appel et à annuler les ordonnances de probation dont ils bénéficiaient lorsqu’elles ont été rendues : en effet, sans ces ordonnances ils auraient été condamnés tous les deux à de plus longues peines d’emprisonnement.

[9] Leurs pourvois conjoints doivent être rejetés, non pas parce que les appelants sont des « mauvais gagnants », mais parce que tout autre résultat serait injustifié au regard des dispositions pertinentes du *Code criminel*. Qui plus est, il irait à l’encontre de l’intérêt qu’a la société à assurer sa propre protection en préservant la faculté pour les tribunaux de recourir à une mesure de détermination de la peine qui favorise la réadaptation des délinquants.

[10] Dans les cas où elles sont indiquées, les ordonnances de probation contribuent à cet objectif en constituant une solution de rechange efficace et efficiente à l’emprisonnement lorsque l’incarcération du délinquant dans un établissement n’est pas nécessaire (*Mathieu*, par. 20; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 32; *R. c. Shoker*, 2006 CSC 44, [2006] 2 R.C.S. 399, par. 10).

II

[11] Le 18 août 2005, M. Knott a été condamné à des peines d’emprisonnement à purger concurremment de 24 mois à l’égard d’une dénonciation et de 12 mois à l’égard de l’autre, chacune de ces peines étant assortie d’une ordonnance de probation de trois ans. Moins d’un mois plus tard, le 8 septembre 2005, une peine de 16 mois d’emprisonnement et de trois ans de probation lui a été infligée dans une autre affaire. *Suivant la recommandation du ministère public*, le juge du procès a ordonné que cette peine d’emprisonnement soit purgée concurremment avec les condamnations existantes.

[12] Mr. Knott was back in court on August 10, 2007, approximately one week before the expiry of his previously imposed 24-month sentence. Mr. Knott again pleaded guilty and was sentenced to six months' imprisonment, *consecutive* to the term he was already serving. Finally, on December 3, 2007, he was sentenced to eight months' imprisonment, consecutive to his existing sentences, to be followed by probation for one year.

[13] By the end of 2007, Mr. Knott had thus accumulated four separate probation orders, each to come into force in accordance with s. 732.2(1)(b) of the *Criminal Code*:

732.2 (1) A probation order comes into force

. . .

(b) where the offender is sentenced to imprisonment under paragraph 731(1)(b) or was previously sentenced to imprisonment for another offence, as soon as the offender is released from prison or, if released from prison on conditional release, at the expiration of the sentence of imprisonment; . . .

[14] On August 2, 2008, Mr. Knott was due for release in respect of all the offences mentioned, having served a total of 2 years, 11 months, and 16 days. But he remained in custody on another matter until December 17, 2008.

[15] The other appellant, D.A.P., received a conditional sentence of two years less a day on June 3, 2008, to be followed by two years' probation. On February 19, 2009, D.A.P. pleaded guilty to having breached his conditional sentence order, along with other offences. His conditional sentence was converted into a custodial term and he was sentenced on the same day to three years' imprisonment for one offence and six months' concurrent for another. Both fresh sentences were made concurrent to any other sentences that D.A.P. was then serving.

[12] Le 10 août 2007, environ une semaine avant l'expiration de la peine de 24 mois qui lui avait été imposée précédemment, M. Knott s'est de nouveau retrouvé devant les tribunaux. Il a une fois de plus plaidé coupable, et le juge l'a condamné à une peine de six mois d'emprisonnement à purger *consécutivement* à la période qu'il purgeait déjà. Enfin, le 3 décembre 2007, il a été condamné à une peine de huit mois d'emprisonnement devant être purgée consécutivement aux peines existantes et suivie d'une période de probation d'un an.

[13] À la fin de 2007, M. Knott faisait donc l'objet de quatre ordonnances de probation distinctes, dont l'entrée en vigueur était régie par l'al. 732.2(1)(b) du *Code criminel*, disposition rédigée ainsi :

732.2 (1) L'ordonnance de probation entre en vigueur :

. . .

b) dans le cas où le délinquant est condamné à l'emprisonnement en vertu de l'alinéa 731(1)(b), ou a été condamné antérieurement à l'emprisonnement pour une autre infraction, dès sa sortie de prison, ou, s'il est libéré sous condition, à la fin de sa période d'emprisonnement; . . .

[14] Le 2 août 2008, M. Knott devait être remis en liberté à l'égard de toutes les infractions susmentionnées, soit après un emprisonnement total de 2 ans, 11 mois et 16 jours. Il est cependant demeuré incarcéré jusqu'au 17 décembre 2008 à cause d'une autre affaire.

[15] L'autre appellant, D.A.P., a été condamné le 3 juin 2008 à une peine d'emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour assortie de deux ans de probation. Le 19 février 2009, il a plaidé coupable à une accusation de manquement aux conditions de l'ordonnance de sursis, ainsi qu'à l'égard d'autres infractions. La condamnation avec sursis a été convertie en peine d'emprisonnement et, le même jour, il a été condamné à trois ans d'emprisonnement pour une infraction et à six mois pour une autre, ces peines devant être purgées concurremment. Les deux nouvelles peines infligées à D.A.P. devaient être purgées concurremment avec toute autre peine qu'il purgeait déjà.

[16] In this context, a brief word concerning the imposition of multiple probation orders in this case.

[17] Sentencing courts may impose separate but concurrent probation orders, attached to different counts. This may be done to add supplementary conditions appropriate in the circumstances of different offences, or to ensure that the offender will remain subject to probation if one of the probation orders is later set aside or rendered inoperative.

[18] While multiple probation orders may be made in this manner, no probation order may continue for more than three years from the date on which it came into force (*Criminal Code*, s. 732.2(2)(b)), subject to the exception involving subsequent convictions once a probation order has already come into force (s. 732.2(5)).

III

[19] Mr. Knott appealed his August 18, 2005, September 8, 2005 and December 3, 2007 sentences, seeking to have the probation orders quashed. D.A.P. appealed his June 3, 2008 sentence, seeking the same outcome.

[20] As mentioned earlier, the Court of Appeal took these sentence appeals as an opportunity to revisit the law. Sitting as a five-judge panel, the Court of Appeal reached three principal conclusions.

[21] First, the court concluded that, where a sentencing court imposes terms of imprisonment at a single sentencing hearing that would — either individually or cumulatively — exceed two years, probation cannot be ordered as well.

[22] Second, the court held that, if an offender is subject to a term of imprisonment imposed on a prior occasion, and a court orders a subsequent

[16] Dans ce contexte, j'aimerais faire quelques brèves observations au sujet du prononcé des multiples ordonnances de probation en l'espèce.

[17] Le tribunal qui détermine la peine d'un délinquant peut lui imposer, à l'égard de chefs d'accusation différents, des ordonnances de probation distinctes mais applicables concurremment. Il peut le faire soit pour ajouter des conditions appropriées compte tenu des circonstances des différentes infractions, soit pour faire en sorte que le délinquant demeure assujéti à une période de probation si, ultérieurement, l'une des ordonnances est annulée ou devient inopérante.

[18] Bien que des ordonnances de probation multiples puissent être rendues de la sorte, la durée d'application maximale de toute ordonnance de probation est de trois ans (*Code criminel*, al. 732.2(2)b)), sous réserve de l'exception découlant de déclarations de culpabilité prononcées après l'entrée en vigueur d'une ordonnance de probation (par. 732.2(5)).

III

[19] M. Knott a fait appel des sentences rendues les 18 août 2005, 8 septembre 2005 et 3 décembre 2007, sollicitant l'annulation des ordonnances de probation. Pour sa part, D.A.P. a interjeté appel de la sentence prononcée contre lui le 3 juin 2008 et demandé le même résultat.

[20] Comme je l'ai mentionné plus tôt, la Cour d'appel a vu dans ces appels à l'encontre de sentences l'occasion de réexaminer le droit applicable. Siégeant en formation de cinq juges, elle a formulé trois conclusions principales.

[21] Premièrement, elle a conclu que dans les cas où le tribunal impose, lors d'une même audience de détermination de la peine, des peines d'emprisonnement qui — individuellement ou cumulativement — excèdent deux ans, il ne peut ordonner aussi une période de probation.

[22] Deuxièmement, elle a statué que, si un délinquant est déjà sous le coup d'une peine d'emprisonnement infligée dans une instance antérieure et

sentence that would exceed two years when combined with the unexpired portion (or “remanet”) of the existing sentence, it “would, except in the rarest of cases, be an error in principle” for the sentencing court to also make a probation order under s. 731(1)(b) (para. 73).

[23] Third, the court held that the remanet analysis applies only where the subsequent sentencing court makes a *fresh* probation order. Subsequent sentences of whatever length (other than imprisonment for life) were held not to invalidate any *existing* probation order.

[24] Applying these findings of law to the facts in each instance, the Court of Appeal, as I have already mentioned, confirmed all of the probation orders imposed against Mr. Knott and D.A.P., and dismissed their appeals.

IV

[25] The British Columbia Court of Appeal was not the first court to question or reject the two-year rule previously applied (see *R. v. Pickell*, 2007 CanLII 25672 (Ont. S.C.J.)). It did nonetheless chart new territory in this case. The court had previously decided that an intervening sentence *could* invalidate a once lawful probation order (*R. v. Amyotte*, 2005 BCCA 12, 192 C.C.C. (3d) 412; *R. v. Pawlak*, 2005 BCCA 500, 217 B.C.A.C. 146; *R. v. McKinnon*, 2008 BCCA 416, 237 C.C.C. (3d) 345). So, too, had other provincial courts of appeal (*R. v. Miller* (1987), 36 C.C.C. (3d) 100 (Ont.); *R. v. Lucas*, 2009 NLCA 56, 293 Nfld. & P.E.I.R. 90).

[26] It had also been previously held, both in British Columbia and in Ontario, that probation cannot be ordered where the offender is subject to multiple sentences that, if aggregated,

qu’un tribunal le condamne subséquentement à une période d’emprisonnement qui, conjuguée à la portion non purgée (parfois appelée « *remanet* ») de la peine existante — excéderait deux ans, le fait pour le tribunal de prononcer également une ordonnance de probation en vertu de l’al. 731(1)b) [TRADUCTION] « constituerait, sauf dans des cas extrêmement rares, une erreur de principe » (par. 73).

[23] Troisièmement, la Cour d’appel a jugé que l’analyse relative au *remanet* n’intervient que dans les cas où le tribunal infligeant subséquentement une peine d’emprisonnement rend une *nouvelle* ordonnance de probation. Elle a considéré que les peines subséquentes d’emprisonnement, quelle que soit leur durée (exception faite de l’emprisonnement à perpétuité), n’avaient pas pour effet d’invalider une ordonnance de probation *existante*.

[24] Appliquant ces conclusions de droit aux faits de chacune des espèces, la Cour d’appel a, comme je l’ai précisé plus tôt, confirmé toutes les ordonnances de probation imposées à M. Knott et à D.A.P., et elle a rejeté leurs appels.

IV

[25] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique n’est pas le premier tribunal à mettre en doute ou à rejeter la règle des deux ans appliquée jusque-là (voir *R. c. Pickell*, 2007 CanLII 25672 (C.S.J. Ont.)). Elle a cependant fait œuvre pionnière en l’espèce. Elle avait auparavant jugé que le prononcé d’une nouvelle peine d’emprisonnement *pouvait* invalider une ordonnance de probation qui était par ailleurs légale avant cette condamnation (*R. c. Amyotte*, 2005 BCCA 12, 192 C.C.C. (3d) 412; *R. c. Pawlak*, 2005 BCCA 500, 217 B.C.A.C. 146; *R. c. McKinnon*, 2008 BCCA 416, 237 C.C.C. (3d) 345). D’autres cours d’appel provinciales avaient rendu des décisions analogues (*R. c. Miller* (1987), 36 C.C.C. (3d) 100 (Ont.); *R. c. Lucas*, 2009 NLCA 56, 293 Nfld. & P.E.I.R. 90).

[26] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique et celle de l’Ontario avaient également déjà jugé qu’une ordonnance de probation ne pouvait être rendue à l’égard d’un délinquant faisant l’objet de

would exceed two years (*R. v. Pauls*, 2008 BCCA 322 (CanLII); *R. v. K. (K.)*, 2009 ONCA 254, 244 C.C.C. (3d) 124).

[27] While the case law on this latter point was divided, the disagreement generally related to *how*, not *whether*, sentences were to be aggregated for the purposes of s. 731(1)(b). Some decisions calculated the “aggregate sentence” from the date the first sentence was imposed to the date the final sentence would expire (*R. v. Hendrix* (1999), 137 C.C.C. (3d) 445 (Nfld. C.A.); *R. v. Renouf*, 2001 NFCA 56, 160 C.C.C. (3d) 173; *R. v. Weir*, 2004 BCCA 529 (CanLII)). Others added the subsequent sentence to the remanet of previously imposed sentences (*R. v. Currie* (1982), 65 C.C.C. (2d) 415 (Ont. C.A.)).

[28] For the most part, these decisions relied implicitly, if not explicitly, on the sentence merger provisions in s. 139 of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (“CCRA”), and its predecessors. This is no longer possible in light of *Middleton*, where the majority held that s. 139 was enacted for administrative purposes relating to parole and remission, and had no substantive impact on an offender’s eligibility for an otherwise lawful sentence.

[29] In my respectful view, s. 139 of the CCRA is therefore of no assistance in determining the legality of a probation order.

[30] The remaining question, to which I now turn, is whether s. 731(1)(b) — in itself — prohibits the making of the probation orders that concern us here.

V

[31] Section 731(1) of the *Criminal Code* provides:

multiples peines d’emprisonnement qui, additionnées, excéderaient deux ans (*R. c. Pauls*, 2008 BCCA 322 (CanLII); *R. c. K. (K.)*, 2009 ONCA 254, 244 C.C.C. (3d) 124).

[27] La jurisprudence était divisée sur cette dernière question, mais le désaccord portait généralement sur les *modalités* d’addition des peines d’emprisonnement pour l’application de l’al. 731(1)(b), plutôt que sur l’*opportunité* de les additionner. Dans certaines décisions, la « peine totale » était calculée à partir de la date de la première condamnation jusqu’à celle de l’expiration de la dernière peine (*R. c. Hendrix* (1999), 137 C.C.C. (3d) 445 (C.A.T.-N.); *R. c. Renouf*, 2001 NFCA 56, 160 C.C.C. (3d) 173; *R. c. Weir*, 2004 BCCA 529 (CanLII)). Dans d’autres, la peine d’emprisonnement subséquente était ajoutée au *remanet* de celles infligées antérieurement (*R. c. Currie* (1982), 65 C.C.C. (2d) 415 (C.A. Ont.)).

[28] Pour la plupart, ces décisions reposaient implicitement, sinon explicitement, sur les dispositions relatives à la fusion des peines énoncées à l’art. 139 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (« *Loi sur le système correctionnel* »), ou sur les dispositions antérieures. Cela n’est plus possible depuis l’arrêt *Middleton*, où notre Cour a statué à la majorité que l’art. 139 a été édicté à des fins administratives, liées à l’application du régime de libération conditionnelle et de réduction de peine, et qu’il n’a pas d’effet substantiel sur l’admissibilité d’un délinquant à une peine par ailleurs légale.

[29] L’article 139 de la *Loi sur le système correctionnel* n’est donc d’aucune utilité pour statuer sur la légalité d’une ordonnance de probation.

[30] Il reste donc à décider si l’al. 731(1)(b) — par lui-même — interdit le prononcé des ordonnances de probation visées en l’espèce.

V

[31] Les dispositions pertinentes de l’art. 731 du *Code criminel* sont rédigées ainsi :

731. (1) Where a person is convicted of an offence, a court may, having regard to the age and character of the offender, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission,

(a) if no minimum punishment is prescribed by law, suspend the passing of sentence and direct that the offender be released on the conditions prescribed in a probation order; or

(b) in addition to fining or sentencing the offender to imprisonment for a term not exceeding two years, direct that the offender comply with the conditions prescribed in a probation order.

[32] The Crown submits that the phrase “imprisonment for a term not exceeding two years” in s. 731(1)(b) relates only to the actual term of imprisonment imposed by a sentencing court at a single sitting. The appellants argue that “term” of imprisonment referred to in that provision is the aggregate of the custodial term imposed by the sentencing court and all other sentences then being served or later imposed on the offender. In my view, the Crown’s submission is correct and the appellants’ submission fails.

[33] The ordinary meaning of s. 731(1)(b) is perfectly clear: A probation order may not be made where the *sentencing court* imposes a term of imprisonment exceeding two years. In determining whether two years has been exceeded, one looks at the term of imprisonment ordered by *the sentencing court on that occasion* — not at *other* sentences imposed by *other* courts on *other* occasions for *other* matters.

[34] Section 731(1)(b) admits of no ambiguity in this regard. The opening words of s. 731(1) read: “Where a person is convicted of an offence, a court may”. The provision authorizes *that court* to make a probation order, “in addition to fining or sentencing the offender to imprisonment for a term not exceeding two years”. On a plain reading of this provision, the phrase “imprisonment for a term not exceeding two years” refers to the sentence

731. (1) Lorsqu’une personne est déclarée coupable d’une infraction, le tribunal peut, vu l’âge et la réputation du délinquant, la nature de l’infraction et les circonstances dans lesquelles elle a été commise :

a) dans le cas d’une infraction autre qu’une infraction pour laquelle une peine minimale est prévue par la loi, surseoir au prononcé de la peine et ordonner que le délinquant soit libéré selon les conditions prévues dans une ordonnance de probation;

b) en plus d’infliger une amende au délinquant ou de le condamner à un emprisonnement maximal de deux ans, ordonner que le délinquant se conforme aux conditions prévues dans une ordonnance de probation.

[32] Le ministère public soutient que l’expression « emprisonnement maximal de deux ans » figurant à l’al. 731(1)(b) s’entend uniquement de la période d’emprisonnement imposée par un tribunal lors d’une seule et même séance. Pour les appelants, l’« emprisonnement » visé par cette disposition s’entend plutôt de la somme de la période d’incarcération imposée lors de cette séance et de toutes les autres peines que le délinquant est en train de purger ou qui lui sont infligées subséquentement. À mon avis, l’interprétation du ministère public est la bonne et celle des appelants doit être rejetée.

[33] Le sens de l’al. 731(1)(b) est parfaitement clair : une ordonnance de probation ne peut être prononcée dans les cas où le *tribunal chargé de déterminer la peine* inflige une peine d’emprisonnement de plus de deux ans. Pour déterminer si le maximum de deux ans est dépassé, on tient compte de la période d’emprisonnement ordonnée par *le tribunal à cette occasion* — et non des *autres* peines imposées par d’*autres* tribunaux à d’*autres* occasions à l’égard d’*autres* affaires.

[34] L’alinéa 731(1)(b) ne recèle aucune ambiguïté à cet égard. Le paragraphe 731(1) débute par les mots suivants : « Lorsqu’une personne est déclarée coupable d’une infraction, le tribunal peut ». Cette disposition autorise *ce tribunal* à rendre une ordonnance de probation « en plus d’infliger une amende au délinquant ou de le condamner à un emprisonnement maximal de deux ans ». La simple lecture de cette disposition indique que l’expression

imposed by the court empowered by s. 731(1) to make the probation order.

[35] Had Parliament intended unexpired sentences from other occasions to be included in the phrase “imprisonment for a term . . . exceeding two years”, it would have said so. The language was close at hand. Section 743.1 of the *Criminal Code*, for example, expressly provides for the aggregation of sentences in determining whether an offender is to be sent to the penitentiary.

[36] The appellants submit that the two-year limitation in s. 731(1)(b) reflects Parliament’s intention that probation orders not be imposed on offenders subject, even for reasons unrelated to the sentence accompanied by the probation order, to more than two years’ imprisonment. There is some support for this view in *Miller*, where the Ontario Court of Appeal held that

the principle governing s. 663(1)(b) [now s. 731(1)(b)] of the *Code* is that Parliament intended that a probation order would not come into effect more than two years from the time of sentencing and that an accused would not be made subject to a probation order, if required to serve a sentence of more than two years. [p. 104]

[37] With respect, this articulation of Parliament’s intent is consistent with neither the language of s. 731(1)(b), nor its statutory context.

[38] Section 731(1)(b) *does not address the coming into force of a probation order*. The provision empowers the sentencing court to *make* a probation order as part of the sentence. The availability of this non-custodial sentencing option is restricted where the required custodial portion of the sentence exceeds two years. But the *coming into force* of the order is not dealt with at all in s. 731(1)(b).

[39] For that, one must look to s. 732.2 of the *Criminal Code*.

« emprisonnement maximal de deux ans » s’entend de la peine infligée par le tribunal habilité par le par. 731(1) à rendre l’ordonnance de probation.

[35] Si le législateur avait voulu que les peines non terminées ayant été infligées à d’autres occasions soient visées par l’expression « emprisonnement maximal de deux ans », il l’aurait dit. Il n’avait d’ailleurs pas à chercher très loin pour trouver une formulation appropriée. L’article 743.1 du *Code criminel*, par exemple, prévoit expressément l’addition de périodes d’emprisonnement pour déterminer si un délinquant purgera sa peine dans un pénitencier.

[36] Les appelants prétendent que la limite de deux ans fixée à l’al. 731(1)(b) révèle que le législateur entendait que les tribunaux ne puissent assujettir à une ordonnance de probation un délinquant qui, même pour des raisons étrangères à la peine assortie de l’ordonnance de probation, est condamné à plus de deux ans d’emprisonnement. Cet argument trouve un certain appui dans l’arrêt *Miller*, où la Cour d’appel de l’Ontario a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION] . . . le principe qui sous-tend l’al. 663(1)(b) [l’actuel al. 731(1)(b)] du *Code* est la volonté du législateur qu’une ordonnance de probation n’entre pas en vigueur plus de deux ans après la date du prononcé de la peine et qu’un accusé ne soit pas assujetti à une telle ordonnance s’il doit purger une peine de plus de deux ans. [p. 104]

[37] Avec égards, ni le texte de l’al. 731(1)(b) ni son contexte législatif ne permettent de prêter cette intention au législateur.

[38] L’alinéa 731(1)(b) *ne porte pas sur l’entrée en vigueur d’une ordonnance de probation*. Il habilite le tribunal à *assortir* une peine d’emprisonnement d’une ordonnance de probation. La faculté de recourir à cette mesure non privative de liberté est écartée lorsque le volet carcéral de la sentence — à savoir la période d’emprisonnement requise — dépasse deux ans. Il n’est donc aucunement question de *l’entrée en vigueur* de l’ordonnance à l’al. 731(1)(b).

[39] Sur ce point, il convient de se référer à l’art. 732.2 du *Code criminel*.

[40] Nowhere does s. 732.2 — or any other provision of the *Criminal Code* — provide that a probation order must come into force within two years of it being made.

[41] My interpretation of s. 731(1)(b) is supported as well by the purposive approach outlined in *Mathieu*. As I stated at the outset, the policy considerations underpinning probation orders are best promoted by an interpretation that preserves their availability to trial judges.

[42] It is well established that probation orders are intended to facilitate an offender's rehabilitation (*Mathieu*, at para. 20; *Proulx*, at para. 32). An interpretation of the phrase "imprisonment for a term not exceeding two years" that includes all outstanding sentences would have the undesirable consequence of making probation orders unavailable to offenders who might well benefit from them (*Mathieu*, at para. 22).

[43] The sentencing objectives set out by Parliament in ss. 718 to 718.2 of the *Criminal Code* are best achieved by preserving — not curtailing — a sentencing court's arsenal of non-custodial sentencing options. Probation orders, where available and appropriate, serve that purpose well: They afford sentencing judges the flexibility to opt for shorter prison terms followed by community supervision, rather than the longer prison terms that they would have otherwise unnecessarily imposed to achieve the same ends.

[44] The appellants' interpretation of s. 731(1)(b), rejected in *Mathieu* (at para. 22), would have the undesirable consequence of increasing the custodial portion of an offender's sentences without any countervailing correctional advantage or benefit to society.

[40] Nulle part à l'art. 732.2 — ou dans quelque autre disposition du *Code criminel* d'ailleurs — il n'est précisé qu'une ordonnance de probation doit entrer en vigueur dans les deux ans qui suivent son prononcé.

[41] Mon interprétation de l'al. 731(1)b) trouve également appui dans l'interprétation téléologique exposée dans l'arrêt *Mathieu*. Comme je l'ai dit au début des présents motifs, les considérations de politique générale à la base des ordonnances de probation sont mieux servies par une interprétation qui permet de préserver la faculté des juges de recourir à cette mesure.

[42] Il est bien établi que les ordonnances de probation ont pour objet de faciliter la réadaptation des délinquants (*Mathieu*, par. 20; *Proulx*, par. 32). Or, le fait de considérer que l'expression « emprisonnement maximal de deux ans » inclut toutes les peines non terminées aurait pour effet indésirable d'empêcher le prononcé d'ordonnances de probation à l'égard de délinquants à qui une telle mesure pourrait fort bien être bénéfique (*Mathieu*, par. 22).

[43] La réalisation des objectifs du prononcé des peines qu'a énoncés le législateur aux art. 718 à 718.2 du *Code criminel* est davantage favorisée par la préservation — plutôt que par la réduction — de la panoplie des décisions d'ordre non carcéral à la disposition des tribunaux. Lorsqu'il est possible et indiqué de recourir aux ordonnances de probation, celles-ci servent bien cette fin. Elles accordent en effet aux juges la souplesse leur permettant d'infliger des peines d'emprisonnement plus courtes et suivies de mesures de supervision dans la collectivité, plutôt que les peines plus longues qu'ils auraient autrement imposées inutilement en vue de parvenir aux mêmes résultats.

[44] L'interprétation de l'al. 731(1)b) proposée par les appelants et rejetée dans *Mathieu* (par. 22) aurait la fâcheuse conséquence d'allonger les périodes d'emprisonnement infligées aux délinquants sans offrir, en contrepartie, d'avantages du point de vue correctionnel ou de bénéfices pour la société.

[45] Not infrequently, the offender and society will both benefit from a probation order that comes into force following imprisonment for an aggregate period of more than two years (*Mathieu*, at para. 20). The offender has the benefit of a shorter sentence of imprisonment, and society benefits from constraints aimed at facilitating rehabilitation and protecting society (*Shoker*, at para. 10).

[46] There will, of course, be situations in which a probation order may not serve a useful purpose when it follows a lengthy term of imprisonment. Parliament has anticipated this possibility by including both preventive and curative antidotes in the sentencing provisions of the *Code*.

[47] I take care not to be understood to have expressed here a decided view on sentencing issues that are not now but may one day confront the Court. Subject to that reservation, I think it fair to say that the purpose and principles of sentencing set out in the *Criminal Code* are meant to take into account the correctional imperative of sentence individualization. Consistent with this approach and subject to the conditions set out in s. 731(1)(b) of the *Code*, questions related to the fitness of probation orders in particular cases — as opposed to their availability in principle — are best left to be dealt with by the courts on a case-by-case basis as a matter of fitness.

[48] Before returning to the *Code*'s remedies against probation orders that render a sentence unfit when it is imposed, I acknowledge that neither Cartesian logic nor textual exegesis can satisfactorily resolve every perceived anomaly.

[49] For example, it may appear anomalous to cause the validity of a probation order to depend on whether the relevant sentences were imposed at a single session or on different occasions. I have already explained why the availability of a probation

[45] Il arrivera fréquemment qu'une ordonnance de probation entrant en vigueur à la suite d'un emprisonnement total de plus de deux ans soit bénéfique tant pour la société que pour le délinquant (*Mathieu*, par. 20). Ce dernier a ainsi l'avantage de purger une peine carcérale plus courte, pendant que la société, de son côté, profite des contraintes qui la protègent tout en facilitant la réinsertion sociale du délinquant (*Shoker*, par. 10).

[46] Il se présentera évidemment des situations où une ordonnance de probation pourrait être dépourvue d'utilité après une longue peine d'emprisonnement. Le législateur a toutefois prévu cette possibilité et inclus dans les dispositions du *Code* relatives à la détermination des peines des mesures préventives et des mesures réparatrices.

[47] Je tiens à préciser que je n'exprime en l'espèce aucune opinion arrêtée sur des questions de détermination de la peine dont notre Cour n'est pas saisie actuellement, mais qui pourraient ultérieurement lui être soumises. Cela dit, il est selon moi légitime d'affirmer que l'objectif et les principes énoncés dans le *Code criminel* en matière de détermination des peines sont censés intégrer l'impératif correctionnel de l'individualisation de la peine. Conformément à cette interprétation et sous réserve des conditions énoncées à l'al. 731(1)(b) du *Code*, il est préférable que les questions touchant au caractère approprié d'une ordonnance de probation dans un cas donné — par opposition à celles touchant à la disponibilité d'une telle mesure en principe — soient tranchées au cas par cas par les tribunaux.

[48] Avant de revenir aux mesures prévues par le *Code* pour remédier aux ordonnances de probation qui rendent une peine inappropriée au moment de son prononcé, je reconnais qu'aucune logique cartésienne ou exégèse textuelle ne sauraient expliquer de façon satisfaisante chaque aspect perçu comme étant une anomalie.

[49] Par exemple, il peut sembler anormal de faire dépendre la validité d'une ordonnance de probation de la question de savoir si les peines ont été prononcées lors d'une seule et même séance du tribunal ou à des occasions différentes. J'ai expliqué

order depends on the “term of imprisonment” imposed when the order is made.

[50] How, then, do we deal with probation orders attached to sentences that, likewise, do not exceed two years’ imprisonment — but do result in continuous custody for more than two years in combination with other sentences imposed on the same offender by the same sentencing court *at the same session*?

[51] It has consistently been held by courts across the country that probation orders of this sort contravene s. 731(1)(b) (see, for example, *R. v. Young* (1980), 27 C.R. (3d) 85 (B.C.C.A.); *R. v. Hennigar* (1983), 58 N.S.R. (2d) 110 (S.C. (App. Div.)); *R. v. McPhee* (1993), 128 N.S.R. (2d) 79 (C.A.); *R. v. Amaralik* (1984), 16 C.C.C. (3d) 22 (N.W.T.C.A.); *R. v. Hackett* (1986), 30 C.C.C. (3d) 159 (B.C.C.A.); *R. v. Gill* (1994), 162 A.R. 163 (C.A.); and *R. v. H.J.P.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 20 (Nfld. C.A.)).

[52] While some of these cases invoked s. 139 of the *CCRA* and its predecessors, I believe they were nonetheless correctly decided pursuant to s. 731(1) alone, bearing in mind the “totality” principle that remains unchallenged on this appeal.

[53] The appellants argue in this regard that the interpretation of s. 731(1)(b) adopted by the Court of Appeal is problematic in that it treats similarly situated offenders differently depending on the *timing* of a sentence. For example, an offender who is sentenced on different days to two years’ imprisonment for one offence and one year consecutive for another may be subject to probation, while an offender who receives identical terms of imprisonment at the same hearing would not.

[54] This apparent anomaly, or inconsistency, must yield to Parliament’s intent, and the best

plus tôt pourquoi la possibilité de recourir à la probation dépend de la « période d’emprisonnement » fixée au moment où l’ordonnance est prononcée.

[50] De même, qu’en est-il des ordonnances de probation assortissant des peines d’emprisonnement qui n’excèdent pas deux ans — mais résultent en une période continue d’incarcération de plus de deux ans lorsqu’elles sont conjuguées à d’autres peines infligées au même délinquant par le même tribunal *lors de la même séance*?

[51] De telles ordonnances de probation ont été systématiquement jugées contraires à l’al. 731(1)(b) par des tribunaux des diverses régions du pays (voir, par exemple, *R. c. Young* (1980), 27 C.R. (3d) 85 (C.A.C.-B.); *R. c. Hennigar* (1983), 58 N.S.R. (2d) 110 (C.S. (Div. app.)); *R. c. McPhee* (1993), 128 N.S.R. (2d) 79 (C.A.); *R. c. Amaralik* (1984), 16 C.C.C. (3d) 22 (C.A.T.N.-O.); *R. c. Hackett* (1986), 30 C.C.C. (3d) 159 (C.A.C.-B.); *R. c. Gill* (1994), 162 A.R. 163 (C.A.); et *R. c. H.J.P.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 20 (C.A.T.-N.)).

[52] Bien que l’art. 139 de la *Loi sur le système correctionnel* ou les dispositions l’ayant précédé aient été invoqués dans certaines de ces décisions, j’estime que celles-ci sont bien fondées au regard du seul par. 731(1), compte tenu du principe de la « totalité », lequel n’est pas contesté dans le présent pourvoi.

[53] Les appelants font valoir à cet égard que l’interprétation de l’al. 731(1)(b) retenue par la Cour d’appel fait problème en ce qu’elle traite différemment, en fonction du *moment* où la sentence est prononcée, des délinquants dont la situation est par ailleurs identique. Par exemple, le délinquant qui, à deux dates différentes, est d’abord condamné à deux ans d’emprisonnement pour une infraction donnée, puis à une peine d’un an à purger consécutivement pour une autre infraction, peut faire l’objet d’une ordonnance de probation, alors qu’un autre délinquant à qui les mêmes peines seraient infligées à l’occasion d’une seule et même audience ne le pourrait pas.

[54] L’intention du législateur doit primer sur cette apparente anomalie ou incohérence, et les

indication of Parliament's intent is the provisions it has enacted.

[55] I need hardly add that it would be a reviewable error for a sentencing court to exploit this difference for the sole purpose of circumventing the two-year rule in s. 731(1)(b). For example, in a proceeding involving multiple counts, indictments, or informations, the sentencing court must not adjourn the sentencing on some of the offences in order to make a probation order that would otherwise contravene s. 731(1)(b).

[56] Moreover, sentencing and appellate courts are empowered to ensure that probation orders are made and applied in an even-handed and appropriate manner. Judicial discretion — and the checks placed upon it — are sufficient to ensure that this scheme is fairly applied.

VI

[57] In light of the foregoing, I agree with the Court of Appeal that s. 731(1)(b) does not invalidate probation orders imposed on prior occasions.

[58] With respect, however, I take a somewhat different view of fresh probation orders. Like the Ontario Court of Appeal in *Currie* (at p. 416), the British Columbia Court of Appeal held in this case that, “[w]hen the sentence is imposed on a remanet, and the total of the new sentence and the remanet exceeds two years, probation should not be ordered” (para. 74).

[59] And, again as in *Currie*, the Court of Appeal held here that the sentencing court has the jurisdiction to impose a fresh probation order in such circumstances — but it would generally be an error in principle to do so (para. 73). This conclusion was based on the view that s. 731(1)(b) “makes it clear that the intention of Parliament was to limit

dispositions édictées par ce dernier sont la meilleure indication de cette intention.

[55] Il va sans dire que le tribunal qui exploiterait cette différence dans le seul but de contourner la règle des deux ans établie par l'al. 731(1)b) commettrait une erreur susceptible de révision. Par exemple, dans une instance portant sur de multiples chefs d'accusation, actes d'accusation ou dénonciations, le tribunal ne doit pas ajourner la détermination de la peine à l'égard de certaines infractions dans le but de rendre une ordonnance de probation qui sans cela contreviendrait à l'al. 731(1)b).

[56] En outre, les tribunaux qui déterminent les peines, ainsi que les cours d'appel, ont le pouvoir de faire en sorte que les ordonnances de probation soient rendues et appliquées de façon uniforme et appropriée. Le pouvoir discrétionnaire des tribunaux — et les mesures de contrôle auxquelles l'exercice de ce pouvoir est assujéti — sont suffisants pour assurer l'application équitable de ce régime.

VI

[57] Vu ce qui précède, je souscris à la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle l'al. 731(1)b) n'a pas pour effet d'invalider des ordonnances de probation rendues antérieurement.

[58] Avec égards toutefois, je suis d'avis différent pour ce qui est des ordonnances de probation subséquentes. À l'instar de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Currie* (à la p. 416), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a en l'espèce jugé que [TRADUCTION] « [l]orsque la peine est ajoutée au remanet et que la nouvelle peine et le remanet totalisent plus de deux ans, aucune ordonnance de probation ne doit être rendue » (par. 74).

[59] De plus, tout comme dans *Currie*, la Cour d'appel a conclu dans le présent cas que le tribunal chargé de déterminer la peine a compétence pour rendre une nouvelle ordonnance de probation dans de telles circonstances — mais qu'une telle décision constituerait généralement une erreur de principe (par. 73). Cette conclusion reposait sur

probation orders to situations where the sentence to be served does not exceed two years” (*ibid.*).

[60] If it is an error in principle to make a probation order that follows an aggregate sentence of more than two years, the principle does not arise from s. 731. As I earlier explained, s. 731(1)(b) does not reflect any sort of Parliamentary intention that probation orders be limited to situations where the sentence to be served does not exceed two years.

[61] But probation orders permitted by s. 731(1)(b) are, like other elements of a sentence, subject to review for their fitness. Courts are precluded by the relevant sentencing principles from making a probation order that is clearly unreasonable in the circumstances (*R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227). Put differently, a probation order that is manifestly inappropriate in itself or that renders unfit the sentence of which it is a part will be set aside on appeal.

[62] In considering whether a fresh probation order is appropriate, the sentencing court must thus take into account the particular circumstances of the offence, the character and needs of the offender, and the purpose and relevant principles of sentencing (*R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206, at para. 43).

[63] In short, unexpired prior sentences remain an important consideration, though not necessarily decisive, in determining whether a probation order is appropriate.

VII

[64] A probation order that was appropriate when made may well be rendered inappropriate by a lengthy intervening term of imprisonment.

l’opinion que l’al. 731(1)b) [TRANSLATION] « indique clairement que le législateur entendait limiter les ordonnances de probation aux cas où la peine à purger n’excède pas deux ans » (*ibid.*).

[60] Si le fait de rendre une ordonnance de probation lorsque la période totale d’emprisonnement excède deux ans constitue une erreur de principe, le principe en question ne découle pas de l’art. 731. Comme je l’ai expliqué plus tôt, l’al. 731(1)b) n’indique d’aucune façon que le législateur entendait limiter le recours aux ordonnances de probation aux situations où la peine d’emprisonnement à purger ne dépasse pas deux ans.

[61] Cependant, tout comme les autres éléments des peines, la justesse des ordonnances de probation permises par l’al. 731(1)b) est susceptible de contrôle. Les principes pertinents de détermination de la peine interdisent le prononcé d’une ordonnance de probation nettement déraisonnable compte tenu des circonstances (*R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227). Autrement dit, une ordonnance de probation qui est en soi manifestement inappropriée ou qui rend injuste la peine dont elle est un élément sera annulée en appel.

[62] Pour décider s’il est approprié de rendre une nouvelle ordonnance de probation, le tribunal qui détermine la peine doit donc tenir compte des circonstances particulières de l’infraction, de la réputation et des besoins du délinquant, ainsi que de l’objectif et des principes pertinents de détermination de la peine (*R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206, par. 43).

[63] En résumé, les peines antérieures non entièrement purgées demeurent une considération importante — mais pas nécessairement décisive — pour déterminer si une ordonnance de probation est appropriée.

VII

[64] Une ordonnance de probation qui était par ailleurs appropriée lorsqu’elle a été prononcée peut fort bien être rendue inappropriée par l’infliction subséquente d’une longue peine d’emprisonnement.

[65] For example, where a probation order will not come into force for many years after its imposition, or where the total period of incarceration is extended to the point that the offender will be subject to a lengthy period of community supervision while on parole or statutory release, a probation order will generally lack a meaningful rehabilitative purpose.

[66] Existing probation orders are not automatically invalidated in these situations, but this does not mean that subsequent sentencing courts may disregard them. Quite the contrary. Sentencing judges must take into consideration a probation order that, pursuant to s. 732.2 of the *Code*, will come into force following any additional terms of imprisonment imposed by that court.

[67] Sentencing judges should also ensure that offenders understand that probation orders previously imposed are not automatically invalidated by the imposition of additional terms of imprisonment.

[68] Moreover, where a fresh sentence may be thought to strip an existing probation order of its rehabilitative purpose, the sentencing judge should explain the substance of s. 732.2(3) of the *Criminal Code* to the offender. Pursuant to that provision, an offender, probation officer or prosecutor may apply at any time to the court that made the probation order to have the probationary period decreased or in effect terminated.

[69] The court that made the original probation order would have already caused an explanation of this provision to be given to the offender (s. 732.1(5)). However, as the procedure contemplated by s. 732.2(3) is properly applied where an additional sentence overtakes a probation order, it is appropriate to remind the offender of his or her rights

[65] Par exemple, lorsqu'une ordonnance de probation n'entrera en vigueur que de nombreuses années après son prononcé ou encore lorsque la période totale d'incarcération est prolongée au point où le délinquant sera assujéti à une longue surveillance dans la collectivité pendant une libération conditionnelle ou libération d'office, cette ordonnance n'aura généralement aucune utilité aux fins de réinsertion sociale.

[66] Bien que les ordonnances de probation existantes ne soient pas automatiquement invalidées dans de telles situations, cela ne veut toutefois pas dire que le tribunal appelé subséquentement à déterminer la peine à infliger au délinquant concerné peut faire abstraction de ces ordonnances. Bien au contraire. Le juge chargé de déterminer la peine doit prendre en considération toute ordonnance de probation qui, conformément à l'art. 732.2 du *Code*, entrera en vigueur à la fin des périodes d'emprisonnement qu'il infligera.

[67] Le juge qui détermine la peine d'un délinquant doit également s'assurer que celui-ci comprend bien que les ordonnances de probation lui ayant été imposées antérieurement ne sont pas automatiquement invalidées par les peines d'emprisonnement additionnelles auxquelles il est condamné.

[68] Qui plus est, dans les cas où la nouvelle peine d'emprisonnement peut être considérée comme ayant pour effet d'enlever à une ordonnance de probation existante son utilité comme mesure de réinsertion sociale, le juge qui détermine la peine doit expliquer au délinquant le contenu du par. 732.2(3) du *Code criminel*. En vertu de cette disposition, le délinquant, un agent de probation ou le poursuivant peut à tout moment demander au tribunal ayant rendu l'ordonnance de probation d'abrégé la période de probation ou, dans les faits, d'y mettre fin.

[69] Le tribunal qui a rendu l'ordonnance de probation en question aura déjà veillé à ce que le contenu du par. 732.2(3) soit expliqué au délinquant (par. 732.1(5)). Toutefois, comme la procédure prévue au par. 732.2(3) s'applique tout particulièrement dans les cas où une peine d'emprisonnement additionnelle vient supplanter une ordonnance de probation, il

in this regard at the time of the subsequent sentencing.

[70] Finally, provided that the statutory and procedural requirements are met, the offender or the Crown may apply to the sentencing court *itself* under s. 732.2(3) to have an outstanding probation order varied or decreased.

VIII

[71] For the reasons given, all of the probation orders attacked by the appellants were valid when made and no prior or subsequent sentences imposed on either appellant had, or could have had, the effect of invalidating any of their probation orders, either prospectively or retrospectively.

[72] Accordingly, as mentioned at the outset, I would affirm the judgment of the British Columbia Court of Appeal and dismiss the appeals of Mr. Knott and D.A.P. to this Court.

Appeals dismissed.

Solicitor for the appellant Damon William Knott: Anna King, Vancouver.

Solicitor for the appellant D.A.P.: Eric Purtzki, Vancouver.

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

convient alors de rappeler au délinquant les droits dont il dispose à cet égard au moment de la détermination de cette nouvelle peine.

[70] Enfin, dans la mesure où les obligations légales et procédurales sont respectées, le délinquant ou le ministère public peut, en vertu du par. 732.2(3), demander au tribunal *même* chargé de déterminer la peine subséquente de modifier une ordonnance de probation existante ou d'en abréger la durée d'application.

VIII

[71] Pour tous ces motifs, les ordonnances de probation contestées par les appelants étaient valides lorsqu'elles ont été prononcées, et aucune peine d'emprisonnement infligée antérieurement ou subséquemment à ces derniers n'a eu pour effet d'invalidier l'une ou l'autre de ces ordonnances — prospectivement ou rétroactivement — ou n'aurait pu avoir un tel effet.

[72] Par conséquent, comme je l'ai indiqué au tout début, je suis d'avis de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de rejeter les pourvois formés par M. Knott et par D.A.P. devant notre Cour.

Pourvois rejetés.

Procureure de l'appelant Damon William Knott : Anna King, Vancouver.

Procureur de l'appelant D.A.P. : Eric Purtzki, Vancouver.

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

ISSN 0045-4230

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://publications.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 2012 Vol. 2

and Tables

**Cited as [2012] 2 S.C.R. { i-xlvi
489-721**

3^e cahier, 2012 Vol. 2

et Tables

**Renvoi [2012] 2 R.C.S. { i-xlvi
489-721**

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
GENEVIÈVE DOMEY
LEE ANN GORMAN

SÉBASTIEN LAFRANCE
KAREN LEVASSEUR
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD

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

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME

NANCY MCCAUGHAN
PAULINE MCTAVISH

ANNE-MARIE NOËL
JEAN-FRANÇOIS SCHAAN

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

Administrative Assistants / Adjointes administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

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.

CONTENTS

| | |
|--------------------------------------|-------|
| Title Page | i |
| List of Judges | ii |
| Errata | iv |
| Motions | v |
| Table of Judgments | xi |
| Table of Cases Cited | xv |
| Statutes and Regulations Cited | xxxix |
| Authors Cited | xliii |
| Index | 711 |

A.B. v. Bragg Communications Inc. 567

Courts — Open court principle — Publication bans — Children — 15-year-old victim of sexualized cyberbullying applying for order requiring Internet provider to disclose identity of person(s) using IP address to publish fake and allegedly defamatory Facebook profile — Victim requesting to proceed anonymously in application and seeking publication ban on contents of fake profile — Whether victim required to demonstrate specific harm or whether court may find objectively discernable harm.

Canada v. Craig 489

Taxation — Income Tax — Deduction of farming losses — Taxpayer drawing income from farming and other sources — Taxpayer deducting farming losses from total income — Whether farm income combined with other income constitutes chief source of income — Whether totality of farming losses deductible from income — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 31(1)(a).

Courts — Decisions — Stare decisis — Whether subordinate courts may overrule higher court precedent — Circumstances in which prior Supreme Court of Canada decisions will be reconsidered or revised.

Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society 524

Civil procedure — Parties — Standing — Public interest standing — Public interest group and individual working on behalf of sex workers initiating constitutional challenge to prostitution provisions of Criminal Code — Whether constitutional challenge constituting a reasonable and effective means to bring case to court — Whether public interest group and individual should be granted public interest standing.

Continued on next page

SOMMAIRE

| | |
|---------------------------------|-------|
| Page titre | i |
| Liste des juges..... | iii |
| Errata | iv |
| Requêtes..... | v |
| Table des jugements | xiii |
| Table de la jurisprudence | xxvii |
| Lois et règlements cités | xli |
| Doctrine citée | xliii |
| Index | 717 |

A.B. c. Bragg Communications Inc. 567

Tribunaux — Principe de la publicité des débats judiciaires — Interdictions de publication — Enfants — Demande d'une victime de cyberintimidation à caractère sexuel âgée de 15 ans en vue d'obtenir une ordonnance obligeant un fournisseur de services Internet à divulguer l'identité de la personne ou des personnes qui ont utilisé une adresse IP pour publier un faux profil Facebook censément diffamatoire — Demande de la victime en vue de procéder de façon anonyme et d'obtenir une ordonnance de non-publication du contenu du faux profil — La victime doit-elle faire la preuve d'un préjudice particulier, ou la Cour peut-elle conclure à l'existence d'un préjudice objectivement discernable?

Canada c. Craig 489

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Déduction des pertes agricoles — Revenu tiré par le contribuable de l'agriculture et d'autres sources — Pertes agricoles déduites par le contribuable de son revenu total — La combinaison du revenu agricole et d'un autre revenu constitue-t-elle la principale source de revenu? — La totalité des pertes agricoles est-elle déductible du revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 31(1)a).

Tribunaux — Décisions — Stare decisis — Les cours inférieures peuvent-elles écarter un précédent établi par une cour supérieure? — Circonstances dans lesquelles les arrêts antérieurs de la Cour suprême sont réexaminés ou révisés.

Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society 524

Procédure civile — Parties — Qualité pour agir — Qualité pour agir dans l'intérêt public — Groupe de défense de l'intérêt public et individu œuvrant pour les travailleuses

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. v. Bellusci 509

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Stay of proceedings — Accused prisoner and prison guard both suffering injuries as a result of altercation — Accused charged with assault and intimidation of a justice system participant — Trial judge acquitting accused of assault charges and staying charge of intimidation of a justice system participant on ground that his s. 7 Charter rights had been breached — Whether stay of proceedings was a proper remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Court of Appeal overturning stay of proceedings entered by trial judge and remitting matter back to trial court for continuation of trial — Whether Court of Appeal erred in interfering with trial judge's decision to grant stay — Whether Court of Appeal has power to order continuation of trial — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(4), (8).

R. v. D.C. 626

Criminal law — Evidence — Credibility — Sexual assault and aggravated assault — Non-disclosure of HIV status — Proof of realistic possibility of transmission of HIV — Whether trial judge could rely on doctor's note as confirmatory evidence of complainant's testimony that no condom had been used — Whether trial judge committed error on question of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3)(c), 268, 271, 686(1)(a)(ii).

R. v. Mabior 584

Criminal law — Aggravated assault — Consent — Fraud — Non-disclosure of HIV status — Accused undergoing antiretroviral therapy and having protected and unprotected sexual relations knowing he was HIV-positive — Whether approach outlined in R. v. Cuerrier, [1998] 2 S.C.R. 371, remains valid in determining whether fraud vitiates consent to sexual relations — Whether non-disclosure of HIV status in circumstances where no realistic possibility of transmission exists can constitute fraud vitiating consent — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3)(c), 268, 273.

R. v. Prokofiew 639

Criminal law — Evidence — Failure to testify — Charge to jury — Accused did not testify but incriminated by co-accused's testimony — Co-accused's counsel inviting jury to infer accused's guilt from failure to testify — Trial judge refrained from giving remedial instruction to jury about accused's right to silence — Whether trial judge prohibited by Canada Evidence Act from affirming right to silence — Whether failure to give explicit remedial

SOMMAIRE (Suite)

du sexe à l'origine d'une contestation constitutionnelle des dispositions du Code criminel relatives à la prostitution — La contestation constitutionnelle constitue-t-elle une manière raisonnable et efficace de soumettre la cause à la cour? — Le groupe de défense de l'intérêt public et l'individu devraient-ils se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public?

R. c. Bellusci 509

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Arrêt des procédures — Blessures subies par un détenu accusé et par un agent de détention lors d'une altercation — Accusations de voies de fait et d'intimidation d'une personne associée au système judiciaire — Acquittement de l'accusé en première instance à l'égard des accusations de voies de fait et arrêt des procédures ordonné par le juge du procès relativement au chef d'intimidation en raison de l'atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 de la Charte — L'arrêt des procédures constituait-il une réparation convenable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Annulation par la Cour d'appel de l'arrêt des procédures ordonné par le juge du procès et renvoi de l'affaire au tribunal de première instance pour la continuation du procès — La Cour d'appel a-t-elle eu tort de modifier la décision du juge du procès d'ordonner l'arrêt des procédures? — Avait-elle le pouvoir d'ordonner la continuation du procès? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(4), (8).

R. c. D.C. 626

Droit criminel — Preuve — Crédibilité — Agression sexuelle et voies de fait graves — Omission de révéler la séropositivité — Preuve d'une possibilité réaliste de transmission du VIH — Le juge du procès pouvait-il considérer la note d'un médecin comme un élément de preuve corroborant le témoignage du plaignant concernant l'inutilisation d'un condom? — A-t-il commis une erreur de droit? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265(3)(c), 268, 271, 686(1)(a)(ii).

R. c. Mabior 584

Droit criminel — Agression sexuelle grave — Consentement — Fraude — Omission de révéler la séropositivité — Accusé sous traitement aux antirétroviraux ayant des rapports sexuels protégés et non protégés tout en se sachant séropositif — La démarche établie dans R. c. Cuerrier, [1998] 2 R.C.S. 371, demeure-t-elle valable pour déterminer si la fraude vicie le consentement aux rapports sexuels? — L'omission de révéler la séropositivité lorsqu'il n'existe aucune possibilité réaliste de transmission du VIH peut-elle constituer une fraude viciant le

CONTENTS (Concluded)

instruction constituted error — If so, whether curative proviso applicable — Canada Evidence Act, s. 4(6) — Criminal Code, s. 686(1)(b)(iii).

Criminal law — Evidence — Hearsay — Whether trial judge's erroneous admission of hearsay evidence sufficiently serious to preclude application of curative proviso — Criminal Code, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. Rochon 673

Criminal law — Parties to offences — Doing or omitting to do anything to aid any person to commit offence — Accused entrusting property to son and failing to report son's marijuana cultivation on property — Evidence insufficient to establish that accused aided in commission of offence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 21(1)(b).

Southcott Estates Inc. v. Toronto Catholic District School Board 675

Contracts — Commercial contracts — Remedies — Specific performance — Duty to mitigate — Single-purpose company entering into agreement for purchase of land — Vendor breaching contractual obligations — Company seeking specific performance — Whether single-purpose company must mitigate its losses — Whether plaintiff seeking specific performance has obligation to mitigate its losses — Whether trial judge erred in concluding there were no comparable properties available for mitigation.

SOMMAIRE (Fin)

consentement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265(3)c), 268, 273.

R. c. Prokofiew 639

Droit criminel — Preuve — Défaut de témoigner — Exposé au jury — Témoignage d'un coaccusé incriminant l'accusé, qui n'a pas témoigné — Jury invité par l'avocat du coaccusé à inférer la culpabilité de l'accusé du défaut de ce dernier de témoigner — Abstention du juge du procès de donner au jury une directive correctrice au sujet du droit de l'accusé de garder le silence — La Loi sur la preuve au Canada interdit-elle au juge du procès de faire état du droit de garder le silence? — Le défaut de donner une directive correctrice explicite a-t-il constitué une erreur? — Dans l'affirmative, la disposition réparatrice est-elle applicable? — Loi sur la preuve au Canada, art. 4(6) — Code criminel, art. 686(1)(b)(iii).

Droit criminel — Preuve — Ouï-dire — L'admission erronée de la preuve par ouï-dire par le juge du procès est-elle une erreur suffisamment grave pour faire obstacle à l'application de la disposition réparatrice? — Code criminel, art. 686(1)(b)(iii).

R. c. Rochon 673

Droit criminel — Participants aux infractions — Accomplir ou omettre d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à commettre une infraction — Propriété confiée par l'accusée à son fils et omission par la première de signaler la culture par le second de marijuana sur cette propriété — Preuve insuffisante pour établir que l'accusée a aidé à commettre l'infraction — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21(1)(b).

Southcott Estates Inc. c. Toronto Catholic District School Board 675

Contrats — Contrats commerciaux — Recours — Exécution intégrale — Obligation de mitiger le préjudice — Promesse d'achat d'un terrain par une société à but unique — Inexécution de la promesse de vente par le promettant-vendeur — Demande d'exécution intégrale par la société — Une société à but unique doit-elle mitiger ses pertes? — La demanderesse qui cherche à obtenir l'exécution intégrale a-t-elle l'obligation de mitiger ses pertes? — Le juge de première instance a-t-il eu tort de conclure qu'aucun immeuble comparable n'aurait pu servir à mitiger le préjudice?



2012 Volume 2

Canada Supreme Court Reports Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

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

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
GENEVIÈVE DOMEY
LEE ANN GORMAN

SÉBASTIEN LAFRANCE
KAREN LEVASSEUR
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD

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

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME

NANCY MCCAUGHAN
PAULINE MCTAVISH

ANNE-MARIE NOËL
JEAN-FRANÇOIS SCHAAN

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BEVERLEY McLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable LOUIS LeBEL

The Honourable MORRIS FISH

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable MARSHALL ROTHSTEIN

The Honourable THOMAS ALBERT CROMWELL

The Honourable MICHAEL J. MOLDAVER

The Honourable ANDROMACHE KARAKATSANIS

The Honourable RICHARD WAGNER

On the 7th day of August 2012, the Honourable Marie Deschamps, a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, resigned from the Bench.

On the 5th day of October 2012, the Honourable Richard Wagner, a Judge of the Court of Appeal of Quebec, was appointed a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable LOUIS LEBEL

L'honorable MORRIS FISH

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable MARSHALL ROTHSTEIN

L'honorable THOMAS ALBERT CROMWELL

L'honorable MICHAEL J. MOLDAVER

L'honorable ANDROMACHE KARAKATSANIS

L'honorable RICHARD WAGNER

L'honorable Marie Deschamps, juge puînée à la Cour suprême du Canada, a résigné ses fonctions le 7 août 2012.

Le 5 octobre 2012, l'honorable Richard Wagner, juge de la Cour d'appel du Québec, a été nommé juge puîné à la Cour suprême du Canada.

ERRATA

[2011] 2 S.C.R., p. xiii, Table of Judgments. Page number for *Canada (Attorney General) v. Mavi* and for *Mavi, Canada (Attorney General) v.* is 504 instead of 485.

[2011] 2 S.C.R., p. xv, Table des jugements. Page number for *Canada (Procureur général) c. Mavi* and for *Mavi, Canada (Procureur général) c.* is 504 instead of 485.

[2011] 2 R.C.S., p. xv, Table des jugements. Le numéro de page des entrées *Canada (Procureur général) c. Mavi* et *Mavi, Canada (Procureur général) c.* est 504 au lieu de 485.

[2011] 2 R.C.S., p. xiii, Table of Judgments. Le numéro de page des entrées *Canada (Attorney General) v. Mavi* et *Mavi, Canada (Attorney General) v.* est 504 au lieu de 485.

MOTIONS — REQUÊTES

(May 16 to July 31, 2012 – 16 mai au 31 juillet 2012)

- A.R.M. v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 34682, leave to appeal refused, 12.7.12, autorisation d'appel refusée.
- ABS Trucking Ltd. v. City of Edmonton*, (Alta.), 34634, leave to appeal refused with costs, 28.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- AIC Ltd. v. Fischer*, (Ont.), 34738, leave to appeal granted with costs in the cause, 28.6.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Anani v. First National Financial GP Corporation*, (Ont.), 34768, leave to appeal refused with costs, 19.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Apotex Inc. v. Eli Lilly Canada Inc.*, (F.C.), 34670, leave to appeal refused with costs, 17.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Apotex Inc. v. Merck & Co. Inc.*, (F.C.), 34676, leave to appeal refused with costs, 12.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Apotex Inc. v. Nycomed Canada Inc.*, (F.C.), 34669, leave to appeal refused with costs, 17.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Association démocratique des ressources à l'enfance du Québec (CSD) - Mauricie-Centre-du-Québec c. Union des employées et employés de service, section locale 800*, (Qc), 34667, leave to appeal refused with costs, 14.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Association des locataires du Village olympique inc. (ALVO) c. Ville de Montréal*, (Qc), 34598, leave to appeal refused with costs, 19.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Attorney General of Canada on behalf of the Czech Republic v. Zajicek*, (Ont.) (Crim.), 34767, leave to appeal granted, 28.6.12, autorisation d'appel accordée.
- Auger c. Lauzon*, (Qc), 34710, leave to appeal refused with costs, 31.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- B c. Intervenant 1*, (Qc), 34715, leave to appeal refused with costs, 19.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- B.C. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34535, leave to appeal refused, 17.5.12, autorisation d'appel refusée.
- Bablitz v. Phillip*, (Alta.), 34677, leave to appeal refused with costs, 12.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bédard c. Ministre de la Justice du Canada*, (Qc) (Crim.), 34737, leave to appeal refused, 21.6.12, autorisation d'appel refusée.
- Beltran v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (Ont.) (Crim.), 34717, leave to appeal refused, 12.7.12, autorisation d'appel refusée.
- Bruno Appliance and Furniture, Inc. v. Hryniak*, (Ont.), 34645, leave to appeal granted with costs in the cause, 28.6.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Burns v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada), Local 219*, (N.B.), 34714, leave to appeal refused with costs, 28.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- C.S. v. Children's Aid Society of the Regional Municipality of Waterloo*, (Ont.), 34721, leave to appeal refused, 14.6.12, autorisation d'appel refusée.

- Canadian National Railway v. McKercher LLP*, (Sask.), 34545, leave to appeal granted with costs in the cause, 24.5.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Chabotar c. Ville de Laval*, (Qc), 34675, leave to appeal refused with costs, 31.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cinar Corporation v. Robinson*, (Que.), 34466, leave to appeal granted with costs in the cause, 24.5.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Ville de Laval*, (Qc), 34586, leave to appeal refused with costs, 17.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Commissionaires Nova Scotia v. Crouse*, (F.C.), 34711, leave to appeal refused with costs, 14.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Conseil de la Première Nation Malécite de Viger c. Crevette du Nord Atlantique Inc.*, (Qc), 34713, leave to appeal refused with costs, 19.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Corporation of the Township of Russell v. Bickley*, (Ont.), 34970, notice of discontinuance filed, 4.10.12, avis de désistement produit.
- Crane Canada Inc. v. Economical Insurance Company*, (Que.), 34665, leave to appeal refused with costs, 14.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Daishowa-Marubeni International Ltd. v. The Queen*, (F.C.), 34534, leave to appeal granted in part, 4.6.12, autorisation d'appel accordée en partie.
- Davis v. Corporation of the City of Guelph*, (Ont.), 34637, leave to appeal refused with costs, 24.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Davitt v. Minister of National Revenue*, (F.C.), 34729, leave to appeal refused with costs, 28.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Denver-Lambert c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 34626, leave to appeal refused, 19.7.12, autorisation d'appel refusée.
- Dicaro v. Manufacturers Life Insurance Company*, (Ont.), 34697, leave to appeal refused with costs, 21.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Divito c. Ministre de la sécurité publique et de la protection civile*, (C.F.), 34128, leave to appeal granted, 24.5.12, autorisation d'appel accordée.
- Doig v. Canada (Minister of National Revenue)*, (F.C.), 34726, leave to appeal refused with costs, 14.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Doyle v. McAleer*, (P.E.I.), 34728, leave to appeal refused with costs, 28.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Elbilja v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada), Local 2002*, (F.C.), 34683, leave to appeal refused with costs, 14.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Envision Credit Union v. The Queen*, (F.C.), 34619, leave to appeal granted with costs in the cause, 21.6.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Ethier v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34688, leave to appeal refused, 12.7.12, autorisation d'appel refusée.
- Fundi v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34705, leave to appeal refused, 28.6.12, autorisation d'appel refusée.
- Gaskin v. Royal Bank of Canada*, (Man.), 34672, leave to appeal refused with costs, 31.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gauthier c. Richard*, (Qc), 34752, leave to appeal refused with costs, 19.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gauthier v. Tarlo Lyons*, (Ont.), 34723, leave to appeal refused with costs, 12.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Grandchamp c. Transamerica Vie Canada*, (Qc), 34674, leave to appeal refused, 14.6.12, autorisation d'appel refusée.
- Greenway Estates Homes Ltd. v. McDonald*, (Ont.), 34690, leave to appeal refused with costs, 17.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Grewal v. Sandhu*, (B.C.), 34725, leave to appeal refused with costs, 21.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- H.H. v. N.H.*, (Que.), 34635, leave to appeal refused, 31.5.12, autorisation d'appel refusée.
- Hahn v. The Queen*, (F.C.), 34552, leave to appeal refused with costs, 17.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hart v. Roman Catholic Episcopal Corporation of the Diocese of Kingston, in Canada*, (Ont.), 34625, leave to appeal refused with costs, 17.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hay v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33536, leave to appeal granted, 19.7.12, autorisation d'appel accordée.
- Hryniak v. Mauldin*, (Ont.), 34641, leave to appeal granted with costs in the cause, 28.6.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Hudgins v. Regional Municipality of Peel Police Services Board*, (Ont.), 34643, leave to appeal refused, 31.5.12, autorisation d'appel refusée.
- Hudgins v. The Queen*, (Ont.), 34689, leave to appeal refused with costs, 31.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hudson's Bay Company v. Sutherland*, (Ont.), 34532, leave to appeal refused, 17.5.12, autorisation d'appel refusée.
- Imperial Tobacco Canada Limited v. The Queen*, (F.C.), 34606, leave to appeal refused with costs, 24.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Infineon Technologies AG v. Pro-Sys Consultants Ltd.*, (B.C.), 33522, leave to appeal refused with costs, 17.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Izard c. Robinson*, (Qc), 34468, leave to appeal granted with costs in the cause, 24.5.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Jeffery v. London Life Insurance Company*, (Ont.), 34599, leave to appeal refused with costs, 24.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- K.S. v. CAS of the Regional Municipality of Waterloo*, (Ont.), 34703, leave to appeal refused with costs, 24.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Keremelevski v. Michelle*, (B.C.), 34813, leave to appeal refused, 28.6.12, autorisation d'appel refusée.
- La Souveraine, Compagnie d'assurance générale c. Autorité des marchés financiers*, (Qc), 34699, leave to appeal granted with costs in the cause, 28.6.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Lac v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 34685, leave to appeal refused, 26.7.12, autorisation d'appel refusée.
- Lavigne v. Canada Post Corporation*, (F.C.), 34702, leave to appeal refused with costs, 31.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lojas Renner S.A. v. Tucows.Com Co.*, (Ont.), 34481, leave to appeal refused with costs, 24.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lopez c. Procureur général du Canada, au nom des États-Unis d'Amérique*, (Qc) (Crim.), 34560, leave to appeal refused, 12.7.12, autorisation d'appel refusée.
- Mailloux c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 34741, leave to appeal refused, 19.7.12, autorisation d'appel refusée.
- Makarchuk v. Makarchuk*, (Ont.), 34727, leave to appeal refused, 14.6.12, autorisation d'appel refusée.
- Malobabic v. Quebec Bar Association*, (Que.), 34673, leave to appeal refused with costs, 12.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Martin Grove Properties Ltd. v. The Queen*, (Ont.), 34616, leave to appeal refused, 31.5.12, autorisation d'appel refusée.
- McGowan v. Bank of Nova Scotia*, (P.E.I.), 34664, leave to appeal refused with costs, 31.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- McLean v. Executive Director of the British Columbia Securities Commission*, (B.C.), 34593, leave to appeal granted, 28.6.12, autorisation d'appel accordée.
- Mellor v. Workers' Compensation Board of Saskatchewan*, (Sask.), 34766, leave to appeal refused, 12.7.12, autorisation d'appel refusée.
- Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, (F.C.), 34681, leave to appeal refused with costs, 14.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Merck Frosst Canada & Co. v. Apotex Inc.*, (F.C.), 34627, leave to appeal refused with costs, 17.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Microcell Communications Inc. v. Frey*, (Sask.), 34618, leave to appeal refused with costs, 28.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Morrow v. County of Lanark*, (Ont.), 34708, leave to appeal refused with costs, 28.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Munger Pontiac Buick Inc. c. Syndicat démocratique des employés de garage Saguenay-Lac-Saint-Jean (CSD)*, (Qc), 34707, leave to appeal refused with costs, 14.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Murray v. Danielski*, (N.B.), 34679, leave to appeal refused with costs, 31.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Murray v. Royal Bank of Canada*, (N.B.), 34642, leave to appeal refused with costs, 31.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- N.P. v. Director of the Child, Youth and Family Enhancement Act*, (Alta.), 34777, leave to appeal refused with costs, 19.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nearctic Nickel Mines Inc. v. Canadian Royalties Inc.*, (Que.), 34801, leave to appeal refused with costs, 19.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- O'Brien v. The Queen*, (N.S.) (Crim.), 34639, leave to appeal refused, 14.6.12, autorisation d'appel refusée.
- Payette c. Guay inc.*, (Qc), 34662, leave to appeal granted with costs in the cause, 17.5.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Peier v. Cressey Whistler Townhomes Limited Partnership*, (B.C.), 34722, notice of discontinuance filed, 28.8.12, avis de désistement produit.
- Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara v. Karaha Bodas Company, L.L.C.*, (Alta.), 34554, leave to appeal refused with costs, 17.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Proctor v. Attorney General of British Columbia*, (B.C.), 34628, leave to appeal refused, 24.5.12, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Berish*, (Que.) (Crim.), 34660, leave to appeal refused, 28.6.12, autorisation d'appel refusée.
- R. v. MacIntosh*, (N.S.) (Crim.), 34650, leave to appeal granted, 28.6.12, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Mastop*, (B.C.) (Crim.), 34810, notice of discontinuance filed, 9.10.12, avis de désistement produit.
- R. v. Teal Cedar Products Ltd.*, (B.C.), 34769, leave to appeal granted with costs in the cause, 26.7.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- R. v. W.H.*, (N.L.) (Crim.), 34522, leave to appeal granted, 24.5.12, autorisation d'appel accordée.
- Regional Municipality of Halton v. Giuliani*, (Ont.), 34680, leave to appeal refused with costs, 28.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Residents and Ratepayers of Central Saanich Society v. Corporation of the District of Central Saanich*, (B.C.), 34632, leave to appeal refused with costs, 12.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Robinson c. France Animation S.A.*, (Qc), 34469, leave to appeal granted with costs in the cause, 24.5.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Rosenstein v. Kanavaros*, (Que.), 34719, leave to appeal refused with costs, 21.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rudge v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34658, leave to appeal refused, 28.6.12, autorisation d'appel refusée.
- Sable Offshore Energy Inc. v. Ameron International Corporation*, (N.S.), 34678, leave to appeal granted with costs in the cause, 28.6.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Salter v. Hirst*, (Ont.), 34536, leave to appeal refused, 19.7.12, autorisation d'appel refusée.
- Samsung Electronics Co., Ltd. c. Option Consommateurs*, (Qc), 34617, leave to appeal granted with costs in the cause, 17.5.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Sawaged v. IPC (Investment Planning Counsel)*, (Ont.), 34684, leave to appeal refused with costs, 24.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Schenker du Canada limitée c. Groupe Intersand Canada inc.*, (Qc), 34740, leave to appeal refused with costs, 19.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Schering Corporation v. Apotex Inc.*, (F.C.), 34600, leave to appeal refused with costs, 12.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Seck c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 34652, leave to appeal refused, 21.6.12, autorisation d'appel refusée.
- Sinopec Shanghai Engineering Company Ltd. v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 34629, leave to appeal refused, 12.7.12, autorisation d'appel refusée.
- Skibinski v. Community Living British Columbia*, (B.C.), 34716, leave to appeal refused with costs, 19.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- SNC-Lavalin Environnement Inc. v. Lafarge Canada inc.*, (Qc), 35004, notice of discontinuance filed, 30.10.12, avis de désistement produit.
- Stewart v. Appeals Commission for the Alberta Workers' Compensation*, (Alta.), 34709, leave to appeal refused with costs, 28.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sumner v. PCL Constructors Inc.*, (Alta.), 34630, leave to appeal refused with costs, 28.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- T.R.A. v. The Queen*, (N.S.) (Crim.), 34636, leave to appeal refused, 12.7.12, autorisation d'appel refusée.
- Tajdin v. Aga Khan*, (F.C.), 34731, leave to appeal refused with costs, 28.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Teal Cedar Products Ltd. v. The Queen*, (B.C.), 34773, leave to appeal refused with costs, 26.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tekavec v. Jack*, (B.C.), 34604, leave to appeal refused with costs, 24.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- The Owners, Strata Plan BCS 1589 v. 459381 B.C. Ltd.*, (B.C.), 34739, leave to appeal refused with costs, 19.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tibilla v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 34686, leave to appeal refused, 12.7.12, autorisation d'appel refusée.
- Trace Foundation v. Chossudovsky*, (Que.), 34656, leave to appeal refused with costs, 31.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tri-Caddi International Inc. v. Sunrise Tradex Corporation*, (Que.), 34605, leave to appeal refused with costs, 24.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Twinn v. Poitras*, (F.C.), 34760, leave to appeal refused with costs, 19.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Verreault Navigation inc. c. Agence du revenu du Québec*, (Qc), 34742, leave to appeal refused with costs, 12.7.12, autorisation d'appel refuséc avec dépens.
- Vu v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 34687, leave to appeal granted, 4.6.12, autorisation d'appel accordée.
- Warawa v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 34661, leave to appeal refused, 12.7.12, autorisation d'appel refusée.
- Weinberg c. Robinson*, (Qc), 34467, leave to appeal granted with costs in the cause, 24.5.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Wood v. Schaeffer*, (Ont.), 34621, leave to appeal and cross-appeal granted, 28.6.12, autorisations d'appel et d'appel incident accordées.
- Youvarajah v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34732, leave to appeal granted, 7.6.12, autorisation d'appel accordée.

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 | | PAGE |
|--|------|--|------|
| A | | E | |
| A.B. v. Bragg Communications Inc. | 567 | Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada | 231 |
| Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) | 345 | | |
| Annapolis County District School Board v. Marshall | 84 | | |
| B | | G | |
| | | Gibbons, R. v. | 92 |
| Bell Canada, Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. | 326 | | |
| Bellusci, R. v. | 509 | | |
| Bragg Communications Inc., A.B. v. | 567 | | |
| C | | H | |
| | | Halifax (Regional Municipality) v. Canada (Public Works and Government Services) | 108 |
| Canada v. Craig | 489 | | |
| Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society | 524 | | |
| Canada (Public Works and Government Services), Halifax (Regional Municipality) v. | 108 | | |
| Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright), Alberta (Education) v. | 345 | | |
| Cinar Corporation v. Robinson | 55 | | |
| Clements v. Clements | 181 | | |
| Craig, Canada v. | 489 | | |
| D | | K | |
| | | Knott, R. v. | 470 |
| D.C., R. v. | 626 | | |
| Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society, Canada (Attorney General) v. | 524 | | |
| P | | M | |
| | | Mabior, R. v. | 584 |
| | | Marshall, Annapolis County District School Board v. | 84 |
| | | Maybin, R. v. | 30 |
| | | Mayuran, R. v. | 162 |
| | | Motion Picture Theatre Associations of Canada, Re:Sound v. | 376 |
| P | | P | |
| | | Prokofiew, R. v. | 639 |
| | | Punko, R. v. | 396 |

| | PAGE | | PAGE |
|--|------|--|------|
| Q | | S | |
| Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail), Tessier Ltée v. | 3 | Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada | 326 |
| R | | Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, Entertainment Software Association v. | 231 |
| R. v. Bellusci | 509 | Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, Rogers Communications Inc. v. | 283 |
| R. v. D.C. | 626 | Southcott Estates Inc. v. Toronto Catholic District School Board | 675 |
| R. v. Gibbons | 92 | T | |
| R. v. Knott | 470 | Tessier Ltée v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail) | 3 |
| R. v. Mabior | 584 | Toronto Catholic District School Board, Southcott Estates Inc. v. | 675 |
| R. v. Maybin | 30 | V | |
| R. v. Mayuran | 162 | Venneri, R. v. | 211 |
| R. v. Prokofiew | 639 | Vu, R. v. | 411 |
| R. v. Punko | 396 | W | |
| R. v. Rochon | 673 | Walle, R. v. | 438 |
| R. v. Roy | 60 | Westmount (City) v. Rossy | 136 |
| R. v. Venneri | 211 | | |
| R. v. Vu | 411 | | |
| R. v. Walle | 438 | | |
| Re:Sound v. Motion Picture Theatre Associations of Canada | 376 | | |
| Robinson, Cinar Corporation v. | 55 | | |
| Rochon, R. v. | 673 | | |
| Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada | 283 | | |
| Rossy, Westmount (City) v. | 136 | | |
| Roy, R. v. | 60 | | |

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

| | PAGE | | PAGE |
|---|------|---|------|
| A | | E | |
| A.B. c. Bragg Communications Inc. | 567 | Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique | 231 |
| Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) | 345 | | |
| Annapolis County District School Board c. Marshall | 84 | F | |
| B | | Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada, Ré:Sonne c. | 376 |
| Bell Canada, Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. | 326 | G | |
| Bellusci, R. c. | 509 | Gibbons, R. c. | 92 |
| Bragg Communications Inc., A.B. c. | 567 | H | |
| C | | Halifax (Regional Municipality) c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux) | 108 |
| Canada c. Craig | 489 | K | |
| Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society | 524 | Knott, R. c. | 470 |
| Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux), Halifax (Regional Municipality) c. | 108 | M | |
| Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright), Alberta (Éducation) c. | 345 | Mabior, R. c. | 584 |
| Cinar Corporation c. Robinson | 55 | Marshall, Annapolis County District School Board c. | 84 |
| Clements c. Clements | 181 | Maybin, R. c. | 30 |
| Craig, Canada c. | 489 | Mayuran, R. c. | 162 |
| D | | | |
| D.C., R. c. | 626 | | |
| Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society, Canada (Procureur général) c. | 524 | | |

| | PAGE | | PAGE |
|---|------|---|------|
| P | | S | |
| Prokofiew, R. c. | 639 | Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada | 326 |
| Punko, R. c. | 396 | Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, Entertainment Software Association c. | 231 |
| Q | | Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, Rogers Communications Inc. c. | 283 |
| Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail), Tessier Ltée c. | 3 | Southcott Estates Inc. c. Toronto Catholic District School Board | 675 |
| R | | T | |
| R. c. Bellusci | 509 | Tessier Ltée c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail) | 3 |
| R. c. D.C. | 626 | Toronto Catholic District School Board, Southcott Estates Inc. c. | 675 |
| R. c. Gibbons | 92 | V | |
| R. c. Knott | 470 | Venneri, R. c. | 211 |
| R. c. Mabior | 584 | Vu, R. c. | 411 |
| R. c. Maybin | 30 | W | |
| R. c. Mayuran | 162 | Walle, R. c. | 438 |
| R. c. Prokofiew | 639 | Westmount (Ville) c. Rossy | 136 |
| R. c. Punko | 396 | | |
| R. c. Rochon | 673 | | |
| R. c. Roy | 60 | | |
| R. c. Venneri | 211 | | |
| R. c. Vu | 411 | | |
| R. c. Walle | 438 | | |
| Ré:Sonne c. Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada | 376 | | |
| Robinson, Cinar Corporation c. | 55 | | |
| Rochon, R. c. | 673 | | |
| Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique | 283 | | |
| Rossy, Westmount (Ville) c. | 136 | | |
| Roy, R. c. | 60 | | |

TABLE OF CASES CITED

| NAME OF CASE | WHERE REPORTED | PAGE |
|---|---|---------------|
| A | | |
| Actton Transport Ltd. v. British Columbia (Director of Employment Standards) | 2010 BCCA 272, 5 B.C.L.R. (5th) 1 | 24 |
| Adderley v. Dixon | (1824), 1 Sim. & St. 607, 57 E.R. 239 | 691 |
| Agence Maritime Inc. v. Conseil canadien des relations ouvrières | [1969] S.C.R. 851 | 12 |
| Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association | 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 | 295, 314 |
| Alticor Inc. v. Nutravite Pharmaceuticals Inc. | 2005 FCA 269, 339 N.R. 56 | 318 |
| American Automobile Insurance Co. v. Dickson | [1943] S.C.R. 143 | 74 |
| Amos v. Insurance Corp. of British Columbia | [1995] 3 S.C.R. 405 | 141 |
| Andros Springs v. World Beauty | [1970] P. 144 | 702 |
| Apeco of Canada, Ltd. v. Windmill Place | [1978] 2 S.C.R. 385 | 705 |
| Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers Ltd. | [1987] 1 F.C. 173 | 252, 306 |
| Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re) | 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248 | 603 |
| Asamera Oil Corp. v. Seal Oil & General Corp. | [1979] 1 S.C.R. 633 | 685, 701 |
| Ash v. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd. | [1936] 2 All E.R. 1496 | 251 |
| Athey v. Leonati | [1996] 3 S.C.R. 458 | 188 |
| Attorney-General for Ontario v. Winner | [1954] A.C. 541 | 25 |
| Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre | [1982] 1 S.C.R. 175 | 575 |
| Avon v. The Queen | [1971] S.C.R. 650 | 658 |
| B | | |
| Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) | [1999] 2 S.C.R. 817 | 133 |
| Baker v. Carr | 369 U.S. 186 (1962) | 543 |
| Barker v. Corus UK Ltd. | [2006] UKHL 20, [2006] 2 A.C. 572 | 196 |
| Bédard v. Royer | [2003] R.J.Q. 2455 | 145 |
| Bedford v. Canada (Attorney General) | 2010 ONSC 4264, 327 D.L.R. (4th) 52 | 536 |
| Bell v. Ontario Human Rights Commission | [1971] S.C.R. 756 | 324 |
| Bell v. The Queen | [1983] 2 S.C.R. 471 | 431 |
| Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail) | [1988] 1 S.C.R. 749 | 8 |
| Bell Canada v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada | 2010 FCA 220, 409 N.R. 102 | 258 |
| Bennett v. Minister of Community Welfare | (1992), 176 C.L.R. 408 | 188 |
| Betts v. Whittingslowe | (1945), 71 C.L.R. 637 | 188 |
| Bishop v. Stevens | [1990] 2 S.C.R. 467 | 242, 253, 332 |
| Boggs v. The Queen | [1981] 1 S.C.R. 49 | 596 |
| Bolduc v. The Queen | [1967] S.C.R. 677 | 601 |
| British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd. | 2004 SCC 38, [2004] 2 S.C.R. 74 | 686 |
| British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc. | 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86 | 13 |

| NAME OF CASE | WHERE REPORTED | PAGE |
|---|---|-------------------------|
| British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways Company of London, Ltd. | [1912] A.C. 673 | 685, 701 |
| Byrne v. Hodgins | (1972), 30 D.L.R. (3d) 128 | 90 |
| C | | |
| C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour) | 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539 | 134 |
| Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc. | 510 U.S. 569 (1994) | 337 |
| Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp. | 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610 | 369 |
| Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources) | [1989] 2 S.C.R. 49 | 543 |
| Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General) | 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 | 295, 318, 373 |
| Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa | 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 | 315 |
| Canada Labour Relations Board v. Paul L'Anglais Inc. | [1983] 1 S.C.R. 147 | 19 |
| Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass | [1997] 3 S.C.R. 391 | 515 |
| Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada | 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601 | 504 |
| Canadian Admiral Corp. v. Rediffusion, Inc. | [1954] Ex. C.R. 382 | 246, 270, 305 |
| Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General) | 2011 SCC 2, [2011] 1 S.C.R. 19 | 576 |
| Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board) ... | [1995] 1 S.C.R. 157 | 321 |
| Canadian Broadcasting Corp. v. The Queen | 2011 SCC 3, [2011] 1 S.C.R. 65 | 576 |
| Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration) | [1992] 1 S.C.R. 236 | 531 |
| Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General) | [1988] 2 S.C.R. 122 | 580 |
| Canadian Wireless Telecommunications Assn. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada | 2008 FCA 6, [2008] 3 F.C.R. 539 | 246, 262, 303 |
| Canderel Ltd. v. Canada | [1998] 1 S.C.R. 147 | 506 |
| Cartoon Network v. CSC Holdings, Inc. | 536 F.3d 121 (2008) | 310 |
| CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada | 2002 FCA 187, [2002] 4 F.C. 213 | 360, 366 |
| CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada | 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339 | 261, 292, 332, 356, 366 |
| Century 21 Canada Limited Partnership v. Rogers Communications Inc. | 2011 BCSC 1196, 338 D.L.R. (4th) 32 | 337 |
| Chamberlain Group Inc. v. Lynx Industries Inc. | 2010 FC 1287, 379 F.T.R. 270 | 318 |
| Chaoulli v. Quebec (Attorney General) | 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791 | 537 |
| Citadel General Assurance Co. v. Vytilingam | 2007 SCC 46 [2007] 3 S.C.R. 373 | 141 |
| Click v. The State | 3 Tex. 282 (1848) | 423 |
| Colpitts v. The Queen | [1965] S.C.R. 739 | 174 |
| Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada ... | [1966] S.C.R. 767 | 10 |
| Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission) | 2001 SCC 37, [2001] 2 S.C.R. 132 | 133 |
| Compagnie d'assurance Victoria du Canada v. Neveu | [1989] R.R.A. 226 | 147 |
| Compo Co. v. Blue Crest Music Inc. | [1980] 1 S.C.R. 357 | 253, 310, 337 |
| Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd. | [1968] S.C.R. 676 | 245, 266, 305 |
| Conolly v. Parsons | (1797), 3 Ves. 625n | 613 |

| NAME OF CASE | WHERE REPORTED | PAGE |
|--|--|-----------------------|
| Consolidated Fastfrate Inc. v. Western Canada Council of Teamsters | 2009 SCC 53, [2009] 3 S.C.R. 407 | 16 |
| Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission | [1979] 1 S.C.R. 754 | 12 |
| Consumers' Gas Co. v. National Energy Board | (1996), 195 N.R. 150 | 24 |
| Cook v. Lewis | [1951] S.C.R. 830 | 191 |
| Copyright Licensing Ltd. v. University of Auckland | [2002] 3 N.Z.L.R. 76 | 359 |
| Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc. | 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650 | 322 |
| D | | |
| Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp. | [1994] 3 S.C.R. 835 | 575 |
| Danson v. Ontario (Attorney General) | [1990] 2 S.C.R. 1086 | 554 |
| Darbishire v. Warran | [1963] 1 W.L.R. 1067 | 702 |
| Davis v. R. | [2006] NSWCCA 392 (AustLI) | 423 |
| Doe v. Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints in Canada | 2003 ABQB 794, 341 A.R. 395 | 578 |
| Doré v. Barreau du Québec | 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395 | 298, 319 |
| Dunkirk Colliery Co. v. Lever | (1878), 9 Ch. D. 20 | 702 |
| Dunsmuir v. New Brunswick | 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 | 128, 295, 314, 374 |
| E | | |
| Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General) | [1989] 2 S.C.R. 1326 | 575 |
| Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada..... | 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231 | 292, 320 |
| Evans v. Teamsters Local Union No. 31 | 2008 SCC 20, [2008] 1 S.C.R. 661 | 686 |
| F | | |
| F.N. (Re) | 2000 SCC 35, [2000] 1 S.C.R. 880 | 581 |
| Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd. | [2002] UKHL 22, [2002] 3 All E.R. 305 ... | 196 |
| Falkener v. R. | 2007 TCC 514, [2008] 2 C.T.C. 2231 | 499 |
| Finlay v. Canada (Minister of Finance) | [1986] 2 S.C.R. 607 | 531 |
| Flounders v. Millar | [2007] NSWCA 238, 49 M.V.R. 53 | 188 |
| G | | |
| Gander International Airport Authority Inc. v. Gander (Town) | 2011 NLCA 65, 313 Nfld. & P.E.I.R. 125 ... | 133 |
| General Securities Ltd. v. Don Ingram Ltd. | [1940] S.C.R. 670 | 702 |
| General Teamsters, Local Union No. 362 v. MacCosham Van Lines Ltd. | [1979] 1 C.L.R.B.R. 498 | 25 |
| Gunn v. Canada | 2006 FCA 281, [2007] 3 F.C.R. 57 | 494 |
| H | | |
| Hadley v. The Queen | [1985] 1 C.T.C. 62 | 496 |
| Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission) | 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364 | 324 |

| NAME OF CASE | WHERE REPORTED | PAGE |
|--|---|-----------------------|
| Hamstra (Guardian ad litem of) v. British Columbia Rugby Union | [1997] 1 S.C.R. 1092 | 500 |
| Hegarty v. Shine | (1878), 14 Cox C.C. 124 | 598 |
| Housen v. Nikolaisen | 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 | 296, 320, 694, 703 |
| Hover v. M.N.R. | [1993] 1 C.T.C. 2585 | 496 |
| Hubbard v. Vosper | [1972] 1 All E.R. 1023 | 339, 365, 366 |
| Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General) | [1993] 3 S.C.R. 675 | 542 |
| I | | |
| International Brotherhood of Electrical Workers, Local 348 v. Labour Relations Board | (1995), 168 A.R. 204 | 25 |
| ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. | [1986] 1 S.C.R. 752 | 14 |
| J | | |
| Janiak v. Ippolito | [1985] 1 S.C.R. 146 | 702 |
| Jardine v. Northern Co-operative Timber and Mill Association | [1945] 1 W.W.R. 533 | 91 |
| Johnson v. The Queen | 2009 TCC 383, 2009 D.T.C. 1245 | 499 |
| Johnston Terminals and Storage Ltd. v. Vancouver Harbour Employees' Association Local 517 | [1981] 2 F.C. 686 | 24 |
| K | | |
| Kienapple v. The Queen | [1975] 1 S.C.R. 729 | 420 |
| Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co. | [1987] 1 S.C.R. 2 | 688 |
| L | | |
| Lagden v. O'Connor | [2003] UKHL 64, [2004] 1 All E.R. 277 ... | 702 |
| Lake v. Canada (Minister of Justice) | 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761 | 127 |
| Lanificio Fratelli Bettazzi S.N.C. v. Tissus Ranchar Inc. | September 6, 1990, No. 21373 | 55 |
| Law Society of New Brunswick v. Ryan | 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247 | 321 |
| Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers | [1975] 1 S.C.R. 178 | 12 |
| Lewis v. The Queen | [1979] 2 S.C.R. 821 | 174 |
| Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia | [1959] S.C.R. 497 | 596 |
| Loyens v. R. | 2008 TCC 486, [2009] 1 C.T.C. 2547 | 499 |
| Lumbermens Mutual Casualty Co. v. Herbison | 2007 SCC 47, [2007] 3 S.C.R. 393 | 141 |
| M | | |
| MacDonald v. Goertz | 2009 BCCA 358, 275 B.C.A.C. 68 | 189 |
| Mann v. The Queen | [1966] S.C.R. 238 | 74 |
| Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc. | 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772 | 322 |
| McConnell v. The Queen | [1968] S.C.R. 802 | 658 |

| NAME OF CASE | WHERE REPORTED | PAGE |
|--|--|------|
| McMillan v. Thompson (Rural Municipality) | (1997), 144 D.L.R. (4th) 53 | 152 |
| Midgett v. State | 139 A.2d 209 (1958) | 423 |
| Miller v. Canada (Attorney General) | 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149 | 499 |
| Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville | [1982] 2 S.C.R. 518 | 500 |
| Minister of Justice of Canada v. Borowski | [1981] 2 S.C.R. 575 | 539 |
| Moldowan v. The Queen | [1978] 1 S.C.R. 480 | 493 |
| Molson Breweries v. John Labatt Ltd. | [2000] 3 F.C. 145 | 318 |
| Montréal (City) v. Montreal Port Authority | 2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427 | 125 |
| Mooney v. British Columbia (Attorney General) | 2004 BCCA 402, 202 B.C.A.C. 74 | 190 |
| Morrissey v. Canada | [1989] 2 F.C. 418 | 496 |

N

| | | |
|---|--|----------|
| National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)..... | [1990] 2 S.C.R. 1324 | 394 |
| Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board) | 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708 | 128, 321 |
| NIL/TU,O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union | 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696 | 9 |
| Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada | [1983] 1 S.C.R. 733 | 20 |
| Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada | [1980] 1 S.C.R. 115 | 19 |
| Notre-Dame-de-l'Île-Perrot (Paroisse de) v. Société générale des industries culturelles | [2000] R.J.Q. 345 | 133 |
| Nova Scotia Board of Censors v. McNeil | [1976] 2 S.C.R. 265 | 546 |

O

| | | |
|--|--|-----|
| O'Grady v. Sparling | [1960] S.C.R. 804 | 74 |
| Oakwood Development Ltd. v. Rural Municipality of St. François Xavier | [1985] 2 S.C.R. 16 | 133 |
| Odhavji Estate v. Woodhouse | 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263 | 565 |
| Ontario v. Canadian Pacific Ltd. | [1995] 2 S.C.R. 1031 | 248 |
| Ontario (Attorney General) v. Dieleman | (1994), 20 O.R. (3d) 229 | 95 |
| Ontario (Attorney General) v. Fraser | 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3 | 500 |
| Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board) | [1993] 3 S.C.R. 327 | 10 |
| Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Associa- tion | 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815 | 133 |
| Operation Dismantle Inc. v. The Queen | [1985] 1 S.C.R. 441 | 547 |
| Ordon Estate v. Grail | [1998] 3 S.C.R. 437 | 14 |

P

| | | |
|--|-------------------------------------|-----|
| Palmer v. The Queen | [1980] 1 S.C.R. 759 | 465 |
| Papadimitropoulos v. The Queen | (1957), 98 C.L.R. 249 | 601 |
| People v. Adams | 205 N.W.2d 415 (1973) | 423 |
| Periard v. Ville de Sept-Iles | [1985] I.L.R. 7557 | 146 |
| Petijevich v. Law | [1969] S.C.R. 257 | 91 |
| Phonographic Performance Co. of Australia Ltd. v. Federation of Australian Commercial Television Stations | [1998] HCA 39, 195 C.L.R. 158 | 392 |

| NAME OF CASE | WHERE REPORTED | PAGE |
|--|--|----------|
| Poirier (in bankruptcy) v. Minister of National Revenue | (1986), 2 F.T.R. 11 | 496 |
| Productions Pram inc. v. Lemay | [1992] R.J.Q. 1738 | 141 |
| Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada | [1931] A.C. 310 | 596 |
| Q | | |
| Québec (Communauté urbaine) v. Fondation Bagatelle Inc. | 2001 CanLII 15060 | 133 |
| Québec (Procureur général) v. Villeneuve | [1996] R.J.Q. 2199 | 144 |
| Queensland v. Commonwealth | (1977), 139 C.L.R. 585 | 500 |
| R | | |
| R. v. Amaralik | (1984), 16 C.C.C. (3d) 22 | 484 |
| R. v. Amyotte | 2005 BCCA 12, 192 C.C.C. (3d) 412 | 478 |
| R. v. Assoun | 2006 NSCA 47, 244 N.S.R. (2d) 96 | 658 |
| R. v. Atkins | 2010 ONCJ 262 (CanLII) | 220 |
| R. v. B. | [2006] EWCA Crim 2945, [2007] 1 W.L.R. 1567 | 606 |
| R. v. B. (K.G.) | [1993] 1 S.C.R. 740 | 500 |
| R. v. Bailey | [1986] O.J. No. 2795 (QL) | 561 |
| R. v. Battista | 2011 ONSC 4771, No. 08-G30391, August 9, 2011 | 220 |
| R. v. Bavington | [1987] O.J. No. 2728 (QL) | 561 |
| R. v. Bear | (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 255 | 561 |
| R. v. Beatty | 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49 | 63, 596 |
| R. v. Bennett | (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925 | 598 |
| R. v. Bernard | [1988] 2 S.C.R. 833 | 501 |
| R. v. Bevan | [1993] 2 S.C.R. 599 | 670 |
| R. v. Biladeau | (2008), 93 O.R. (3d) 365 | 658 |
| R. v. Biniaris | 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381 | 217 |
| R. v. Bjelland | 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651 | 515 |
| R. v. Blais | 2008 BCCA 389, 301 D.L.R. (4th) 464 | 561 |
| R. v. Blenkhorn-Sayers Structural Steel Corp. | 2008 ONCA 789, 304 D.L.R. (4th) 498 | 25 |
| R. v. Boston | [1988] B.C.J. No. 1185 (QL) | 561 |
| R. v. Briscoe | 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411 | 433 |
| R. v. Brooks | (1998), 41 O.R. (3d) 661 | 670 |
| R. v. Chaulk | [1990] 3 S.C.R. 1303 | 500 |
| R. v. Cheeseman | Sask. Prov. Ct., June 19, 1986 | 561 |
| R. v. Cinous | 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3 | 169, 406 |
| R. v. Clement | [1981] 2 S.C.R. 468 | 95, 102 |
| R. v. Crawford | [1995] 1 S.C.R. 858 | 657 |
| R. v. Creamer | 2001 ABPC 184, 297 A.R. 151 | 97 |
| R. v. Creighton | [1993] 3 S.C.R. 3 | 45 |
| R. v. Cribbin | (1994), 89 C.C.C. (3d) 67 | 45 |
| R. v. Cuerrier | [1998] 2 S.C.R. 371 | 589, 630 |
| R. v. Cunningham | (1986), 31 C.C.C. (3d) 223 | 561 |
| R. v. Currie | (1982), 65 C.C.C. (2d) 415 | 479 |
| R. v. D.B. | 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3 | 577 |

| NAME OF CASE | WHERE REPORTED | PAGE |
|---------------------------------------|---|------------------|
| R. v. D.C. | 2012 SCC 48, [2012] 2 S.C.R. 626 | 593 |
| R. v. D.C.S. | 2000 NSCA 61, 184 N.S.R. (2d) 299 | 81 |
| R. v. D.H. | 2002 BCPC 464 (CanLII) | 580 |
| R. v. Daley | 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523 | 459, 665 |
| R. v. Dawson | (1995), 143 N.S.R. (2d) 1 | 97 |
| R. v. Dee | (1884), 15 Cox C.C. 579 | 598 |
| R. v. DiGiuseppe | (2002), 161 C.C.C. (3d) 424 | 561 |
| R. v. Downey | [1992] 2 S.C.R. 10 | 561 |
| R. v. Drecic | 2011 ONCA 118, 276 O.A.C. 198 | 228 |
| R. v. Edwards Books and Art Ltd. | [1986] 2 S.C.R. 713 | 548 |
| R. v. Ewanchuk | [1999] 1 S.C.R. 330 | 604 |
| R. v. Find | 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863 | 612 |
| R. v. Flattery | (1877), 13 Cox C.C. 388 | 597 |
| R. v. Fleet | (1997), 120 C.C.C. (3d) 457 | 176 |
| R. v. Gagne | [1988] O.J. No. 2518 (QL) | 560 |
| R. v. Gaudreault | (1995), 105 C.C.C. (3d) 270 | 99 |
| R. v. Gill | (1994), 162 A.R. 163 | 484 |
| R. v. Griffin | 2009 SCC 28, [2009] 2 S.C.R. 42 | 176 |
| R. v. Gunning | 2005 SCC 27, [2005] 1 S.C.R. 627 | 175 |
| R. v. H.J.P. | (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 20 | 484 |
| R. v. Hackett | (1986), 30 C.C.C. (3d) 159 | 484 |
| R. v. Hallett | [1969] S.A.S.R. 141 | 43 |
| R. v. Harms | (1943), 81 C.C.C. 4 | 601 |
| R. v. Hendrix | (1999), 137 C.C.C. (3d) 445 | 479 |
| R. v. Hennigar | (1983), 58 N.S.R. (2d) 110 | 484 |
| R. v. Henry | 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609 ... | 432, 500, 660 |
| R. v. Hijazi | (1974), 20 C.C.C. (2d) 183 | 434 |
| R. v. Hill | [1986] 1 S.C.R. 313 | 171 |
| R. v. Hinse | [1995] 4 S.C.R. 597 | 99, 520 |
| R. v. Hughes | 2011 BCCA 220, 305 B.C.A.C. 112 | 44 |
| R. v. Hundal | [1993] 1 S.C.R. 867 | 67 |
| R. v. J.A.T. | 2010 BCSC 766 (CanLII) | 617 |
| R. v. J.M.H. | 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197 | 456 |
| R. v. J.W. | 2006 ABPC 216, 398 A.R. 374 | 519 |
| R. v. Jackson | 2011 ONCJ 228, 235 C.R.R. (2d) 289 | 518 |
| R. v. Jacquard | [1997] 1 S.C.R. 314 | 178 |
| R. v. Jahelka | (1987), 43 D.L.R. (4th) 111 | 560 |
| R. v. Jaw | 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26 | 178 |
| R. v. Jewitt | [1985] 2 S.C.R. 128 | 520 |
| R. v. Jolivet | 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751 | 669 |
| R. v. Jones | 2002 NBQB 340, [2002] N.B.J. No. 375 (QL) | 617 |
| R. v. K. (K.) | 2009 ONCA 254, 244 C.C.C. (3d) 124 | 479 |
| R. v. Kazelman | [1987] O.J. No. 1931 (QL) | 561 |
| R. v. Kehler | 2004 SCC 11, [2004] 1 S.C.R. 328 | 670 |
| R. v. Khan | 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823 | 80, 178 |
| R. v. L. (D.O.) | [1993] 4 S.C.R. 419 | 577 |
| R. v. Lee | (1991), 3 O.R. (3d) 726 | 602 |
| R. v. Lindsay | (2004), 70 O.R. (3d) 131 | 228 |

| NAME OF CASE | WHERE REPORTED | PAGE |
|-------------------------|---|----------|
| R. v. Lindsay | 2005 CanLII 24240 | 224 |
| R. v. Lucas | 2009 NLCA 56, 293 Nfld. & P.E.I.R. 90 ... | 478 |
| R. v. Mabior | 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584 | 628 |
| R. v. MacKenzie | [1993] 1 S.C.R. 212 | 177 |
| R. v. MacLean | 2002 NSSC 283, 210 N.S.R. (2d) 150 | 97 |
| R. v. MacNeil | 2009 NSCA 46, 277 N.S.R. (2d) 22 | 81 |
| R. v. Mahalingan | 2008 SCC 63, [2008] 3 S.C.R. 316 | 398, 409 |
| R. v. Maskell | 2011 ABPC 176, 512 A.R. 372 | 518 |
| R. v. Mathieu | 2008 SCC 21, [2008] 1 S.C.R. 723 | 474 |
| R. v. Maurantonio | [1968] 1 O.R. 145 | 602 |
| R. v. McCraw | [1991] 3 S.C.R. 72 | 613 |
| R. v. McKinnon | 2008 BCCA 416, 237 C.C.C. (3d) 345 | 478 |
| R. v. McLean | (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 232 | 561 |
| R. v. McPhee | (1993), 128 N.S.R. (2d) 79 | 484 |
| R. v. Mentuck | 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442 | 575 |
| R. v. Metcalfe | (1983), 10 C.C.C. (3d) 114 | 429 |
| R. v. Middleton | 2009 SCC 21, [2009] 1 S.C.R. 674 | 474 |
| R. v. Miller | (1987), 36 C.C.C. (3d) 100 | 478 |
| R. v. Mohamedi | 2009 ONCJ 533, 72 C.R. (6th) 345 | 518 |
| R. v. Morin | [1988] 2 S.C.R. 345 | 177 |
| R. v. Morin | [1992] 3 S.C.R. 286 | 456 |
| R. v. Mulhall | [2001] O.J. No. 5237 (QL) | 97 |
| R. v. Murphy | (2001), 29 M.V.R. (4th) 50 | 519 |
| R. v. Mwai | [1995] 3 N.Z.L.R. 149 | 606 |
| R. v. Naglik | (1991), 3 O.R. (3d) 385 | 667 |
| R. v. Nasogaluak | 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206 | 486 |
| R. v. Nette | 2001 SCC 78, [2001] 3 S.C.R. 488 | 35 |
| R. v. Noble | [1997] 1 S.C.R. 874 | 657 |
| R. v. Oakes | [1986] 1 S.C.R. 103 | 576 |
| R. v. Oakley | (1977), 4 A.R. 103 | 428 |
| R. v. Oliver | (2005), 194 O.A.C. 284 | 667 |
| R. v. Osolin | [1993] 4 S.C.R. 595 | 169 |
| R. v. Pagett | (1983), 76 Cr. App. R. 279 | 42 |
| R. v. Pauls | 2008 BCCA 322 (CanLII) | 479 |
| R. v. Pawlak | 2005 BCCA 500, 217 B.C.A.C. 146 | 478 |
| R. v. Petrozzi | (1987), 35 C.C.C. (3d) 528 | 602 |
| R. v. Pickell | 2007 CanLII 25672 | 478 |
| R. v. Pollock | (2004), 188 O.A.C. 37 | 667 |
| R. v. Potvin | [1989] 1 S.C.R. 525 | 661 |
| R. v. Proulx | 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61 | 475 |
| R. v. Provo | [1989] 2 S.C.R. 3 | 520 |
| R. v. R.L.F. | 2005 ABPC 28, 373 A.R. 114 | 519 |
| R. v. R.(W.) | 2010 ONCJ 526 (CanLII) | 578 |
| R. v. Regan | 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297 | 515 |
| R. v. Reid | [1972] 2 All E.R. 1350 | 430 |
| R. v. Renouf | 2001 NFCA 56, 160 C.C.C. (3d) 173 | 479 |
| R. v. Robinson | [1996] 1 S.C.R. 683 | 500 |
| R. v. Rojas | 2008 SCC 56, [2008] 3 S.C.R. 111 | 177 |
| R. v. Roy | 2012 SCC 26, [2012] 2 S.C.R. 60 | 596 |
| R. v. Salituro | [1991] 3 S.C.R. 654 | 500 |

| NAME OF CASE | WHERE REPORTED | PAGE |
|--|---|----------|
| R. v. Sarrazin | 2011 SCC 54, [2011] 3 S.C.R. 505 | 669 |
| R. v. Seymour | [1996] 2 S.C.R. 252 | 460 |
| R. v. Sharifi | [2011] O.J. No. 3985 (QL) | 220 |
| R. v. Sharpe | 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45 | 577, 603 |
| R. v. Sheppard | 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869 | 219 |
| R. v. Shilon | (2006), 240 C.C.C. (3d) 401 | 41 |
| R. v. Shoker | 2006 SCC 44, [2006] 2 S.C.R. 399 | 475 |
| R. v. Shropshire | [1995] 4 S.C.R. 227 | 486 |
| R. v. Sinclair | (1867), 13 Cox C.C. 28 | 598 |
| R. v. Sinclair | 2009 MBCA 71, 240 Man. R. (2d) 135 | 43 |
| R. v. Skinner | [1990] 1 S.C.R. 1235 | 556 |
| R. v. Smith | [1959] 2 Q.B. 35 | 42 |
| R. v. Smith | (1988), 44 C.C.C. (3d) 385 | 560 |
| R. v. Smith | 2004 SCC 14, [2004] 1 S.C.R. 385 | 521 |
| R. v. Spannier | 1996 CanLII 978 | 519 |
| R. v. Speak | 2005 CanLII 51121 | 220 |
| R. v. Spence | 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458 | 612 |
| R. v. Ssenyonga | (1993), 81 C.C.C. (3d) 257 | 602 |
| R. v. Stagnitta | [1990] 1 S.C.R. 1226 | 560 |
| R. v. Tanney | (1976), 31 C.C.C. (2d) 445 | 434 |
| R. v. Terezakis | 2007 BCCA 384, 223 C.C.C. (3d) 344 | 221 |
| R. v. Thatcher | [1987] 1 S.C.R. 652 | 433 |
| R. v. Thibert | [1996] 1 S.C.R. 37 | 170 |
| R. v. Thomas | [1998] 3 S.C.R. 535 | 521 |
| R. v. Thompson | [1995] B.C.J. No. 2819 (QL) | 97 |
| R. v. Tower | 2008 NSCA 3, 261 N.S.R. (2d) 135 | 40 |
| R. v. Tran | 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350 | 169 |
| R. v. Traves | (2000), 192 Sask. R. 128 | 97 |
| R. v. Tremblay | (1997), 117 C.C.C. (3d) 86 | 428 |
| R. v. Trochym | 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239 | 178 |
| R. v. Van | 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716 | 178 |
| R. v. Violette | 2009 BCSC 1557 (CanLII) | 399 |
| R. v. Violette | 2009 BCSC 1025, [2009] B.C.J. No. 1940 (QL) | 399 |
| R. v. Walcott | (2008), 57 C.R. (6th) 223 | 518 |
| R. v. Weir | 2004 BCCA 529 (CanLII) | 479 |
| R. v. White | (1996), 29 O.R. (3d) 577 | 174 |
| R. v. Whynot | (1975), 12 N.S.R. (2d) 231 | 434 |
| R. v. Wiscombe | 2003 BCPC 418 (CanLII) | 519 |
| R. v. Yelle | 2006 ABCA 276, 397 A.R. 287 | 521 |
| R. v. Young | (1980), 27 C.R. (3d) 85 | 484 |
| Red Deer College v. Michaels | [1976] 2 S.C.R. 324 | 686, 702 |
| Redpath Industries Ltd. v. Cisco (The) | [1994] 2 F.C. 279 | 686 |
| Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act | [1955] S.C.R. 529 | 9 |
| Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.) | [1990] 1 S.C.R. 1123 | 556 |
| Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act | [1949] S.C.R. 1 | 596 |
| Reference re Waters and Water-Powers | [1929] S.C.R. 200 | 14 |
| Resurfice Corp. v. Hanke | 2007 SCC 7, [2007] 1 S.C.R. 333 | 190 |
| Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council | 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650 | 320 |
| Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re) | [1998] 1 S.C.R. 27 | 389 |

| NAME OF CASE | WHERE REPORTED | PAGE |
|--|---|-----------------------|
| RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General) | [1995] 3 S.C.R. 199 | 576 |
| Roads and Traffic Authority v. Royal | [2008] HCA 19, 245 A.L.R. 653 | 188 |
| Robertson v. Thomson Corp. | 2006 SCC 43, [2006] 2 S.C.R. 363 | 239, 279, 306, 342 |
| Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada | 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283 | 259, 331 |
| Roper v. Johnson | (1873), L.R. 8 C.P. 167 | 702 |
| S | | |
| Scharfe v. The Queen | 2010 TCC 39, 2010 D.T.C. 1078 | 499 |
| Semelhago v. Paramadevan | [1996] 2 S.C.R. 415 | 690, 708 |
| Shell Canada Ltd. v. Canada | [1999] 3 S.C.R. 622 | 497 |
| Sienkiewicz v. Greif (UK) Ltd. | [2011] UKSC 10, [2011] 2 All E.R. 857 | 196 |
| Sillitoe v. McGraw-Hill Book Company (U.K.) Ltd. | [1983] F.S.R. 545 | 358 |
| Skoke-Graham v. The Queen | [1985] 1 S.C.R. 106 | 596 |
| Smith v. Alliance Pipeline Ltd. | 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160 | 295, 317 |
| Smith v. Attorney General of Ontario | [1924] S.C.R. 331 | 541 |
| Smith v. The State | 63 Wis. 453 (1885) | 423 |
| Smithers v. The Queen | [1978] 1 S.C.R. 506 | 34 |
| Snell v. Farrell | [1990] 2 S.C.R. 311 | 187 |
| SOCAN Statement of Royalties, Internet — Other Uses of Music 1996-2006 (Tariffs 22.B-22.G) | (2008), 70 C.P.R. (4th) 81 | 257 |
| SOCAN Statement of Royalties, Public Performance of Musical Works 1996, 1997, 1998 (Tariff 22, Internet) (Re) | (1999), 1 C.P.R. (4th) 417 | 256, 293 |
| Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada | 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326 | 357 |
| Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers | 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427 | 248, 256, 293, 314 |
| Stackhouse v. R. | 2007 TCC 146, [2007] 3 C.T.C. 2402 | 499 |
| State v. Lankford | 102 A. 63 (1917) | 602 |
| State v. Marcks | 41 S.W. 973 (1897) | 602 |
| State v. Marcks | 43 S.W. 1095 (1898) | 602 |
| Stewart v. Canada | 2002 SCC 46, [2002] 2 S.C.R. 645 | 505 |
| Succession André Dubois v. Ministère des Transports du Québec | Que. C.A., No. 500-09-001027-937, March 25, 1997 | 149 |
| T | | |
| The Queen v. Clarence | (1888), 22 Q.B.D. 23 | 597 |
| The Queen v. Graham | (1985), 85 D.T.C. 5256 | 496 |
| The Queen v. Sault Ste. Marie | [1978] 2 S.C.R. 1299 | 596 |
| Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc. | 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336 | 240, 253, 307, 332 |
| Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General) | [1998] 1 S.C.R. 877 | 576 |
| Thorson v. Attorney General of Canada | [1975] 1 S.C.R. 138 | 543 |
| Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79 | 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77 | 322 |
| Toronto Electric Commissioners v. Snider | [1925] A.C. 396 | 9 |

| NAME OF CASE | WHERE REPORTED | PAGE |
|--|--|------|
| Toronto Star Newspaper Ltd. v. Ontario | 2012 ONCJ 27 (CanLII) | 577 |
| Turbide v. The Queen | 2011 TCC 371, 2011 D.T.C. 1347 | 499 |
| Twining v. Morrice | (1788), 2 Bro. C.C. 326, 29 E.R. 182 | 613 |

U

| | | |
|--|---|-----|
| U.S. v. Garcia | 854 F.2d 340 (1988) | 423 |
| United States v. American Society of Composers, Authors and Publishers | 599 F.Supp.2d 415 (2009) | 336 |
| United States v. American Society of Composers, Authors and Publishers | 627 F.3d 64 (2010), cert. denied (U.S.S.C., October 3, 2011, No. 10-1337) | 273 |
| United States v. Dumford | 28 M.J. 836 (1989) | 602 |
| United States v. Johnson | 27 M.J. 798 (1988) | 602 |
| United Transportation Union v. Central Western Railway Corp. | [1990] 3 S.C.R. 1112 | 11 |
| University of London Press, Ltd. v. University Tutorial Press, Ltd. | [1916] 2 Ch. 601 | 358 |

V

| | | |
|-----------------------------|--|-----|
| Vancouver Sun (Re) | 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332 | 574 |
| Vetrovec v. The Queen | [1982] 1 S.C.R. 811 | 669 |

W

| | | |
|---|--|-----|
| Walker Estate v. York Finch General Hospital | 2001 SCC 23, [2001] 1 S.C.R. 647 | 194 |
| Walters v. Morgan | (1861), 3 De G. F. & J. 718, 45 E.R. 1056 | 613 |
| Watt v. Minister of National Revenue | 2001 FCA 72, 273 N.R. 201 | 496 |
| Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board) | [1998] 1 S.C.R. 322 | 22 |
| Whitbread v. Walley | [1990] 3 S.C.R. 1273 | 14 |
| Wilsher v. Essex Area Health Authority | [1988] 1 A.C. 1074 | 187 |

Z

| | | |
|---------------------------|-------------------------|-----|
| Zanini v. The Queen | [1967] S.C.R. 715 | 218 |
|---------------------------|-------------------------|-----|

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

| INTITULÉ DE LA CAUSE | RENOI | PAGE |
|--|---|---------------|
| A | | |
| Actton Transport Ltd. c. British Columbia (Director of Employment Standards) | 2010 BCCA 272, 5 B.C.L.R. (5th) 1 | 24 |
| Adderley c. Dixon | (1824), 1 Sim. & St. 607, 57 E.R. 239 | 691 |
| Agence Maritime Inc. c. Conseil canadien des relations ouvrières | [1969] R.C.S. 851 | 12 |
| Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association | 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 | 295, 314 |
| Alticor Inc. c. Nutravite Pharmaceuticals Inc. | 2005 CAF 269 (CanLII) | 318 |
| American Automobile Insurance Co. c. Dickson | [1943] R.C.S. 143 | 74 |
| Amos c. Insurance Corp. of British Columbia | [1995] 3 R.C.S. 405 | 141 |
| Andros Springs c. World Beauty | [1970] P. 144 | 702 |
| Apeco of Canada, Ltd. c. Windmill Place | [1978] 2 R.C.S. 385 | 705 |
| Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd. | [1987] 1 C.F. 173 | 252, 306 |
| Asamera Oil Corp. c. Seal Oil & General Corp. | [1979] 1 R.C.S. 633 | 685, 701 |
| Ash c. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd. | [1936] 2 All E.R. 1496 | 251 |
| Assoc. canadienne des télécommunications sans fil c. Societé canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique | 2008 CAF 6, [2008] 3 R.C.F. 539 | 246, 262, 303 |
| Athey c. Leonati | [1996] 3 R.C.S. 458 | 188 |
| Attorney-General for Ontario c. Winner | [1954] A.C. 541 | 25 |
| Avon c. La Reine | [1971] R.C.S. 650 | 658 |
| B | | |
| Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) | [1999] 2 R.C.S. 817 | 133 |
| Baker c. Carr | 369 U.S. 186 (1962) | 543 |
| Barker c. Corus UK Ltd. | [2006] UKHL 20, [2006] 2 A.C. 572 | 196 |
| Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan | 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247 | 321 |
| Bédard c. Royer | [2003] R.J.Q. 2455 | 145 |
| Bedford c. Canada (Attorney General) | 2010 ONSC 4264, 327 D.L.R. (4th) 52 | 536 |
| Bell c. La Reine | [1983] 2 R.C.S. 471 | 431 |
| Bell c. Ontario Human Rights Commission | [1971] R.C.S. 756 | 324 |
| Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail) | [1988] 1 R.C.S. 749 | 8 |
| Bennett c. Minister of Community Welfare | (1992), 176 C.L.R. 408 | 188 |
| Betts c. Whittingslowe | (1945), 71 C.L.R. 637 | 188 |
| Bishop c. Stevens | [1990] 2 R.C.S. 467 | 242, 253, 332 |
| Boggs c. La Reine | [1981] 1 R.C.S. 49 | 596 |
| Bolduc c. The Queen | [1967] R.C.S. 677 | 601 |
| Brasseries Molson c. John Labatt Ltée | [2000] 3 C.F. 145 | 318 |
| British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. c. Underground Electric Railways Company of London, Ltd. | [1912] A.C. 673 | 685, 701 |

| INTITULÉ DE LA CAUSE | RENOI | PAGE |
|---|---|----------------------------|
| Byrne c. Hodgins | (1972), 30 D.L.R. (3d) 128 | 90 |
| C | | |
| Campbell c. Acuff-Rose Music, Inc. | 510 U.S. 569 (1994) | 337 |
| Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa | 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 | 315 |
| Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général) | 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 | 295, 318, 373 |
| Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass ... | [1997] 3 R.C.S. 391 | 515 |
| Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp. | 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610 | 369 |
| Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources) | [1989] 2 R.C.S. 49 | 543 |
| Canadian Admiral Corp. c. Rediffusion, Inc. | [1954] R.C. de l'É. 382 | 246, 270, 305 |
| Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général) | [1988] 2 R.C.S. 122 | 580 |
| Canderel Ltée c. Canada | [1998] 1 R.C.S. 147 | 506 |
| Cartoon Network c. CSC Holdings, Inc. | 536 F.3d 121 (2008) | 310 |
| CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada | 2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213 | 360, 366 |
| CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada | 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339 | 261, 292, 332, 356, 366 |
| Century 21 Canada Limited Partnership c. Rogers Communications Inc. | 2011 BCSC 1196, 338 D.L.R. (4th) 32 | 337 |
| Chamberlain Group, Inc. c. Lynx Industries Inc. | 2010 CF 1287 (CanLII) | 318 |
| Chaoulli c. Québec (Procureur général) | 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791 | 537 |
| Citadelle, Cie d'assurances générales c. Vytingam | 2007 CSC 46, [2007] 3 R.C.S. 373 | 141 |
| Click c. The State | 3 Tex. 282 (1848) | 423 |
| Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd. | 2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74 | 686 |
| Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc. | 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86 | 13 |
| Colpitts c. The Queen | [1965] R.C.S. 739 | 174 |
| Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières) | 2001 CSC 37, [2001] 2 R.C.S. 132 | 133 |
| Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada ... | [1966] R.C.S. 767 | 10 |
| Compagnie d'assurance Victoria du Canada c. Neveu | [1989] R.R.A. 226 | 147 |
| Compo Co. c. Blue Crest Music Inc. | [1980] 1 R.C.S. 357 | 253, 310, 337 |
| Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. c. CTV Television Network Ltd. | [1968] R.C.S. 676 | 245, 266, 305 |
| Conolly c. Parsons | (1797), 3 Ves. 625n | 613 |
| Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) | [1992] 1 R.C.S. 236 | 531 |
| Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc. | [1983] 1 R.C.S. 147 | 19 |
| Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc. | 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650 | 322 |
| Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Team- sters | 2009 CSC 53, [2009] 3 R.C.S. 407 | 16 |
| Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum | [1979] 1 R.C.S. 754 | 12 |
| Consumers' Gas Co. c. Canada (Office national de l'énergie) | [1996] A.C.F. n° 320 (QL) | 25 |
| Cook c. Lewis | [1951] R.C.S. 830 | 191 |
| Copyright Licensing Ltd. c. University of Auckland | [2002] 3 N.Z.L.R. 76 | 359 |

| INTITULÉ DE LA CAUSE | RENOI | PAGE |
|--|--|-----------------------|
| D | | |
| Dagenais c. Société Radio-Canada | [1994] 3 R.C.S. 835 | 575 |
| Danson c. Ontario (Procureur général) | [1990] 2 R.C.S. 1086 | 554 |
| Darbishire c. Warran | [1963] 1 W.L.R. 1067 | 702 |
| Davis c. R. | [2006] NSWCCA 392 (AustLII) | 423 |
| Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re) | 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248 | 603 |
| Doe c. Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints in Canada | 2003 ABQB 794, 341 A.R. 395 | 578 |
| Doré c. Barreau du Québec | 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395 | 298, 319 |
| Dunkirk Colliery Co. c. Lever | (1878), 9 Ch. D. 20 | 702 |
| Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick | 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 | 128, 295, 314, 374 |
| E | | |
| Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général) | [1989] 2 R.C.S. 1326 | 575 |
| Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique | 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231 | 292, 320 |
| Evans c. Teamsters Local Union No. 31 | 2008 CSC 20, [2008] 1 R.C.S. 661 | 686 |
| F | | |
| F.N. (Re) | 2000 CSC 35, [2000] 1 R.C.S. 880 | 581 |
| Fairchild c. Glenhaven Funeral Services Ltd. | [2002] UKHL 22, [2002] 3 All E.R. 305 ... | 196 |
| Falkener c. La Reine | 2007 CCI 514 (CanLII) | 499 |
| Finlay c. Canada (Ministre des Finances) | [1986] 2 R.C.S. 607 | 531 |
| Flounders c. Millar | [2007] NSWCA 238, 49 M.V.R. 53 | 188 |
| G | | |
| Gander International Airport Authority Inc. c. Gander (Town) | 2011 NLCA 65, 313 Nfld. & P.E.I.R. 125 | 133 |
| General Securities Ltd. c. Don Ingram Ltd. | [1940] R.C.S. 670 | 702 |
| General Teamsters, Local Union No. 362 c. MacCosham Van Lines Ltd. | [1979] 1 C.L.R.B.R. 498 | 25 |
| Gunn c. Canada | 2006 CAF 281, [2007] 3 R.C.F. 57 | 494 |
| H | | |
| Hadley c. The Queen | [1985] 1 C.T.C. 62 | 496 |
| Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission) | 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364 | 324 |
| Hamstra (Tuteur à l'instance de) c. British Columbia Rugby Union | [1997] 1 R.C.S. 1092 | 500 |
| Hegarty c. Shine | (1878), 14 Cox C.C. 124 | 598 |
| Housen c. Nikolaisen | 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 | 296, 320, 694, 703 |
| Hover c. Canada (ministre du Revenu national – M.R.N.) | [1992] A.C.I. n° 735 (QL) | 496 |
| Hubbard c. Vosper | [1972] 1 All E.R. 1023 | 339, 365, 366 |
| Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général) | [1993] 3 R.C.S. 675 | 542 |
| Hypothèques Trustco Canada c. Canada | 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601 | 504 |

| INTITULÉ DE LA CAUSE | RENOI | PAGE |
|--|--|------|
| I | | |
| International Brotherhood of Electrical Workers, Local 348 c. Labour Relations Board | (1995), 168 A.R. 204 | 25 |
| ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. | [1986] 1 R.C.S. 752 | 14 |
| J | | |
| Janiak c. Ippolito | [1985] 1 R.C.S. 146 | 702 |
| Jardine c. Northern Co-operative Timber and Mill Association | [1945] 1 W.W.R. 533 | 91 |
| Johnson c. La Reine | 2009 CCI 383 (CanLII) | 499 |
| Johnston Terminals and Storage Ltd. c. Association des employés du port de Vancouver, section locale 517 | [1981] 2 C.F. 686 | 24 |
| K | | |
| Kienapple c. La Reine | [1975] 1 R.C.S. 729 | 420 |
| Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co. | [1987] 1 R.C.S. 2 | 688 |
| L | | |
| La Reine c. Sault Ste-Marie | [1978] 2 R.C.S. 1299 | 596 |
| Lagden c. O'Connor | [2003] UKHL 64, [2004] 1 All E.R. 277 ... | 702 |
| Lake c. Canada (Ministre de la Justice) | 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761 | 127 |
| Lanificio Fratelli Bettazzi S.N.C. c. Tissus Ranchar Inc. | 6 septembre 1990, n ^o 21373 | 55 |
| Lewis c. La Reine | [1979] 2 R.C.S. 821 | 174 |
| Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia | [1959] R.C.S. 497 | 596 |
| Loyens c. La Reine | 2008 CCI 486 (CanLII) | 499 |
| Lumbermens Mutual Casualty Co. c. Herbison | 2007 CSC 47, [2007] 3 R.C.S. 393 | 141 |
| M | | |
| MacDonald c. Goertz | 2009 BCCA 358, 275 B.C.A.C. 68 | 189 |
| Mann c. La Reine | [1966] R.C.S. 238 | 74 |
| Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc. | 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772 | 322 |
| McConnell c. The Queen | [1968] R.C.S. 802 | 658 |
| McMillan c. Thompson (Rural Municipality) | (1997), 144 D.L.R. (4th) 53 | 152 |
| Midgett c. State | 139 A.2d 209 (1958) | 423 |
| Miller c. Canada (Procureur général) | 2002 CAF 370 (CanLII) | 499 |
| Ministre de la Justice du Canada c. Borowski | [1981] 2 R.C.S. 575 | 539 |
| Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville | [1982] 2 R.C.S. 518 | 500 |
| Moldowan c. La Reine | [1978] 1 R.C.S. 480 | 493 |
| Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal | 2010 CSC 14, [2010] 1 R.C.S. 427 | 125 |
| Mooney c. British Columbia (Attorney General) | 2004 BCCA 402, 202 B.C.A.C. 74 | 190 |
| Morrissey c. Canada | [1989] 2 C.F. 418 | 496 |

| INTITULÉ DE LA CAUSE | RENOI | PAGE |
|---|--|----------|
| N | | |
| National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations) | [1990] 2 R.C.S. 1324 | 394 |
| Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor) | 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708 | 128, 321 |
| NIL/TU,O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union | 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696 | 9 |
| Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada | [1983] 1 R.C.S. 733 | 20 |
| Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada | [1980] 1 R.C.S. 115 | 19 |
| Notre-Dame-de-l'Île-Perrot (Paroisse de) c. Société générale des industries culturelles | [2000] R.J.Q. 345 | 133 |
| Nova Scotia Board of Censors c. McNeil | [1976] 2 R.C.S. 265 | 546 |
| O | | |
| O'Grady c. Sparling | [1960] R.C.S. 804 | 74 |
| Oakwood Development Ltd. c. Municipalité rurale de St. François Xavier | [1985] 2 R.C.S. 164 | 133 |
| Ontario c. Canadien Pacifique Ltée | [1995] 2 R.C.S. 1031 | 248 |
| Ontario (Attorney General) c. Dieleman | (1994), 20 O.R. (3d) 229 | 95 |
| Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail) | [1993] 3 R.C.S. 327 | 10 |
| Ontario (Procureur général) c. Fraser | 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3 | 500 |
| Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association | 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815 | 133 |
| Operation Dismantle Inc. c. La Reine | [1985] 1 R.C.S. 441 | 547 |
| P | | |
| Palmer c. La Reine | [1980] 1 R.C.S. 759 | 465 |
| Papadimitropoulos c. The Queen | (1957), 98 C.L.R. 249 | 601 |
| People c. Adams | 205 N.W.2d 415 (1973) | 423 |
| Périard c. Sept-Îles (Ville de) | [1985] J.Q. n° 538 (QL) | 146 |
| Petijevich c. Law | [1969] R.C.S. 257 | 91 |
| Phonographic Performance Co. of Australia Ltd. c. Federation of Australian Commercial Television Stations | [1998] HCA 39, 195 C.L.R. 158 | 392 |
| Poirier (in bankruptcy) c. Minister of National Revenue | (1986), 2 F.T.R. 11 | 496 |
| Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre | [1982] 1 R.C.S. 175 | 575 |
| Productions Pram inc. c. Lemay | [1992] R.J.Q. 1738 | 141 |
| Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada | [1931] A.C. 310 | 596 |
| Q | | |
| Québec (Communauté urbaine) c. Fondation Bagatelle Inc. | 2001 CanLII 15060 | 133 |
| Québec (Procureur général) c. Villeneuve | [1996] R.J.Q. 2199 | 145 |
| Queensland c. Commonwealth | (1977), 139 C.L.R. 585 | 500 |

| INTITULÉ DE LA CAUSE | RENOI | PAGE |
|--|---|----------|
| R | | |
| R. c. Amaralik | (1984), 16 C.C.C. (3d) 22 | 484 |
| R. c. Amyotte | 2005 BCCA 12, 192 C.C.C. (3d) 412 | 478 |
| R. c. Assoun | 2006 NSCA 47, 244 N.S.R. (2d) 96 | 658 |
| R. c. Atkins | 2010 ONCJ 262 (CanLII) | 220 |
| R. c. B. | [2006] EWCA Crim 2945, [2007] 1 W.L.R. 1567 | 606 |
| R. c. B. (K.G.) | [1993] 1 R.C.S. 740 | 500 |
| R. c. Bailey | [1986] O.J. No. 2795 (QL) | 561 |
| R. c. Battista | 2011 ONSC 4771, n° 08-G30391, 9 août 2011 | 221 |
| R. c. Bavington | [1987] O.J. No. 2728 (QL) | 561 |
| R. c. Bear | (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 255 | 561 |
| R. c. Beatty | 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49 | 63, 596 |
| R. c. Bennett | (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925 | 598 |
| R. c. Bernard | [1988] 2 R.C.S. 833 | 501 |
| R. c. Bevan | [1993] 2 R.C.S. 599 | 670 |
| R. c. Biladeau | (2008), 93 O.R. (3d) 365 | 658 |
| R. c. Biniaris | 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381 | 217 |
| R. c. Bjelland | 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651 | 515 |
| R. c. Blais | 2008 BCCA 389, 301 D.L.R. (4th) 464 | 561 |
| R. c. Blenkhorn-Sayers Structural Steel Corp. | 2008 ONCA 789, 304 D.L.R. (4th) 498 | 25 |
| R. c. Boston | [1988] B.C.J. No. 1185 (QL) | 561 |
| R. c. Briscoe | 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411 | 433 |
| R. c. Brooks | (1998), 41 O.R. (3d) 661 | 670 |
| R. c. Chaulk | [1990] 3 R.C.S. 1303 | 500 |
| R. c. Cheeseman | C. prov. Sask., 19 juin 1986 | 561 |
| R. c. Cinous | 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3 | 169, 406 |
| R. c. Clement | [1981] 2 R.C.S. 468 | 95, 102 |
| R. c. Crawford | [1995] 1 R.C.S. 858 | 657 |
| R. c. Creamer | 2001 ABPC 184, 297 A.R. 151 | 97 |
| R. c. Creighton | [1993] 3 R.C.S. 3 | 45 |
| R. c. Cribbin | (1994), 89 C.C.C. (3d) 67 | 45 |
| R. c. Cuerrier | [1998] 2 R.C.S. 371 | 589, 630 |
| R. c. Cunningham | (1986), 31 C.C.C. (3d) 223 | 561 |
| R. c. Currie | (1982), 65 C.C.C. (2d) 415 | 479 |
| R. c. D.B. | 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3 | 577 |
| R. c. D.C. | 2012 CSC 48, [2012] 2 R.C.S. 626 | 593 |
| R. c. D.C.S. | 2000 NSCA 61, 184 N.S.R. (2d) 299 | 81 |
| R. c. D.H. | 2002 BCPC 464 (CanLII) | 580 |
| R. c. Daley | 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523 | 459, 665 |
| R. c. Dawson | (1995), 143 N.S.R. (2d) 1 | 97 |
| R. c. Dee | (1884), 15 Cox C.C. 579 | 598 |
| R. c. DiGiuseppe | (2002), 161 C.C.C. (3d) 424 | 561 |
| R. c. Downey | [1992] 2 R.C.S. 10 | 561 |
| R. c. Drecic | 2011 ONCA 118, 276 O.A.C. 198 | 228 |
| R. c. Edwards Books and Art Ltd. | [1986] 2 R.C.S. 713 | 548 |
| R. c. Ewanchuk | [1999] 1 R.C.S. 330 | 604 |
| R. c. Find | 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863 | 612 |

| INTITULÉ DE LA CAUSE | RENOI | PAGE |
|-------------------------|---|---------------|
| R. c. Flattery | (1877), 13 Cox C.C. 388 | 597 |
| R. c. Fleet | (1997), 120 C.C.C. (3d) 457 | 176 |
| R. c. Gagne | [1988] O.J. No. 2518 (QL) | 561 |
| R. c. Gaudreault | (1995), 105 C.C.C. (3d) 270 | 99 |
| R. c. Gill | (1994), 162 A.R. 163 | 484 |
| R. c. Griffin | 2009 CSC 28, [2009] 2 R.C.S. 42 | 176 |
| R. c. Gunning | 2005 CSC 27, [2005] 1 R.C.S. 627 | 175 |
| R. c. H.J.P. | (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 20 | 484 |
| R. c. Hackett | (1986), 30 C.C.C. (3d) 159 | 484 |
| R. c. Hallett | [1969] S.A.S.R. 141 | 43 |
| R. c. Harms | (1943), 81 C.C.C. 4 | 601 |
| R. c. Hendrix | (1999), 137 C.C.C. (3d) 445 | 479 |
| R. c. Hennigar | (1983), 58 N.S.R. (2d) 110 | 484 |
| R. c. Henry | 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609 | 432, 500, 660 |
| R. c. Hijazi | (1974), 20 C.C.C. (2d) 183 | 434 |
| R. c. Hill | [1986] 1 R.C.S. 313 | 171 |
| R. c. Hinse | [1995] 4 R.C.S. 597 | 99, 520 |
| R. c. Hughes | 2011 BCCA 220, 305 B.C.A.C. 112 | 45 |
| R. c. Hundal | [1993] 1 R.C.S. 867 | 67 |
| R. c. J.A.T. | 2010 BCSC 766 (CanLII) | 617 |
| R. c. J.M.H. | 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197 | 456 |
| R. c. J.W. | 2006 ABPC 216, 398 A.R. 374 | 519 |
| R. c. Jackson | 2011 ONCJ 228, 235 C.R.R. (2d) 289 | 518 |
| R. c. Jacquard | [1997] 1 R.C.S. 314 | 178 |
| R. c. Jahelka | (1987), 43 D.L.R. (4th) 111 | 561 |
| R. c. Jaw | 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26 | 178 |
| R. c. Jewitt | [1985] 2 R.C.S. 128 | 520 |
| R. c. Jolivet | 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751 | 669 |
| R. c. Jones | 2002 NBQB 340, [2002] N.B.J. No. 375 (QL) | 617 |
| R. c. K. (K.) | 2009 ONCA 254, 244 C.C.C. (3d) 124 | 479 |
| R. c. Kazelman | [1987] O.J. No. 1931 (QL) | 561 |
| R. c. Kehler | 2004 CSC 11, [2004] 1 R.C.S. 328 | 670 |
| R. c. Khan | 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823 | 80, 178 |
| R. c. L. (D.O.) | [1993] 4 R.C.S. 419 | 577 |
| R. c. Lee | (1991), 3 O.R. (3d) 726 | 602 |
| R. c. Lindsay | (2004), 70 O.R. (3d) 131 | 228 |
| R. c. Lindsay | 2005 CanLII 24240 | 224 |
| R. c. Lucas | 2009 NLCA 56, 293 Nfld. & P.E.I.R. 90 ... | 478 |
| R. c. Mabior | 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584 | 628 |
| R. c. MacKenzie | [1993] 1 R.C.S. 212 | 177 |
| R. c. MacLean | 2002 NSSC 283, 210 N.S.R. (2d) 150 | 97 |
| R. c. MacNeil | 2009 NSCA 46, 277 N.S.R. (2d) 22 | 81 |
| R. c. Mahalingan | 2008 CSC 63, [2008] 3 R.C.S. 316 | 398, 409 |
| R. c. Maskell | 2011 ABPC 176, 512 A.R. 372 | 518 |
| R. c. Mathieu | 2008 CSC 21, [2008] 1 R.C.S. 723 | 474 |
| R. c. Maurantonio | [1968] 1 O.R. 145 | 602 |
| R. c. McCraw | [1991] 3 R.C.S. 72 | 613 |
| R. c. McKinnon | 2008 BCCA 416, 237 C.C.C. (3d) 345 | 478 |

| INTITULÉ DE LA CAUSE | RENOI | PAGE |
|------------------------|--|----------|
| R. c. McLean | (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 232 | 561 |
| R. c. McPhee | (1993), 128 N.S.R. (2d) 79 | 484 |
| R. c. Mentuck | 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442 | 575 |
| R. c. Metcalfe | (1983), 10 C.C.C. (3d) 114 | 429 |
| R. c. Middleton | 2009 CSC 21, [2009] 1 R.C.S. 674 | 474 |
| R. c. Miller | (1987), 36 C.C.C. (3d) 100 | 478 |
| R. c. Mohmedi | 2009 ONCJ 533, 72 C.R. (6th) 345 | 519 |
| R. c. Morin | [1988] 2 R.C.S. 345 | 177 |
| R. c. Morin | [1992] 3 R.C.S. 286 | 456 |
| R. c. Mulhall | [2001] O.J. No. 5237 (QL) | 97 |
| R. c. Murphy | (2001), 29 M.V.R. (4th) 50 | 519 |
| R. c. Mwai | [1995] 3 N.Z.L.R. 149 | 606 |
| R. c. Naglik | (1991), 3 O.R. (3d) 385 | 667 |
| R. c. Nasogaluak | 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206 | 486 |
| R. c. Nette | 2001 CSC 78, [2001] 3 R.C.S. 488 | 35 |
| R. c. Noble | [1997] 1 R.C.S. 874 | 657 |
| R. c. Oakes | [1986] 1 R.C.S. 103 | 576 |
| R. c. Oakley | (1977), 4 A.R. 103 | 428 |
| R. c. Oliver | (2005), 194 O.A.C. 284 | 667 |
| R. c. Osolin | [1993] 4 R.C.S. 595 | 169 |
| R. c. Pagett | (1983), 76 Cr. App. R. 279 | 42 |
| R. c. Pauls | 2008 BCCA 322 (CanLII) | 479 |
| R. c. Pawlak | 2005 BCCA 500, 217 B.C.A.C. 146 | 478 |
| R. c. Petrozzi | (1987), 35 C.C.C. (3d) 528 | 602 |
| R. c. Pickell | 2007 CanLII 25672 | 478 |
| R. c. Pollock | (2004), 188 O.A.C. 37 | 667 |
| R. c. Potvin | [1989] 1 R.C.S. 525 | 661 |
| R. c. Proulx | 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61 | 475 |
| R. c. Provo | [1989] 2 R.C.S. 3 | 520 |
| R. c. R.L.F. | 2005 ABPC 28, 373 A.R. 114 | 519 |
| R. c. R.(W.) | 2010 ONCJ 526 (CanLII) | 578 |
| R. c. Regan | 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297 | 515 |
| R. c. Reid | [1972] 2 All E.R. 1350 | 430 |
| R. c. Renouf | 2001 NFCA 56, 160 C.C.C. (3d) 173 | 479 |
| R. c. Robinson | [1996] 1 R.C.S. 683 | 500 |
| R. c. Rojas | 2008 CSC 56, [2008] 3 R.C.S. 111 | 177 |
| R. c. Roy | 2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60 | 596 |
| R. c. Salituro | [1991] 3 R.C.S. 654 | 500 |
| R. c. Sarrazin | 2011 CSC 54, [2011] 3 R.C.S. 505 | 669 |
| R. c. Seymour | [1996] 2 R.C.S. 252 | 460 |
| R. c. Sharifi | [2011] O.J. No. 3985 (QL) | 220 |
| R. c. Sharpe | 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45 | 577, 603 |
| R. c. Sheppard | 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869 | 219 |
| R. c. Shilon | (2006), 240 C.C.C. (3d) 401 | 41 |
| R. c. Shoker | 2006 CSC 44, [2006] 2 R.C.S. 399 | 475 |
| R. c. Shropshire | [1995] 4 R.C.S. 227 | 486 |
| R. c. Sinclair | (1867), 13 Cox C.C. 28 | 598 |
| R. c. Sinclair | 2009 MBCA 71, 240 Man. R. (2d) 135 | 43 |
| R. c. Skinner | [1990] 1 R.C.S. 1235 | 556 |

| INTITULÉ DE LA CAUSE | RENOI | PAGE |
|--|--|-----------------------|
| R. c. Smith | [1959] 2 Q.B. 35 | 42 |
| R. c. Smith | (1988), 44 C.C.C. (3d) 385 | 560 |
| R. c. Smith | 2004 CSC 14, [2004] 1 R.C.S. 385 | 521 |
| R. c. Spannier | 1996 CanLII 978 | 519 |
| R. c. Speak | 2005 CanLII 51121 | 220 |
| R. c. Spence | 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458 | 612 |
| R. c. Ssenyonga | (1993), 81 C.C.C. (3d) 257 | 602 |
| R. c. Stagnitta | [1990] 1 R.C.S. 1226 | 560 |
| R. c. Tanney | (1976), 31 C.C.C. (2d) 445 | 434 |
| R. c. Terezakis | 2007 BCCA 384, 223 C.C.C. (3d) 344 | 221 |
| R. c. Thatcher | [1987] 1 R.C.S. 652 | 433 |
| R. c. Thibert | [1996] 1 R.C.S. 37 | 170 |
| R. c. Thomas | [1998] 3 R.C.S. 535 | 521 |
| R. c. Thompson | [1995] B.C.J. No. 2819 (QL) | 97 |
| R. c. Tower | 2008 NSCA 3, 261 N.S.R. (2d) 135 | 40 |
| R. c. Tran | 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350 | 169 |
| R. c. Traves | (2000), 192 Sask. R. 128 | 97 |
| R. c. Tremblay | 1997 CanLII 10526 | 428 |
| R. c. Trochym | 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239 | 178 |
| R. c. Van | 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716 | 178 |
| R. c. Violette | 2009 BCSC 1557 (CanLII) | 399 |
| R. c. Violette | 2009 BCSC 1025, [2009] B.C.J. No. 1940 (QL) | 399 |
| R. c. Walcott | (2008), 57 C.R. (6th) 223 | 518 |
| R. c. Weir | 2004 BCCA 529 (CanLII) | 479 |
| R. c. White | (1996), 29 O.R. (3d) 577 | 174 |
| R. c. Whynott | (1975), 12 N.S.R. (2d) 231 | 434 |
| R. c. Wiscombe | 2003 BCPC 418 (CanLII) | 519 |
| R. c. Yelle | 2006 ABCA 276, 397 A.R. 287 | 521 |
| R. c. Young | (1980), 27 C.R. (3d) 85 | 484 |
| Red Deer College c. Michaels | [1976] 2 R.C.S. 324 | 686, 702 |
| Redpath Industries Ltd. c. Cisco (Le) | [1994] 2 C.F. 279 | 686 |
| Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act | [1955] R.C.S. 529 | 9 |
| Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act | [1949] R.C.S. 1 | 596 |
| Reference re Waters and Water-Powers | [1929] R.C.S. 200 | 14 |
| Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.) | [1990] 1 R.C.S. 1123 | 556 |
| Resurfice Corp. c. Hanke | 2007 CSC 7, [2007] 1 R.C.S. 333 | 190 |
| Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani | 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650 | 320 |
| Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re) | [1998] 1 R.C.S. 27 | 389 |
| RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général) | [1995] 3 R.C.S. 199 | 576 |
| Roads and Traffic Authority c. Royal | [2008] HCA 19, 245 A.L.R. 653 | 188 |
| Robertson c. Thomson Corp. | 2006 CSC 43, [2006] 2 R.C.S. 363 | 239, 279, 306, 342 |
| Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique | 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283 | 259, 331 |
| Roper c. Johnson..... | (1873), L.R. 8 C.P. 167 | 702 |

| INTITULÉ DE LA CAUSE | RENOI | PAGE |
|---|--|-----------------------|
| S | | |
| S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail) | 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539 | 134 |
| Scharfe c. The Queen | 2010 CCI 39 (CanLII) | 499 |
| Semelhago c. Paramadevan | [1996] 2 R.C.S. 415 | 690, 708 |
| Shaw Cablesystems G.P. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique | 2010 CAF 220 (CanLII) | 258 |
| Shell Canada Ltée c. Canada | [1999] 3 R.C.S. 622 | 497 |
| Sienkiewicz c. Greif (UK) Ltd. | [2011] UKSC 10, [2011] 2 All E.R. 857 | 196 |
| Sillitoe c. McGraw-Hill Book Company (U.K.) Ltd. | [1983] F.S.R. 545 | 358 |
| Skoke-Graham c. La Reine | [1985] 1 R.C.S. 106 | 596 |
| Smith c. Alliance Pipeline Ltd. | 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160 | 295, 317 |
| Smith c. Attorney General of Ontario | [1924] R.C.S. 331 | 541 |
| Smith c. The State | 63 Wis. 453 (1885) | 423 |
| Smithers c. La Reine | [1978] 1 R.C.S. 506 | 35 |
| Snell c. Farrell | [1990] 2 R.C.S. 311 | 187 |
| Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet | 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427 | 248, 256, 293, 314 |
| Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada | 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326 | 357 |
| Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail) | [1995] 1 R.C.S. 157 | 321 |
| Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général) | 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19 | 576 |
| Société Radio-Canada c. La Reine | 2011 CSC 3, [2011] 1 R.C.S. 65 | 576 |
| Stackhouse c. La Reine | 2007 CCI 146 (CanLII) | 499 |
| State c. Lankford | 102 A. 63 (1917) | 602 |
| State c. Marcks | 41 S.W. 973 (1897) | 602 |
| State c. Marcks | 43 S.W. 1095 (1898) | 602 |
| Stewart c. Canada | 2002 CSC 46, [2002] 2 R.C.S. 645 | 505 |
| Succession André Dubois c. Ministère des Transports du Québec | C.A. Qué., n° 500-09-001027-937, 25 mars 1997 | 149 |
| Succession Odhavji c. Woodhouse | 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263 | 565 |
| Succession Ordon c. Grail | [1998] 3 R.C.S. 437 | 14 |
| T | | |
| Tarif des redevances, Exécution publique d'œuvres musicales (Tarifs 22.B à 22.G) | www.cb-cda.gc.ca/decisions/2008/20081024-m-b.pdf | 258 |
| Tarif des redevances, Exécution publique d'œuvres musicales 1996, 1997, 1998 (Tarif 22, Internet) | www.cb-cda.gc.ca/decisions/1999/19991027-m-b.pdf | 256, 293 |
| The Queen c. Clarence | (1888), 22 Q.B.D. 23 | 597 |
| The Queen c. Graham | (1985), 85 D.T.C. 5256 | 496 |
| Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc. | 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336 ... | 240, 253, 307, 332 |
| Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général) | [1998] 1 R.C.S. 877 | 576 |
| Thorson c. Procureur général du Canada | [1975] 1 R.C.S. 138 | 543 |
| Toronto Electric Commissioners c. Snider | [1925] A.C. 396 | 9 |

| INTITULÉ DE LA CAUSE | RENOI | PAGE |
|---|---|------|
| Toronto Star Newspaper Ltd. c. Ontario | 2012 ONCJ 27 (CanLII) | 577 |
| Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79 | 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77 | 322 |
| Travailleurs unis des transports c. Central Western Railway Corp. | [1990] 3 R.C.S. 1112 | 11 |
| Turbide c. La Reine | 2011 CCI 371 (CanLII) | 499 |
| Twining c. Morrice | (1788), 2 Bro. C.C. 326, 29 E.R. 182 | 613 |
| U | | |
| U.S. c. Garcia | 854 F.2d 340 (1988) | 423 |
| Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada | [1975] 1 R.C.S. 178 | 12 |
| United States c. American Society of Composers, Authors and Publishers | 599 F.Supp.2d 415 (2009) | 336 |
| United States c. American Society of Composers, Authors and Publishers | 627 F.3d 64 (2010), cert. refusé (C.S.É.-U., octobre 2011, n ^o 10-1317) | 273 |
| United States c. Dumford | 28 M.J. 836 (1989) | 602 |
| United States c. Johnson | 27 M.J. 798 (1988) | 602 |
| University of London Press, Ltd. c. University Tutorial Press, Ltd. | [1916] 2 Ch. 601 | 358 |
| V | | |
| Vancouver Sun (Re) | 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332 | 574 |
| Vetrovec c. La Reine | [1982] 1 R.C.S. 811 | 669 |
| W | | |
| Walker, Succession c. York Finch General Hospital | 2001 CSC 23, [2001] 1 R.C.S. 647 | 194 |
| Walters c. Morgan | (1861), 3 De G. F. & J. 718, 45 E.R. 1056 | 613 |
| Watt c. Canada | 2001 CAF 72 (CanLII) | 496 |
| Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie) | [1998] 1 R.C.S. 322 | 22 |
| Whitbread c. Walley | [1990] 3 R.C.S. 1273 | 14 |
| Wilsher c. Essex Area Health Authority | [1988] 1 A.C. 1074 | 187 |
| Z | | |
| Zanini c. The Queen | [1967] R.C.S. 715 | 218 |

STATUTES AND REGULATIONS CITED

| | PAGE | | PAGE |
|--|--------------------|--|---------|
| A | | | |
| <i>Assessment Act</i> , R.S.N.S. 1989, c. 23 | | s. 467.13 | 211 |
| s. 42(1) | 108 | s. 686(1)(a)(ii) | 60 |
| <i>Automobile Insurance Act</i> , R.S.Q., c. A-25 | | s. 686(1)(b)(iii) | 60, 639 |
| s. 1 “accident”, “automobile”, “damage caused by an automobile” | 136 | s. 686(4) | 509 |
| s. 83.57 | 136 | s. 686(8) | 509 |
| | | s. 731(1)(b) | 470 |
| I | | | |
| C | | | |
| <i>Canada Evidence Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-5 | | <i>Income Tax Act</i> , R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) | |
| s. 4(6) | 639 | s. 31(1)(a) | 489 |
| <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> | | M | |
| s. 7 | 509 | <i>Motor Vehicle Act</i> , R.S.N.S. 1989, c. 293 | |
| s. 24(1) | 509 | s. 248 | 84 |
| <i>Constitution Act, 1867</i> | | P | |
| s. 91(10) | 3 | <i>Payments in Lieu of Taxes Act</i> , R.S.C. 1985, c. M-13 | |
| s. 92(10) | 3 | s. 2(1) | 108 |
| s. 92(13) | 3 | s. 4(1) | 108 |
| <i>Controlled Drugs and Substances Act</i> , S.C. 1996, c. 19 | | R | |
| s. 5(2) | 211 | <i>Rules of Civil Procedure</i> , R.R.O. 1990, Reg. 194 | |
| <i>Copyright Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-42 | | r. 60.11 | 92 |
| s. 2 “sound recording” | 376 | r. 60.12 | 92 |
| s. 3(1)(f) | 231, 283, 291, 316 | <i>Rules of the Supreme Court of Canada</i> , SOR/2002-156 | |
| s. 19 | 376 | r. 47 | 55 |
| s. 29 | 326, 345 | S | |
| <i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46 | | <i>Supreme Court Act</i> , R.S.C. 1985, c. S-26 | |
| s. 21(1) | 411 | s. 40 | 55 |
| s. 21(1)(b) | 673 | s. 60(1)(b) | 55 |
| s. 279(1) | 411 | | |
| s. 127 | 92 | | |
| s. 249 | 60 | | |
| s. 265(3)(c) | 584, 626 | | |
| s. 268 | 584 | | |
| s. 273 | 584 | | |
| s. 467.1 “criminal organization” | 211 | | |
| s. 467.12 | 211 | | |

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

| | PAGE | | PAGE |
|--|----------|---|--------------------|
| A | | | |
| <i>Assessment Act</i> , R.S.N.S. 1989, c. 23 | | <i>Loi sur l'assurance automobile</i> , L.R.Q., ch. A-25 | |
| art. 42(1) | 108 | art. 1 « accident », « automobile », « préjudice causé par une automo- bile » | 136 |
| | | art. 83.57 | 136 |
| C | | | |
| <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> | | <i>Loi sur la Cour suprême</i> , L.R.C. 1985, ch. S-26 | |
| art. 7 | 509 | art. 40 | 55 |
| art. 24(1) | 509 | art. 60(1)b) | 55 |
| <i>Code criminel</i> , L.R.C. 1985, ch. C-46 | | <i>Loi sur la preuve au Canada</i> , L.R.C. 1985, ch. C-5 | |
| art. 21(1) | 411 | art. 4(6) | 639 |
| art. 21(1)b) | 673 | <i>Loi sur le droit d'auteur</i> , L.R.C. 1985, ch. C-42 | |
| art. 279(1) | 411 | art. 2 « enregistrement sonore » | 376 |
| art. 127 | 92 | art. 3(1)f) | 231, 283, 291, 316 |
| art. 249 | 60 | art. 19 | 376 |
| art. 265(3)c) | 584, 626 | art. 29 | 326, 345 |
| art. 268 | 584 | <i>Loi sur les paiements versés en remplacement d'impôts</i> , L.R.C. 1985, ch. M-13 | |
| art. 273 | 584 | art. 2(1) | 108 |
| art. 467.1 « organisation criminelle » ... | 211 | art. 4(1) | 108 |
| art. 467.12 | 211 | | |
| art. 467.13 | 211 | M | |
| art. 686(1)a)(ii) | 60 | <i>Motor Vehicle Act</i> , R.S.N.S. 1989, ch. 293 | |
| art. 686(1)b)(iii) | 60, 639 | art. 248 | 84 |
| art. 686(4) | 509 | | |
| art. 686(8) | 509 | R | |
| art. 731(1)b) | 470 | <i>Règles de la Cour suprême du Canada</i> , DORS/2002-156 | |
| L | | | |
| <i>Loi constitutionnelle de 1867</i> | | art. 47 | 55 |
| art. 91(10) | 3 | <i>Règles de procédure civile</i> , R.R.O. 1990, Règl. 194 | |
| art. 92(10) | 3 | règle 60.11 | 92 |
| art. 92(13) | 3 | règle 60.12 | 92 |
| <i>Loi de l'impôt sur le revenu</i> , L.R.C. 1985, ch. 1 (5 ^e suppl.) | | | |
| art. 31(1)a) | 489 | | |
| <i>Loi réglementant certaines drogues et autres substances</i> , L.C. 1996, ch. 19 | | | |
| art. 5(2) | 211 | | |

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

| | PAGE |
|---|------|
| Aickin, K. A. “Kidnapping at Common Law” (1936), 1 <i>Res Judicatae</i> 130. | 422 |
| Anderson, Ronald A. <i>Wharton’s Criminal Law and Procedure</i> , vol. I. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1957. | 424 |
| Bates, Paul. “Mitigation of Damages: A Matter of Commercial Common Sense” (1992), 13 <i>Advocates’ Q.</i> 273. | 686 |
| Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. <i>La responsabilité civile</i> , 7 ^e éd., vol. I, <i>Principes généraux</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2007. | 145 |
| Bingham, Tom. <i>The Rule of Law</i> . London: Allen Lane, 2010. | 593 |
| Bishop, Joel Prentiss. <i>Bishop on Criminal Law</i> , vol. II, 9th ed. by John M. Zane and Carl Zollmann. Chicago: T. H. Flood and Co., 1923. | 422 |
| Blackstone, William. <i>Commentaries on the Laws of England</i> , Book IV. Oxford: Clarendon Press, 1769. | 422 |
| Boily, Marie-Claude, et al. “Heterosexual risk of HIV-1 infection per sexual act: systematic review and meta-analysis of observational studies” (2009), 9 <i>Lancet Infect. Dis.</i> 118. | 620 |
| Brown, Henry S. <i>Supreme Court of Canada Practice 2012</i> , 12th ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 2011. | 58 |
| Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. <i>Droit constitutionnel</i> , 5 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008. | 10 |
| Burris, Scott, et al. “Do Criminal Laws Influence HIV Risk Behavior? An Empirical Trial” (2007), 39 <i>Ariz. St. L.J.</i> 467. | 608 |
| Canada. <i>Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis</i> . Ottawa : Affaires extérieures, 1987. .. | 246 |
| Canada. <i>Canada-U.S. Free Trade Agreement</i> . Ottawa: External Affairs, 1987. | 246 |
| Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. <i>Témoignages devant le Comité permanent de la justice et des droits de la personne</i> , 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., 8 mai 2001 (en ligne : http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=652649&Language=F&Mode=1&Parl=37&Ses=1). | 223 |
| Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , t. 1, 2 ^e sess., 17 ^e lég., 23 avril 1931, p. 892-893. | 244 |
| Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , t. 3, 2 ^e sess., 17 ^e lég., 8 juin 1931, p. 2373-2374. | 244 |

| | |
|---|----------|
| Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 1, 2nd Sess., 17th Parl., April 23, 1931, pp. 899-900. | 244 |
| Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 3, 2nd Sess., 17th Parl., June 8, 1931, p. 2399. | 244 |
| Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. <i>Evidence of the Standing Committee on Justice and Human Rights</i> , 1st Sess., 37th Parl., May 8, 2001 (online: http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=652649&Language=E&Mode=1&Parl=37&Ses=1). | 223 |
| Canada. Secrétariat du Conseil du Trésor. Commission du droit d'auteur Canada. Rapport sur le rendement pour la période se terminant le 31 mars 2003 (en ligne : www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20060118021938/http://www.tbs-sct.gc.ca/rma/dpr/02-03/cb-cda/cb-cda03d_f.asp). | 316 |
| Canada. Treasury Board. Copyright Board Canada. Performance Report for the period ending March 31, 2003 (online: www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20060120100901/http://www.tbs-sct.gc.ca/rma/dpr/02-03/cb-cda/cb-cda03d_e.asp). | 316 |
| Canadian Judicial Council. <i>Model Jury Instructions – Homicide</i> , Offence Instructions, 229.a, 2012 (online: http://www.cjc-ccm.gc.ca/english/lawyers_en.asp?selMenu=lawyers_modeljuryinstruction_en.asp). | 461 |
| Cohen, Myron S., et al. "Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy" (2011), 365 <i>New Eng. J. Med.</i> 493. | 621 |
| Conseil canadien de la magistrature. <i>Modèles de directives au jury – L'homicide</i> , Directives relatives aux infractions, 229.a, 2012 (en ligne : http://www.cjc-ccm.gc.ca/french/lawyers_fr.asp?selMenu=lawyers_modeljuryinstruction_fr.asp). | 461 |
| Craig, Carys J. "Locke, Labour and Limiting the Author's Right: A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law" (2002), 28 <i>Queen's L.J.</i> 1. | 332 |
| Craig, Carys. "Locking Out Lawful Users: Fair Dealing and Anti-Circumvention in Bill C-32", in Michael Geist, ed., <i>From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright": Canadian Copyright and the Digital Agenda</i> . Toronto: Irwin Law, 2010, 177. | 240 |
| Crankshaw, James. <i>The Criminal Code of Canada and the Canada Evidence Act: With Their Amendments, Including the Amending Acts of 1900 and 1901, and Extra Appendices</i> , 2nd ed. Montreal: C. Theoret, 1902. | 426 |
| "Cyberbullying: A Growing Problem", <i>Science Daily</i> , February 22, 2010 (online: www.sciencedaily.com/releases/2010/02/100222104939.htm). | 578 |
| D'Agostino, Giuseppina. "Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use" (2008), 53 <i>McGill L.J./R.D. McGill</i> 309. | 337, 359 |
| Diamond, John L. "Kidnapping: A Modern Definition" (1985), 13 <i>Am. J. Crim. L.</i> 1. | 422 |
| Drassinower, Abraham. "Taking User Rights Seriously", in Michael Geist, ed., <i>In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law</i> . Toronto: Irwin Law, 2005, 462. | 335 |
| Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983. | 261, 389 |
| East, Sir Edward Hyde. <i>A Treatise of the Pleas of the Crown</i> , vol. I. London: J. Butterworth, 1803. | 422 |
| Eltis, Karen. "The Judicial System in the Digital Age: Revisiting the Relationship between Privacy and Accessibility in the Cyber Context" (2011), 56 <i>McGill L.J./R.D. McGill</i> 289. | 575 |
| Felesky, Brian A. "'Hobby' Farm Losses", in <i>Report of Proceedings of the Twenty-Sixth Tax Conference</i> . Toronto: Canadian Tax Foundation, 1974, 625. | 503 |
| Fiss, Owen M. "The Social and Political Foundations of Adjudication" (1982), 6 <i>Law & Hum. Behav.</i> 121. | 540 |

| | |
|---|---------------|
| Gardner, Daniel. « L'interprétation de la portée de la <i>Loi sur l'assurance automobile</i> : un éternel recommencement » (2011), 52 <i>C. de D.</i> 167. | 144 |
| Gardner, Daniel. « La <i>Loi sur l'assurance automobile</i> : loi d'interprétation libérale? » (1992), 33 <i>C. de D.</i> 485. | 150 |
| Gervais, Daniel J., et Elizabeth F. Judge, avec la collaboration de Mistrale Goudreau. <i>Le droit de la propriété intellectuelle</i> . Toronto : Thomson/Carswell, 2006. | 271 |
| Ginsburg, Jane C. "The (new?) right of making available to the public", in David Vaver and Lionel Bently, eds., <i>Intellectual Property in the New Millennium: Essays in Honour of William R. Cornish</i> . Cambridge: Cambridge University Press, 2004. | 309 |
| Goldstein, Paul, and P. Bernt Hugenholtz. <i>International Copyright: Principles, Law, and Practice</i> , 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2010. | 243 |
| <i>Grand Robert de la langue française</i> (version électronique), « organisation », « organiser ». | 221 |
| Grande-Bretagne. Criminal Code Bill Commission. <i>Report of the Royal Commission Appointed to Consider the Law Relating to Indictable Offences : With an Appendix Containing a Draft Code embodying the Suggestions of the Commissioners</i> . London : The Commission, 1879. | 96 |
| Grant, Isabel. "The Prosecution of Non-disclosure of HIV in Canada: Time to Rethink <i>Cuerrier</i> " (2011), 5 <i>M.J.L.H./R.D.S.M.</i> 7. | 605 |
| Great Britain. Criminal Code Bill Commission. <i>Report of the Royal Commission Appointed to Consider the Law Relating to Indictable Offences: With an Appendix Containing a Draft Code embodying the Suggestions of the Commissioners</i> . London: The Commission, 1879. | 96 |
| Handa, Sunny. <i>Copyright Law in Canada</i> . Markham, Ont.: Butterworths, 2002. | 252, 271, 306 |
| Hastie, Miles. "The Separate Offence of Committing a Crime 'In Association with' a Criminal Organization: Gang Symbols and Signs of Constitutional Problems" (2010), 14 <i>Can. Crim. L. Rev./R.C.D.P.</i> 79. | 228 |
| Hawkins, William. <i>A Treatise of the Pleas of the Crown; Or, A System of the Principal Matters Relating to That Subject, Digested Under Proper Heads</i> , vol. I, 8th ed. by John Curwood. London: S. Sweet, 1824. | 422 |
| Hochheimer, Lewis. <i>The Law of Crimes and Criminal Procedure: Including Forms and Precedents</i> , 2nd ed. Baltimore: Baltimore Book Co., 1904. | 424 |
| Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2009, release 1). | 14 |
| Jones, Lisa M., David Finkelhor and Jessica Beckwith. "Protecting victims' identities in press coverage of child victimization" (2010), 11 <i>Journalism</i> 347. | 580 |
| Judge, Elizabeth F., and Daniel J. Gervais. <i>Intellectual Property: The Law in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 2011. | 271 |
| Katz, Ariel. "Commentary: Is Collective Administration of Copyrights Justified by the Economic Literature?" in Marcel Boyer, Michael Trebilcock and David Vaver, eds., <i>Competition Policy and Intellectual Property</i> . Toronto: Irwin Law, 2009, 449. | 242 |
| Leigh, L. H. "Two cases on consent in rape" (2007), 5 <i>Arch. News</i> 6. | 608 |
| Lucock, Carole, and Michael Yeo. "Naming Names: The Pseudonym in the Name of the Law" (2006), 3 <i>U. Ottawa L. & Tech. J./R.D. et tech. U.O.</i> 53. | 575 |
| McGregor, Harvey. <i>McGregor on Damages</i> , 18th ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2009. | 702 |
| McKeown, John S. <i>Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs</i> , 4th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2003 (loose-leaf updated 2011, release 6). | 305 |

| | |
|--|-----|
| McKeown, John S. <i>Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs</i> , 4th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2009 (loose-leaf updated 2012, release 1). | 246 |
| McNair, D. K. <i>Taxation of Farmers and Fishermen</i> . Toronto: Richard De Boo, 1980. | 496 |
| <i>Merriam-Webster's Collegiate Dictionary</i> , 11th ed. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 2003, "communicate", "transmit". | 261 |
| Moyse, Pierre-Emmanuel. <i>Le droit de distribution : analyse historique et comparative en droit d'auteur</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2007. | 243 |
| Mullan, David J. "Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?" (2004), 17 <i>C.J.A.L.P.</i> 59. | 315 |
| Nightingale, Brenda L. <i>The Law of Fraud and Related Offences</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1996 (loose-leaf updated 2011, release 3). | 612 |
| Nouvelle-Écosse. Commission d'étude sur l'intimidation et la cyberintimidation. <i>Respect et responsabilité dans les relations : il n'y a pas d'app pour ça : Rapport de la Commission d'étude sur l'intimidation et la cyberintimidation</i> . Nouvelle-Écosse : La Commission, 2012. | 578 |
| Nova Scotia. Task Force on Bullying and Cyberbullying. <i>Respectful and Responsible Relationships: There's No App for That: The Report of the Nova Scotia Task Force on Bullying and Cyberbullying</i> . Nova Scotia: The Task Force, 2012. | 578 |
| Orlova, Alexandra V., and James W. Moore. "‘Umbrellas’ or ‘Building Blocks’?: Defining International Terrorism and Transnational Organized Crime in International Law" (2005), 27 <i>Hous. J. Int'l L.</i> 267. | 224 |
| <i>Oxford English Dictionary</i> (online: www.oed.com), "communicate", "transmit". | 261 |
| Patenaude, Micheline. « L'entreprise qui fait partie intégrante de l'entreprise fédérale » (1991), 32 <i>C. de D.</i> 763. | 25 |
| <i>Petit Robert</i> . Paris : Le Robert, 2012, « communiquer ». | 261 |
| Ricketson, Sam, and Jane C. Ginsburg. <i>International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond</i> , vol. I, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. | 308 |
| Roach, Kent. <i>Constitutional Remedies in Canada</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated December 2011, release 17). | 549 |
| Roscoe, Henry. <i>A Digest of the Law of Evidence in Criminal Cases</i> , 2nd ed. Philadelphia: T. & J. W. Johnson, 1840. | 422 |
| Rousseau-Houle, Thérèse. « Le régime québécois d'assurance automobile, vingt ans après » (1998), 39 <i>C. de D.</i> 213. | 144 |
| Russell, Sir William Oldnall. <i>A Treatise on Crimes and Misdemeanors</i> , vol. I, 3rd ed. by Charles Sprengel Greaves. London: Saunders and Benning, 1843. | 422 |
| Scott, Kenneth E. "Standing in the Supreme Court — A Functional Analysis" (1973), 86 <i>Harv. L. Rev.</i> 645. | 542 |
| <i>Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles</i> , 6th ed., vol. 1. Oxford: Oxford University Press, 2007, "communicate". | 261 |
| <i>Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles</i> , 6th ed., vol. 2. Oxford: Oxford University Press, 2007, "organized". | 221 |
| Siebrasse, Norman. "Damages in Lieu of Specific Performance: <i>Semelhago v. Paramadevan</i> " (1997), 76 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 551. | 690 |

| | |
|--|--------------------|
| Sossin, Lorne. “The Justice of Access: Who Should Have Standing to Challenge the Constitutional Adequacy of Legal Aid?” (2007), 40 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 727. | 547 |
| Sossin, Lorne M. <i>Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 2012. | 543 |
| Sullivan, Ruth. <i>Statutory Interpretation</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2007. | 263 |
| Sullivan, Ruth. <i>Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes</i> , 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002. | 248 |
| Thomas, Richard B. “A Farm Loss with a Difference — The Farmer is Successful!” (1993), 41 <i>Can. Tax J./Rev. fisc. can.</i> 513. | 496 |
| <i>Trésor de la langue française</i> (en ligne : http://atilf.atilf.fr), « communiquer ». | 261 |
| UNICEF, Centre de recherche Innocenti. <i>La sécurité des enfants en ligne : Défis et stratégies mondiaux</i> . Florence, Italie : UNICEF, 2011. | 580 |
| UNICEF Innocenti Research Centre. <i>Child Safety Online: Global challenges and strategies</i> . Florence, Italy: UNICEF, 2011. | 580 |
| Vaver, David. <i>Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011. | 239, 271, 312, 333 |
| Wainberg, Mark A. “Criminalizing HIV transmission may be a mistake” (2009), 180 <i>C.M.A.J./J.A.M.C.</i> 688. | 608 |
| Weinrib, Ernest J. <i>The Idea of Private Law</i> . Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995. | 187 |
| Weller, Susan C., and Karen Davis-Beaty. “Condom effectiveness in reducing heterosexual HIV transmission” (2002), 1 <i>Cochrane Database Syst. Rev.</i> CD003255. | 620 |
| Wilkinson, Margaret Ann. “Copyright, Collectives, and Contracts: New Math for Educational Institutions and Libraries”, in Michael Geist, ed., <i>From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright”: Canadian Copyright and the Digital Agenda</i> . Toronto: Irwin Law, 2010, 503. | 316 |
| Williams, Glanville. “ <i>Finis for Novus Actus?</i> ” (1989), 48 <i>Cambridge L.J.</i> 391. | 50 |
| Williams, Glanville. <i>Textbook of Criminal Law</i> , 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983. | 45 |
| Winn, Peter A. “Online Court Records: Balancing Judicial Accountability and Privacy in an Age of Electronic Information” (2004), 79 <i>Wash. L. Rev.</i> 307. | 579 |
| World Intellectual Property Organization. <i>WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use</i> , chapter 5, “International Treaties and Conventions on Intellectual Property”, No. 489, 2nd ed. Geneva: WIPO, 2004. | 309 |
| Yeo, Stanley. “Blamable Causation” (2000), 24 <i>Crim. L.J.</i> 144. | 41 |
| Yorio, Edward. “A Defense of Equitable Defenses” (1990), 51 <i>Ohio St. L.J.</i> 1201. | 707 |

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

John H. Craig *Respondent*

INDEXED AS: CANADA v. CRAIG

2012 SCC 43

File No.: 34144.

2012: March 23; 2012: August 1.

Present: LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Taxation — Income Tax — Deduction of farming losses — Taxpayer drawing income from farming and other sources — Taxpayer deducting farming losses from total income — Whether farm income combined with other income constitutes chief source of income — Whether totality of farming losses deductible from income — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 31(1)(a).

Courts — Decisions — Stare decisis — Whether subordinate courts may overrule higher court precedent — Circumstances in which prior Supreme Court of Canada decisions will be reconsidered or revised.

Section 31(1) of the *Income Tax Act* limits deductible losses “[w]here a taxpayer’s chief source of income for a taxation year is neither farming nor a combination of farming and some other source of income”. In *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480, this Court found that a predecessor to s. 31(1) contemplated three classes of taxpayer involved in farming. In the first class are taxpayers for whom farming provides the bulk of income or the centre of work routine. Loss deductions are not limited for this class. In the second are taxpayers who do not look to farming, or to farming and some subordinate source of income, for their livelihood, but carry on farming as a sideline business. For this class, s. 31(1) limits loss deductions. The third class consists of taxpayers who carry on some farming

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

John H. Craig *Intimé*

RÉPERTORIÉ : CANADA c. CRAIG

2012 CSC 43

N° du greffe : 34144.

2012 : 23 mars; 2012 : 1^{er} août.

Présents : Les juges LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Déduction des pertes agricoles — Revenu tiré par le contribuable de l'agriculture et d'autres sources — Pertes agricoles déduites par le contribuable de son revenu total — La combinaison du revenu agricole et d'un autre revenu constitue-t-elle la principale source de revenu? — La totalité des pertes agricoles est-elle déductible du revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 31(1)a).

Tribunaux — Décisions — Stare decisis — Les cours inférieures peuvent-elles écarter un précédent établi par une cour supérieure? — Circonstances dans lesquelles les arrêts antérieurs de la Cour suprême sont réexaminés ou révisés.

Le paragraphe 31(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* limite la déductibilité des pertes « [l]orsque le revenu d'un contribuable, pour une année d'imposition, ne provient principalement ni de l'agriculture ni d'une combinaison de l'agriculture et de quelque autre source ». Notre Cour a conclu dans *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480, qu'une version antérieure du par. 31(1) envisageait trois catégories de contribuables agriculteurs. La première catégorie regroupe les contribuables qui tirent la plus grande partie de leur revenu de l'agriculture ou pour qui l'agriculture constitue le centre de leur travail habituel. Cette catégorie n'est assujettie à aucune limite pour ce qui est des pertes déductibles. La deuxième catégorie est formée des contribuables qui ne considèrent pas l'agriculture,

activities as a hobby, not as a business, and whose losses are not deductible in any amount.

In *Gunn v. Canada*, 2006 FCA 281, [2007] 3 F.C.R. 57, the Federal Court of Appeal adopted a more generous interpretation of what could constitute a combination of farming and some other source of income.

In this case, C's primary source of income came from his law practice. He also had income from investments, stock options, and farming (buying, selling, training and maintaining horses for racing). He deducted losses from the horse-racing business from his other income in 2000 and 2001. Based on *Moldowan*, the Minister reassessed and limited the deductions on the grounds that the combination of the law practice and the horse-racing business was not C's chief source of income. Following *Gunn*, the trial judge allowed C's appeal, finding that the loss deduction limitation in s. 31(1) did not apply. The Federal Court of Appeal dismissed the Minister's appeal, holding that it was required to follow its prior decision in *Gunn*.

Held: The appeal should be dismissed.

Moldowan was a binding precedent and the lower courts should have limited themselves to writing reasons as to why it was problematic rather than purporting to overrule it. This Court can, however, overrule its own decisions. While this is not a step not to be lightly undertaken, the *Moldowan* approach to the combination question is incorrect and it is appropriate for this Court to revisit this aspect of the interpretation of s. 31. Section 31(1) provides two distinct exceptions to the loss deduction limitation. A judge-made rule that reads one of them out of the provision cannot stand.

Taking a contextual approach, the relevant factors to consider are the capital invested in farming and the second source of income; the income from each of the two sources of income; the time spent on the two sources of income; and the taxpayer's ordinary mode of living,

ou l'agriculture et une source secondaire de revenu, comme leur gagne-pain mais pour qui l'exploitation d'une ferme est une entreprise secondaire. Le paragraphe 31(1) limite les pertes que peuvent déduire les contribuables de cette catégorie. La troisième catégorie se compose des contribuables qui poursuivent certaines activités agricoles comme passe-temps, et non comme entreprise, et dont les pertes ne sont pas déductibles, quel qu'en soit le montant.

Dans *Gunn c. Canada*, 2006 CAF 281, [2007] 3 R.C.F. 57, la Cour d'appel fédérale a adopté une interprétation plus libérale de ce qui pourrait constituer une combinaison de l'agriculture et d'une autre source de revenu.

En l'espèce, l'exercice de la profession d'avocat était la principale source de revenu de C. Il avait en outre des revenus de placements, avait réalisé des gains en exerçant des options d'achat d'actions et tirait un revenu de l'agriculture (vente, achat, entraînement et entretien de chevaux de course). Il a déduit les pertes de l'entreprise de chevaux de course de ses autres revenus en 2000 et en 2001. Se fondant sur *Moldowan*, le ministre a établi un nouvel avis de cotisation et limité les pertes déductibles parce que la combinaison de l'exercice du droit et de l'entreprise de chevaux de course ne constituait pas la principale source de revenu de C. Le juge de première instance a appliqué *Gunn* et accueilli l'appel de C, concluant qu'il n'y avait pas lieu de limiter la déductibilité des pertes agricoles sous le régime du par. 31(1). La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel du ministre, jugeant qu'elle était tenue de suivre la décision qu'elle avait rendue dans *Gunn*.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Moldowan était un précédent ayant force obligatoire et les juridictions inférieures auraient dû se contenter d'exposer dans leurs motifs ce qu'elles considéraient problématique dans cet arrêt au lieu de l'écarter. Notre Cour peut cependant écarter ses propres décisions. S'il ne convient pas d'écarter un précédent de notre Cour à la légère, la démarche relative à la question de la combinaison suivie dans l'arrêt *Moldowan* est incorrecte et il convient que notre Cour réexamine l'interprétation de l'art. 31. Le paragraphe 31(1) prévoit deux exceptions distinctes à la déductibilité limitée des pertes agricoles. Une règle jurisprudentielle excluant du par. 31(1) l'une des exceptions ne peut être maintenue.

Les facteurs à prendre en compte dans l'analyse contextuelle sont le capital investi dans l'entreprise agricole et dans la deuxième source de revenu, le revenu tiré de chacune des deux sources, le temps consacré aux deux sources de revenu et le mode de vie

farming history, and future intentions and expectations. If they tend to show that the taxpayer places significant emphasis on both his farming and non-farming sources of income, there is no reason that such a combination should not constitute a chief source of income, avoiding the application of the loss deduction limitation of s. 31(1). Both endeavours must be significant endeavours of the taxpayer, but they do not need to be connected, and farming does not need to be the predominant source of income. The determination is a factual one for the trial judge. The approach must be flexible, recognizing that not each factor need be significant. The question is whether, looking at these factors together, the taxpayer places significant emphasis on each of the farming business and other earning activity, and if so, the combination will constitute a chief source of income and avoid the loss deduction limitation of s. 31(1). Such an interpretation is consistent with the general policy of the *Income Tax Act* that, subject to specific exceptions, taxpayers may offset losses from one business or source of income against profits from another without limitation.

There is no basis for this Court to disturb the findings that farming, in combination with C's law practice, was a chief source of income, and that the loss deduction limitation in s. 31(1) did not apply to the facts. The Crown conceded that the horse-racing operation was a business, not a personal endeavour, and the relevant factors, other than demonstrated profitability, clearly pointed to it being more than a sideline business. C devoted both a material amount of capital and a very significant part of his daily work routine to the farming business, and he was an active member of and contributor to the community of standard-bred racing.

Cases Cited

Overruled: *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480; **discussed:** *Gunn v. Canada*, 2006 FCA 281, [2007] 3 F.C.R. 57; **referred to:** *Hover v. M.N.R.*, [1993] 1 C.T.C. 2585; *Hadley v. The Queen*, [1985] 1 C.T.C. 62; *The Queen v. Graham* (1985), 85 D.T.C. 5256; *Morrissey v. Canada*, [1989] 2 F.C. 418; *Poirier (in bankruptcy) v. Minister of National Revenue* (1986), 2 F.T.R. 11; *Watt v. Minister of National Revenue*, 2001

ordinaire du contribuable, son expérience de l'agriculture et ses intentions et attentes. Si ces facteurs tendent à démontrer que le contribuable accorde une importance considérable tant à son entreprise agricole qu'aux sources de revenu non agricoles, il n'y a pas de raison de considérer qu'une telle combinaison ne constitue pas une source principale de revenu permettant d'échapper à la déductibilité limitée des pertes agricoles prévue au par. 31(1). Ces deux activités doivent constituer des activités importantes du contribuable, mais elles n'ont pas à être reliées entre elles, et il n'est pas nécessaire que l'agriculture soit la principale source de revenu. Il s'agit d'une appréciation factuelle relevant du juge de première instance. La démarche doit rester souple et reconnaître que certains facteurs peuvent ne pas être importants. L'examen de l'ensemble de ces facteurs permettra de déterminer si le contribuable accorde une importance significative à l'entreprise agricole et à l'autre activité lucrative; si c'est le cas, son revenu proviendra principalement de la combinaison de ces activités et la déductibilité des pertes agricoles ne sera pas limitée en application du par. 31(1). Cette interprétation est conforme à l'économie générale de la *Loi de l'impôt sur le revenu* suivant laquelle, sous réserve de certaines exceptions précises, le contribuable peut déduire en totalité les pertes afférentes à une entreprise ou à une source de revenu des profits tirés d'une autre entreprise ou source de revenu.

Rien ne justifie que notre Cour modifie les conclusions que le revenu de C provenait principalement de la combinaison de l'agriculture et de l'exercice du droit et que la limitation de la déductibilité des pertes agricoles opérée par le par. 31(1) ne s'appliquait pas compte tenu des faits. Le ministère public a reconnu que l'exploitation de chevaux de course constituait une entreprise et non une activité personnelle, et les facteurs pertinents autres que celui de la rentabilité établie indiquaient clairement que l'entreprise agricole était plus qu'une entreprise secondaire. C investissait des capitaux importants dans cette entreprise et une grande partie de son travail quotidien y passait; il était un membre actif du monde des courses de chevaux standardbred et y apportait sa contribution.

Jurisprudence

Arrêt renversé : *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480; **arrêt analysé :** *Gunn c. Canada*, 2006 CAF 281, [2007] 3 R.C.F. 57; **arrêts mentionnés :** *Hover c. Canada (ministre du Revenu national – M.R.N.)*, [1992] A.C.I. n° 735 (QL); *Hadley c. The Queen*, [1985] 1 C.T.C. 62; *The Queen c. Graham* (1985), 85 D.T.C. 5256; *Morrissey c. Canada*, [1989] 2 C.F. 418; *Poirier (in bankruptcy) c. Minister of National Revenue* (1986),

FCA 72, 273 N.R. 201; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Stackhouse v. R.*, 2007 TCC 146, [2007] 3 C.T.C. 2402; *Falkener v. R.*, 2007 TCC 514, [2008] 2 C.T.C. 2231; *Loyens v. R.*, 2008 TCC 486, [2009] 1 C.T.C. 2547; *Johnson v. The Queen*, 2009 TCC 383, 2009 D.T.C. 1245; *Scharfe v. The Queen*, 2010 TCC 39, 2010 D.T.C. 1078; *Turbide v. The Queen*, 2011 TCC 371, 2011 D.T.C. 1347; *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville*, [1982] 2 S.C.R. 518; *Hamstra (Guardian ad litem of) v. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 S.C.R. 1092; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *Queensland v. Commonwealth (1977)*, 139 C.L.R. 585; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Stewart v. Canada*, 2002 SCC 46, [2002] 2 S.C.R. 645; *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 31, 248(1).

Authors Cited

Felesky, Brian A. “Hobby’ Farm Losses”, in *Report of Proceedings of the Twenty-Sixth Tax Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1974, 625.

McNair, D. K. *Taxation of Farmers and Fishermen*. Toronto: Richard De Boo, 1980.

Thomas, Richard B. “A Farm Loss with a Difference — The Farmer is Successful!” (1993), 41 *Can. Tax J.* 513.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Evans, Dawson and Stratas J.J.A.), 2011 FCA 22, [2011] 2 F.C.R. 436, 414 N.R. 396, [2011] 3 C.T.C. 189, 2011 D.T.C. 5047, [2011] F.C.J. No. 435 (QL), 2011 CarswellNat 586, affirming a decision of Hershfield T.C.C.J., 2009 TCC 617, [2010] 3 C.T.C. 2341, 2010 D.T.C. 1032, [2009] T.C.J. No. 505 (QL), 2009 CarswellNat 4372. Appeal dismissed.

Simon Fothergill and Daniel Bourgeois, for the appellant.

2 F.T.R. 11; *Watt c. Canada*, 2001 CAF 72 (CanLII); *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Stackhouse c. La Reine*, 2007 CCI 146 (CanLII); *Falkener c. La Reine*, 2007 CCI 514 (CanLII); *Loyens c. La Reine*, 2008 CCI 486 (CanLII); *Johnson c. La Reine*, 2009 CCI 383 (CanLII); *Scharfe c. La Reine*, 2010 CCI 39 (CanLII); *Turbide c. La Reine*, 2011 CCI 371 (CanLII); *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370 (CanLII); *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518; *Hamstra (Tuteur à l’instance de) c. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 R.C.S. 1092; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *Queensland c. Commonwealth (1977)*, 139 C.L.R. 585; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Stewart c. Canada*, 2002 CSC 46, [2002] 2 R.C.S. 645; *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147.

Lois et règlements cités

Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 31, 248(1).

Doctrine et autres documents cités

Felesky, Brian A. « “Hobby” Farm Losses », in *Report of Proceedings of the Twenty-Sixth Tax Conference*. Toronto : Canadian Tax Foundation, 1974, 625.

McNair, D. K. *Taxation of Farmers and Fishermen*. Toronto : Richard De Boo, 1980.

Thomas, Richard B. « A Farm Loss with a Difference — The Farmer is Successful! » (1993), 41 *Rev. fisc. can.* 513.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Evans, Dawson et Stratas), 2011 CAF 22, [2011] 2 R.C.F. 436, 414 N.R. 396, [2011] 3 C.T.C. 189, 2011 D.T.C. 5047, [2011] A.C.F. n° 435 (QL), 2011 CarswellNat 1578, qui a confirmé une décision du juge Hershfield, 2009 CCI 617, [2010] 3 C.T.C. 2341, 2010 D.T.C. 1032, [2009] A.C.I. n° 505 (QL), 2009 CarswellNat 5749. Pourvoi rejeté.

Simon Fothergill et Daniel Bourgeois, pour l’appelante.

Glenn Ernst and Sandon Shogilev, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

[1] This is a farm loss case. Where farming is a source of income for a taxpayer, s. 31 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), may apply to limit the amount of loss from farming that can be deducted from the taxpayer's other income. Section 31(1)(a) provides that, where a taxpayer's chief source of income is neither farming nor a combination of farming and some other source of income, the taxpayer's deductible farm loss is limited to \$8,750 annually.

[2] The main issue in this case concerns the interpretation of s. 31 of the *Income Tax Act*. The question is under what circumstances the combination of farming and some other source of income constitutes a "chief source of income", allowing a taxpayer to avoid the farm loss deduction limit in s. 31.

[3] A preliminary issue arises, however, namely whether the Federal Court of Appeal was entitled to disregard this Court's precedent in *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480.

II. Facts

[4] John Craig's primary source of income was, and was intended to be, his professional income from his law practice. He also had income from investments and gains on the exercise of stock options. In addition, Mr. Craig was in the business of buying, selling, training and maintaining horses for racing.

[5] Although the horse-racing business had had some profitable years, it incurred losses in 2000

Glenn Ernst et Sandon Shogilev, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] La présente affaire porte sur les pertes agricoles. Lorsqu'un contribuable tire un revenu de l'agriculture, il est possible que l'art. 31 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), limite le montant de la perte agricole qui peut être déduit de ses autres sources de revenu. Aux termes de l'al. 31(1)a), lorsque le revenu d'un contribuable ne provient principalement ni de l'agriculture ni d'une combinaison de l'agriculture et de quelque autre source, les pertes agricoles déductibles se limitent à 8 750 \$ par année.

[2] La principale question en l'espèce concerne l'interprétation de l'art. 31 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il s'agit de déterminer dans quelles circonstances la combinaison de l'agriculture et d'une autre source de revenu constitue la « principale source de revenu » d'un contribuable et lui évite l'assujettissement à la limite des pertes agricoles déductibles établie à l'art. 31.

[3] Il se pose toutefois une question préliminaire, à savoir si la Cour d'appel fédérale pouvait écarter le précédent établi par notre Cour dans *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480.

II. Les faits

[4] L'exercice de la profession d'avocat était la principale source de revenu de M. John Craig et était voulu tel. Celui-ci avait en outre des revenus de placements, et il avait réalisé des gains en exerçant des options d'achat d'actions. M. Craig exploitait aussi une entreprise d'achat, de vente, d'entraînement et d'entretien de chevaux de course.

[5] Bien que l'entreprise de chevaux de course ait connu de bonnes années, elle a subi des pertes

and 2001, of \$222,642 and \$205,655 respectively. Mr. Craig deducted these losses from his other income. Pursuant to s. 31 of the *Income Tax Act*, as interpreted by Dickson J. (as he then was) in *Moldowan*, the Minister reassessed, limiting the deductible losses for each year to \$8,750, on the basis that the combination of his law practice and his horse-racing business was not his chief source of income, because the horse-racing business was a subordinate or sideline business.

[6] Hershfield T.C.C.J. of the Tax Court of Canada found, on the basis of *Gunn v. Canada*, 2006 FCA 281, [2007] 3 F.C.R. 57, a decision of the Federal Court of Appeal that did not follow *Moldowan*, that the combination of the horse-racing business and his law practice constituted Mr. Craig's chief source of income (2009 TCC 617, [2010] 3 C.T.C. 2341). The Federal Court of Appeal also found in favour of Mr. Craig on the basis that it was required to follow that Court's prior decision in *Gunn* (2011 FCA 22, [2011] 2 F.C.R. 436).

[7] The Minister now appeals to this Court.

III. The Statutory Provisions at Issue

[8] Section 31(1) of the *Income Tax Act* provides, in relevant part:

31. (1) Where a taxpayer's chief source of income for a taxation year is neither farming nor a combination of farming and some other source of income, . . . the taxpayer's loss, if any, for the year from all farming businesses carried on by the taxpayer shall be deemed to be a total of

- (a) the lesser of
 - (i) the amount by which the total of the taxpayer's losses for the year, determined without reference to this section and before making any deduction under section 37 or 37.1, from all farming businesses carried on by the taxpayer exceeds the total of the taxpayer's incomes for the year, so determined from all such businesses, and
 - (ii) \$2,500 plus the lesser of

de 222 642 \$ en 2000 et de 205 655 \$ en 2001. M. Craig a déduit ces pertes de ses autres revenus. Le ministre a établi un nouvel avis de cotisation limitant les pertes déductibles à 8 750 \$ par année, en application de l'art. 31 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* tel qu'il avait été interprété par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Moldowan*, parce que, l'entreprise de chevaux de course étant secondaire, la combinaison de cette entreprise et de l'exercice du droit ne constituait pas la principale source de revenu du contribuable.

[6] En s'appuyant sur l'arrêt *Gunn c. Canada*, 2006 CAF 281, [2007] 3 R.C.F. 57, de la Cour d'appel fédérale, qui n'avait pas suivi l'arrêt *Moldowan*, le juge Hershfield de la Cour canadienne de l'impôt a conclu que la combinaison de l'entreprise de chevaux de course et l'exercice du droit constituait la principale source de revenu de M. Craig (2009 CCI 617 (CanLII)). La Cour d'appel fédérale a elle aussi donné raison au contribuable, jugeant qu'elle était tenue de suivre la décision qu'elle avait rendue dans *Gunn* (2011 CAF 22, [2011] 2 R.C.F. 436).

[7] Le ministre se pourvoit à présent devant notre Cour.

III. Les dispositions législatives en cause

[8] Voici le passage pertinent du par. 31(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* :

31. (1) Lorsque le revenu d'un contribuable, pour une année d'imposition, ne provient principalement ni de l'agriculture ni d'une combinaison de l'agriculture et de quelque autre source, [. . .] ses pertes pour l'année, provenant de toutes les entreprises agricoles exploitées par lui, sont réputées être le total des montants suivants :

- a) la moins élevée des sommes suivantes :
 - (i) l'excédent du total de ses pertes pour l'année, déterminées compte non tenu du présent article et avant toute déduction prévue aux articles 37 ou 37.1 et provenant de toutes les entreprises agricoles exploitées par lui, sur le total des revenus, ainsi déterminés, qu'il a tirés pour l'année de ces entreprises,
 - (ii) 2 500\$ plus la moins élevée des sommes suivantes :

(A) 1/2 of the amount by which the amount determined under subparagraph 31(1)(a)(i) exceeds \$2,500, and

(B) \$6,250, and

(b) [an additional amount not relevant here].

The maximum deduction under s. 31(1)(a) is \$8,750, the extent of the deduction allowed to Mr. Craig.

[9] Section 248(1) provides:

. . .

“farming” includes . . . maintaining of horses for racing . . .

IV. *Moldowan*

[10] Similar to this case, *Moldowan* involved a taxpayer who, in addition to having other sources of income, engaged in the business of farming, namely buying, selling, and maintaining of horses for racing. He sought to deduct his losses from his farming business against his other income. The Minister limited his deductible losses against his other income under s. 13(1) of the Act (now s. 31(1)) to \$5,000 (then the limit under that provision). This Court upheld the loss deduction. Dickson J. (as he then was) found that s. 13(1) contemplated three classes of taxpayer involved in farming:

(1) a taxpayer, for whom farming may reasonably be expected to provide the bulk of income or the centre of work routine. Such a taxpayer, who looks to farming for his livelihood, is free of the limitation of s. 13(1) in those years in which he sustains a farming loss.

(2) the taxpayer who does not look to farming, or to farming and some subordinate source of income, for his livelihood but carries on farming as a sideline business. Such a taxpayer is entitled to the deductions spelled out in s. 13(1) in respect of farming losses.

(3) the taxpayer who does not look to farming, or to farming and some subordinate source of income, for his livelihood and who carries on some farming activities as a hobby. The losses sustained by such a taxpayer

(A) 1/2 de l'excédent du montant visé au sous-alinéa (i) sur 2 500\$,

(B) 6 250\$;

b) [un montant additionnel non pertinent en l'es-pèce].

Aux termes de l'al. 31(1)a), la déduction maximale permise est de 8 750 \$, et elle a été accordée à M. Craig.

[9] Le paragraphe 248(1) prévoit ce qui suit :

. . .

« agriculture » Sont compris dans l'agriculture [. . .] l'entretien de chevaux de course . . .

IV. *L'arrêt Moldowan*

[10] Comme dans la présente espèce, le contribuable en cause dans l'affaire *Moldowan* avait, en plus de ses autres sources de revenu, une entreprise agricole qui consistait à acheter, vendre et entretenir des chevaux de course. Il avait voulu déduire les pertes de l'entreprise agricole de ses autres revenus. Par application du par. 13(1) de la Loi (le présent par. 31(1)), le ministre avait limité à 5 000 \$ (la limite alors prévue) les pertes pouvant être déduites de ses autres sources de revenu. Notre Cour a maintenu cette limite. Selon le juge Dickson (plus tard Juge en chef) le par. 13(1) envisageait trois catégories de contribuables agriculteurs :

(1) le contribuable qui peut raisonnablement s'attendre à tirer de l'agriculture la plus grande partie de son revenu ou à ce que ce soit le centre de son travail habituel. Ce contribuable, dont l'agriculture est le gagne-pain, est exempté de la limite imposée par le par. 13(1) pour les années où il subit des pertes provenant de son exploitation agricole;

(2) le contribuable qui ne considère pas l'agriculture, ou l'agriculture et une source secondaire de revenu, comme son gagne-pain mais pour qui l'exploitation d'une ferme est une entreprise secondaire. Ce contribuable a droit aux déductions prévues au par. 13(1) au titre des pertes provenant d'une exploitation agricole;

(3) le contribuable qui ne considère pas l'agriculture, ou l'agriculture et une source secondaire de revenu, comme son gagne-pain et qui poursuit une activité agricole comme passe-temps. Les pertes de ce contribuable

on his non-business farming are not deductible in any amount. [pp. 487-88]

As Mr. Moldowan's farming business was a subordinate source of income in relation to his other sources of income, he fell into the second class of taxpayer and the farming loss deduction limitation was applicable.

V. *Gunn*

[11] *Moldowan* provides guidance as to the interpretation of s. 31(1). However, there has been criticism from the judiciary, academics and members of the profession over the three decades following *Moldowan* with respect to Dickson J.'s description of the second class of taxpayer who would be subject to the \$8,750 loss deduction limitation. (See, for example, D. K. McNair, *Taxation of Farmers and Fishermen* (1980), at p. 135; R. B. Thomas, "A Farm Loss with a Difference — The Farmer is Successful!" (1993), 41 *Can. Tax J.* 513, at pp. 514-15; *Hover v. M.N.R.*, [1993] 1 C.T.C. 2585 (T.C.C.), at pp. 2598-99, *per* Bowman T.C.C.J. (as he then was); *Hadley v. The Queen*, [1985] 1 C.T.C. 62 (F.C.T.D.); *The Queen v. Graham* (1985), 85 D.T.C. 5256 (F.C.A.), *per* Marceau J.A., dissenting; *Morrissey v. Canada*, [1989] 2 F.C. 418 (C.A.), *per* Mahoney J.A.; *Poirier (in bankruptcy) v. Minister of National Revenue* (1986), 2 F.T.R. 11, *per* Jerome A.C.J.; *Watt v. Minister of National Revenue*, 2001 FCA 72, 273 N.R. 201, *per* Sexton J.A.)

[12] The critics point out that the effect of the definition of the second class of taxpayer is that the taxpayer's chief source of income must be farming, the same as the first class of taxpayer, in order to avoid the loss deduction limitation of s. 31(1). In other words, *Moldowan* says that if farming is a subsidiary source of income in relation to the taxpayer's other sources of income, the loss deduction limitation will apply. The necessary implication is that in order for the limitation not to apply, farming must be the chief source of income, the same as for a taxpayer in the first class established in *Moldowan*. There is nothing in the text or context of s. 31(1) from which to infer that, in order to

provenant de son exploitation agricole qui ne constitue pas une entreprise, ne sont pas déductibles. [p. 487-488]

Puisque son entreprise agricole était une source secondaire de revenu par rapport aux autres sources de revenu, M. Moldowan appartenait à la deuxième catégorie de contribuables et la déduction pour pertes agricoles était assujettie à la limite prévue.

V. *L'arrêt Gunn*

[11] L'arrêt *Moldowan* donne des précisions sur l'interprétation du par. 31(1). Toutefois, au cours des trois décennies qui ont suivi cet arrêt, la définition que le juge Dickson a formulée de la deuxième catégorie de contribuables — pour laquelle la déduction pour pertes agricoles est limitée à 8 750 \$ — a suscité des critiques de la part de la magistrature, du milieu doctrinal et de la profession juridique. (Voir, notamment, D. K. McNair, *Taxation of Farmers and Fishermen* (1980), p. 135; R. B. Thomas, « A Farm Loss with a Difference — The Farmer is Successful! » (1993), 41 *Rev. fisc. can.* 513, p. 514-515; *Hover c. Canada (ministre du Revenu national – M.R.N.)*, [1992] A.C.I. n° 735 (QL), par. 59-64, le juge Bowman (plus tard Juge en chef de la C.C.I.); *Hadley c. The Queen*, [1985] 1 C.T.C. 62 (C.F. 1^{re} inst.); *The Queen c. Graham* (1985), 85 D.T.C. 5256 (C.A.F.), le juge Marceau, dissident; *Morrissey c. Canada*, [1989] 2 C.F. 418 (C.A.), le juge Mahoney; *Poirier (in bankruptcy) c. Minister of National Revenue* (1986), 2 F.T.R. 11, le juge en chef adjoint Jerome; *Watt c. Canada*, 2001 CAF 72 (CanLII), le juge Sexton.)

[12] Selon les critiques, cette définition de la deuxième catégorie de contribuables fait en sorte que, pour que la déductibilité des pertes agricoles ne soit pas limitée en application du par. 31(1), la principale source de revenu du contribuable doit être l'agriculture, comme pour la première catégorie. Autrement dit, l'arrêt *Moldowan* établit que si l'agriculture est une source secondaire de revenu par rapport aux autres sources du revenu du contribuable, la déduction sera limitée. Il s'ensuit nécessairement que, pour que la limite ne s'applique pas, l'agriculture doit être la principale source de revenu, tout comme pour les contribuables de la première catégorie établie dans *Moldowan*. Rien

avoid the loss deduction limitation of the provision, farming in relation to taxpayers' other sources of income has to be predominant, and could not be a subsidiary source.

[13] In 2006 in *Gunn*, Sharlow J.A. engaged in a thorough analysis of *Moldowan* and the legislative history of s. 31(1). While she endorsed most of Dickson J.'s reasoning, she disagreed with the portion of his analysis that has given rise to criticism, and that is at issue in this appeal. At para. 71, she stated:

Based on Justice Dickson's view of the combination question, that person cannot avoid the application of section 31 unless he can establish that his other source of income is subordinate to farming. But if he could establish that, he probably would be able to establish that farming is his chief source of income.

[14] In Sharlow J.A.'s view, Dickson J.'s judge-made rule was inconsistent with this Court's modern approach to the interpretation of the *Income Tax Act*. At para. 75, she cited *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, at para. 43:

This Court has consistently held that courts must therefore be cautious before finding within the clear provisions of the Act an unexpressed legislative intention Finding unexpressed legislative intentions under the guise of purposive interpretation runs the risk of upsetting the balance Parliament has attempted to strike in the Act.

[15] Sharlow J.A. answered the "combination" question by observing that the ordinary grammatical meaning of the term "combination" is comprehensible, and in ordinary language means an "addition" or "aggregation". Following this interpretation of the term "combination", Sharlow J.A. concluded, at para. 83:

In my view, the combination question should be interpreted to require only an examination of the cumulative effect of the aggregate of the capital invested in farming and a second source of income, the aggregate of the

dans le texte ou le contexte du par. 31(1) ne permet d'inférer que, pour faire obstacle à la limitation de la déduction pour pertes agricoles, il faut que l'agriculture soit une source de revenu prédominante par rapport aux autres sources de revenu du contribuable et qu'elle ne peut être une source subsidiaire.

[13] En 2006, dans *Gunn*, la juge Sharlow a analysé en profondeur l'arrêt *Moldowan* et l'historique législatif du par. 31(1). Bien qu'elle ait adhéré dans l'ensemble au raisonnement du juge Dickson, elle n'a pas souscrit à la partie de son analyse qui est en cause en l'espèce et qui a suscité des critiques. Elle indique ce qui suit au par. 71 :

Selon l'approche du juge Dickson quant à la question de la combinaison, cette personne ne peut pas échapper à l'application de l'article 31, sauf s'il [*sic*] établit que son autre source de revenu est accessoire à l'agriculture. Mais, si elle peut établir cela, elle est probablement en mesure d'établir que l'agriculture est sa principale source de revenu.

[14] Selon la juge Sharlow, la règle jurisprudentielle formulée par le juge Dickson ne cadrerait pas avec la méthode moderne d'interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* appliquée par notre Cour. Au paragraphe 75, la juge a cité le passage suivant de l'arrêt *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, par. 43 :

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 [. . .] 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.

[15] Concernant la question de la « combinaison », la juge Sharlow a souligné l'intelligibilité du sens grammatical ordinaire du mot qui, dans la langue courante, évoque une « addition » ou un « agrégat ». Après avoir ainsi interprété le mot « combinaison », elle a conclu comme suit au par. 83 :

À mon avis, la question de la combinaison doit être interprétée de manière à n'exiger qu'un examen de l'effet cumulatif du total du capital investi dans l'agriculture et dans une deuxième source de revenu, du total du

income derived from farming and a second source of income, and the aggregate of the time spent on farming and on the second source of income, considered in the light of the taxpayer's ordinary mode of living, farming history, and future intentions and expectations.

Applying her interpretation of the combination test, Sharlow J.A. found that Mr. Gunn's chief source of income was a combination of farming and the practice of law. At para. 92, she stated:

For the reasons explained in the discussion above, I would have adopted a more generous interpretation of the combination question in section 31 that requires an aggregation of the various relevant economic factors (capital, income and time), leading to the conclusion that Mr. Gunn's chief source of income is a combination of farming and the practice of law.

[16] In the present case, Hershfield T.C.C.J. followed *Gunn*, allowed Mr. Craig's appeal and determined that the loss deduction limitation in s. 31(1) did not apply. The Federal Court of Appeal dismissed the Minister's appeal.

VI. Issues

[17] The main issue in this appeal is whether this Court should overrule *Moldowan*. Before dealing with that issue, however, it is necessary to address a preliminary concern raised by the Crown.

VII. Analysis

A. *Should the Tax Court and the Federal Court of Appeal Have Followed Moldowan or Gunn?*

[18] There is no doubt that Dickson J.'s interpretation of s. 13(1) in *Moldowan*, is a precedent binding on the Federal Court of Appeal and the Tax Court of Canada. While *Gunn* agreed with much of what Dickson J. wrote in *Moldowan*, on the crucial question of whether farming as a source of income

revenu tiré de l'agriculture et d'une deuxième source de revenu, et du total du temps consacré à l'agriculture et à la seconde source de revenu, compte tenu du mode de vie ordinaire du contribuable, de son expérience de l'agriculture, enfin de ses intentions et de ses attentes.

Applicant son interprétation du critère relatif à la combinaison, la juge Sharlow a conclu que la principale source de revenu de M. Gunn était constituée de la combinaison de l'agriculture et de l'exercice de sa profession juridique. Elle s'est exprimée en ces termes au par. 92 :

Pour les motifs donnés dans mon analyse ci-dessus, j'aurais adopté une interprétation plus libérale de la question de la combinaison dont parle l'article 31, une interprétation qui commande d'agréger les divers facteurs économiques pertinents (capital, revenu et temps), et donc conclu que la principale source de revenu de M. Gunn est une combinaison de ses activités agricoles et juridiques.

[16] En l'espèce, le juge Hershfield de la C.C.I. a appliqué l'arrêt *Gunn*, accueilli l'appel de M. Craig et établi qu'il n'y avait pas lieu de limiter la déductibilité des pertes agricoles sous le régime du par. 31(1). La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel du ministre.

VI. Les questions en litige

[17] La principale question en litige en l'espèce est de savoir si notre Cour devrait écarter l'arrêt *Moldowan*. Avant d'examiner cette question cependant, il est nécessaire d'aborder une question préliminaire soulevée par le représentant du ministère public.

VII. Analyse

A. *Fallait-il que la Cour canadienne de l'impôt et la Cour d'appel fédérale suivent l'arrêt Moldowan ou qu'elles suivent l'arrêt Gunn?*

[18] Il ne fait aucun doute que l'interprétation du par. 13(1) faite par le juge Dickson dans *Moldowan* est un précédent ayant force obligatoire pour la Cour d'appel fédérale et la Cour canadienne de l'impôt. Bien que dans *Gunn* la Cour d'appel fédérale ait souscrit dans une large mesure aux motifs

could be subordinate to another source and still avoid the loss deduction limitation of s. 31(1), *Gunn* departed from *Moldowan*, a precedent binding on the Federal Court of Appeal.

[19] One of the fallouts from *Gunn* is that it left the Tax Court of Canada and the Federal Court of Appeal itself in the difficult position of facing two inconsistent precedents and having to decide which one to follow. The uncertainty which the application of precedent is intended to preclude is seen in the decisions since *Gunn*, in which the Tax Court has acknowledged *Moldowan* as the leading case while also feeling bound to follow *Gunn*: *Stackhouse v. R.*, 2007 TCC 146, [2007] 3 C.T.C. 2402; *Falkener v. R.*, 2007 TCC 514, [2008] 2 C.T.C. 2231; *Loyens v. R.*, 2008 TCC 486, [2009] 1 C.T.C. 2547; *Johnson v. The Queen*, 2009 TCC 383, 2009 D.T.C. 1245; *Scharfe v. The Queen*, 2010 TCC 39, 2010 D.T.C. 1078; and *Turbide v. The Queen*, 2011 TCC 371, 2011 D.T.C. 1347. And of course the Federal Court of Appeal followed *Gunn* in the instant case.

[20] It may be that *Gunn* departed from *Moldowan* because of the extensive criticism of *Moldowan*. Indeed, Dickson J. himself acknowledged that the section was “an awkwardly worded and intractable section and the source of much debate” (p. 482). Further, that provision had not come before the Supreme Court for review in the three decades since *Moldowan* was decided.

[21] But regardless of the explanation, what the court in this case ought to have done was to have written reasons as to why *Moldowan* was problematic, in the way that the reasons in *Gunn* did, rather than purporting to overrule it.

[22] The Federal Court of Appeal, on the basis of its prior decision in *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149, in which that court reaffirmed the rule that it would normally be bound by its own previous decisions, followed *Gunn*, and not *Moldowan*. The application of *Miller* and the question of whether the Federal

du juge Dickson dans l’arrêt *Moldowan*, précédent qui la liait, elle s’en est écartée sur la question capitale de savoir si des activités agricoles constituant une source de revenu secondaire permettent d’échapper à la limitation de la déductibilité des pertes opérée par le par. 31(1).

[19] D’ailleurs, l’arrêt *Gunn* a notamment eu comme conséquence de poser à la Cour canadienne de l’impôt et à la Cour d’appel fédérale elle-même l’épineux problème d’avoir à choisir entre deux précédents contradictoires. On peut voir à l’œuvre, dans les décisions postérieures à *Gunn*, l’incertitude que l’application du précédent vise à éviter; la Cour canadienne de l’impôt a reconnu que l’arrêt *Moldowan* fait autorité, mais s’est sentie tenue de suivre *Gunn* : *Stackhouse c. La Reine*, 2007 CCI 146 (CanLII); *Falkener c. La Reine*, 2007 CCI 514 (CanLII); *Loyens c. La Reine*, 2008 CCI 486 (CanLII); *Johnson c. La Reine*, 2009 CCI 383 (CanLII); *Scharfe c. La Reine*, 2010 CCI 39 (CanLII); et *Turbide c. La Reine*, 2011 CCI 371 (CanLII). Et, bien sûr, la Cour d’appel fédérale a suivi *Gunn* dans la présente affaire.

[20] C’est peut-être en raison des nombreuses critiques suscitées par l’arrêt *Moldowan* que l’arrêt *Gunn* s’en est écarté. Du reste, le juge Dickson lui-même a reconnu que la disposition en cause était « un paragraphe difficile, mal formulé et très controversé » (p. 482). En outre, cette disposition n’a pas été soumise à l’examen de notre Cour pendant les trois décennies qui ont suivi *Moldowan*.

[21] Mais peu importe l’explication fournie, la cour d’appel en l’espèce se devait d’exposer dans ses motifs ce qu’elle considérait problématique dans *Moldowan*, comme elle l’avait fait dans *Gunn*, au lieu de l’écarter.

[22] Sur le fondement de son arrêt *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370 (CanLII), dans lequel elle a confirmé la règle portant qu’elle est normalement liée par ses propres décisions, la Cour d’appel fédérale a suivi *Gunn* et non *Moldowan*. La question de savoir si la Cour d’appel fédérale devait appliquer l’arrêt

Court of Appeal should have followed *Gunn* simply did not arise, in view of the *Moldowan* Supreme Court precedent.

[23] The Federal Court of Appeal's purported overruling of *Moldowan* does not, however, affect the merits of this appeal or the core question of whether *Moldowan* should in fact be overruled.

B. *Should This Court Overrule Moldowan?*

[24] The question of whether this Court should overrule one of its own prior decisions was addressed recently in *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3. At paragraph 56, Chief Justice McLachlin and LeBel J., in joint majority reasons, noted that overturning a precedent of this Court is a step not to be lightly undertaken. This is especially so when the precedent represents the considered views of firm majorities (para. 57).

[25] Nonetheless, this Court has overruled its own decisions on a number of occasions. (See *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1353, *per* Lamer C.J., for the majority; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683.) However, the Court must be satisfied based on compelling reasons that the precedent was wrongly decided and should be overruled. (See *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 665; *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville*, [1982] 2 S.C.R. 518, at p. 527; *Hamstra (Guardian ad litem of) v. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 S.C.R. 1092, at paras. 18-19; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 44.)

[26] Courts must proceed with caution when deciding to overrule a prior decision. In *Queensland v. Commonwealth* (1977), 139 C.L.R. 585 (H.C.A.), at p. 599, Justice Gibbs articulated the required approach succinctly:

No Justice is entitled to ignore the decisions and reasoning of his predecessors, and to arrive at his own judgment as though the pages of the law reports were blank, or as though the authority of a decision did not survive beyond the rising of the Court. A Justice,

Miller et suivre *Gunn* ne se posait tout simplement pas, compte tenu du précédent établi par la Cour suprême dans *Moldowan*.

[23] La décision de la Cour d'appel fédérale d'écarter l'arrêt *Moldowan* ne touche toutefois en rien le bien-fondé du pourvoi ni la question principale de savoir si l'arrêt *Moldowan* doit effectivement être écarté.

B. *Notre Cour devrait-elle écarter l'arrêt Moldowan?*

[24] Notre Cour a récemment examiné, dans *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, si elle devait écarter l'une de ses propres décisions. Au paragraphe 56, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel soulignent, dans leurs motifs conjoints pour la majorité, qu'il ne convient pas d'écarter un précédent à la légère. C'est particulièrement vrai lorsque le précédent exprime l'avis réfléchi de majorités claires (par. 57).

[25] Il est malgré tout arrivé à plusieurs reprises que la Cour écarte ses propres décisions. (Voir *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, p. 1353, le juge en chef Lamer pour la majorité; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683.) Il lui faut toutefois être convaincue, pour des raisons impérieuses, que la décision est erronée et qu'elle devrait être écartée. (Voir *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 665; *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518, p. 527; *Hamstra (Tuteur à l'instance de) c. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 R.C.S. 1092, par. 18-19; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 44.)

[26] La prudence est de mise lorsqu'il s'agit de décider de rompre avec une décision antérieure. Dans *Queensland c. Commonwealth* (1977), 139 C.L.R. 585 (H.C.A.), p. 599, le juge Gibbs a articulé de façon concise l'approche qui s'impose:

[TRADUCTION] Nul juge ne peut ignorer les décisions et le raisonnement de ses prédécesseurs et arriver à ses propres conclusions comme si la jurisprudence n'existait pas, ou qu'une décision cessait d'être opposable dès l'ajournement d'une session. Contrairement au

unlike a legislator, cannot introduce a programme of reform which sets at nought decisions formerly made and principles formerly established. It is only after the most careful and respectful consideration of the earlier decision, and after giving due weight to all the circumstances, that a Justice may give effect to his own opinions in preference to an earlier decision of the Court.

[27] The vertical convention of precedent is not at issue with respect to the decision as to whether the Supreme Court should overrule one of its own precedents. Rather, in making this decision the Supreme Court engages in a balancing exercise between the two important values of correctness and certainty. The Court must ask whether it is preferable to adhere to an incorrect precedent to maintain certainty, or to correct the error. Indeed, because judicial discretion is being exercised, the courts have set down, and academics have suggested, a plethora of criteria for courts to consider in deciding between upholding precedent and correcting error. (See *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at pp. 850-61; *Chaulk*, at p. 1353; *Henry*, at paras. 45-46.)

[28] In this case, I am of the opinion that relevant considerations justify overruling *Moldowan*. First, *Moldowan* essentially read the combination test out of s. 31(1). In finding that taxpayers in the second class were subject to the loss deduction limitation where farming as a source of income was a sideline or subordinate to another source of income, the necessary inference was that farming had to be the taxpayer's chief source of income. However, the section provides two distinct exceptions to its loss deduction limitation. One is where farming is the taxpayer's chief source of income. The second is where the taxpayer's chief source of income is a combination of farming and some other source of income. By requiring that the second exception apply only where the other source of income was subordinate to the farming source of income, *Moldowan* collapsed the second exception into the first. Having regard to the words of the provision, these are two separate exceptions to the loss deduction limitation and each must be given meaning.

législateur, le juge ne peut entreprendre une réforme qui réduit à néant les décisions antérieures et les principes établis précédemment. Ce n'est qu'après avoir examiné la décision antérieure de la cour le plus attentivement et le plus respectueusement possible, et après avoir dûment considéré toutes les circonstances, que le juge peut faire primer sa propre opinion sur elle.

[27] Lorsque la Cour suprême examine s'il y a lieu d'écarter l'une de ses propres décisions, ce n'est pas la convention verticale du précédent qui est en jeu. La Cour cherche plutôt alors à mettre en balance deux valeurs importantes, celles de la justice et de la certitude. Elle doit déterminer s'il faut privilégier la certitude et maintenir un précédent erroné ou s'il faut rectifier l'erreur. Et, parce que cela suppose l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, une multitude de critères ont été établis par les tribunaux ou proposés par les auteurs pour la résolution de cette alternative. (Voir *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, p. 850-861; *Chaulk*, p. 1353; *Henry*, par. 45-46.)

[28] J'estime que les facteurs applicables en l'espèce justifient d'écarter l'arrêt *Moldowan*. Premièrement, *Moldowan* a essentiellement eu pour effet d'exclure du par. 31(1) le critère de la combinaison. Puisqu'il a établi que les contribuables de la deuxième catégorie sont assujettis à la limitation de la déductibilité des pertes agricoles lorsque l'agriculture est une entreprise ou une source de revenu secondaire, il faut nécessairement inférer que l'agriculture doit être la principale source de revenu du contribuable. La disposition législative prévoit pourtant deux exceptions distinctes à la limitation de la déduction pour pertes agricoles. L'une s'applique lorsque l'agriculture est la principale source de revenu du contribuable, et l'autre, lorsque l'agriculture, en combinaison avec une autre source de revenu, forme la principale source de revenu. En exigeant que la seconde exception ne s'applique que lorsque l'autre source de revenu est secondaire par rapport à l'agriculture, *Moldowan* l'a amalgamée à la première. Or, la disposition, telle qu'elle est formulée, crée deux exceptions distinctes à la limitation de la déductibilité des pertes agricoles, et il faut donner un sens à chacune d'elles.

[29] Second, there has been significant judicial, academic and other criticism of *Moldowan* from its issuance in 1977. In light of this criticism, it is appropriate for this Court to take notice and acknowledge the difficulties identified with the *Moldowan* interpretation of s. 31(1).

[30] Third, since *Moldowan*, this Court has held on a number of occasions that unexpressed legislative intention under the guise of purposive interpretation is to be avoided (*Shell*, at para. 43). There is no doubt that s. 31(1) is, as Dickson J. recognized, an awkwardly worded and intractable section and the source of much debate. Nonetheless, the section is clear that two distinct exceptions to the loss deduction limitation can be identified. A judge-made rule that reads one of the exceptions out of the provision is not consistent with the words used by Parliament.

[31] For these reasons I am of the respectful opinion that the *Moldowan* approach to the combination question is incorrect and that it is appropriate for this Court to revisit this aspect of the interpretation of s. 31.

C. *The Interpretation of Section 31(1)*

[32] I have explained why I am of the view that the interpretation of s. 31(1) in *Moldowan* cannot stand. It is therefore up to this Court now to approach the question afresh.

[33] While the *Moldowan* interpretation cannot stand, it is important to bear in mind that substituting a different combination test must not render s. 31(1) incapable of application. Dickson J. was mindful that a simple aggregation of two sources of income would yield just such a result. As he explained in *Moldowan*, at p. 487:

It is clear that “combination” in s. 13 cannot mean simple addition of two sources of income for any taxpayer. That would lead to the result that a taxpayer could combine his farming loss with his most important other source of income, thereby constituting his chief

[29] Deuxièmement, d’importantes critiques, notamment judiciaires et doctrinales, ont été formulées au sujet de l’arrêt *Moldowan* depuis qu’il a été rendu en 1977. Il convient que notre Cour prenne en considération les problèmes relevés en rapport avec l’interprétation du par. 31(1) formulée dans cet arrêt.

[30] Troisièmement, depuis *Moldowan*, notre Cour a affirmé plus d’une fois qu’il fallait éviter de conclure à l’existence d’une intention non exprimée par le législateur sous couvert d’une interprétation téléologique (*Shell*, par. 43). Certes, le par. 31(1) est difficile, mal formulé et très controversé, comme le juge Dickson l’a reconnu. Mais l’article établit clairement l’existence de deux exceptions distinctes à la déductibilité limitée des pertes agricoles. Une règle jurisprudentielle excluant du par. 31(1) l’une des exceptions n’est pas conforme au libellé employé par le législateur.

[31] Pour ces motifs, j’estime respectueusement que la démarche relative à la question de la combinaison suivie dans l’arrêt *Moldowan* est incorrecte et qu’il convient que notre Cour réexamine l’interprétation de l’art. 31.

C. *L’interprétation du par. 31(1)*

[32] J’ai expliqué pourquoi je pense que l’interprétation du par. 31(1) faite dans *Moldowan* ne peut être maintenue. Il faut donc à présent que la Cour la reprenne du début.

[33] Bien que l’interprétation établie dans l’arrêt *Moldowan* doive être écartée, il faut garder à l’esprit que la formulation d’un nouveau critère relatif à la combinaison ne doit pas faire en sorte qu’il soit impossible d’appliquer le par. 31(1). Le juge Dickson avait conscience que la simple addition de deux sources de revenus produirait un tel résultat. Il a expliqué ce qui suit dans l’arrêt *Moldowan*, p. 487 :

Il est clair que le mot « combinaison » utilisé à l’art. 13 ne vise pas la simple addition des deux sources de revenu d’un contribuable. En ce cas en effet, un contribuable pourrait combiner les pertes provenant de son exploitation agricole et sa plus importante source de

source. I do not think s. 13(1) can be properly so construed. Such a construction would mean that the limitation of the section would never apply and, in every case, the taxpayer could deduct the full amount of farming losses.

[34] In 1974, prior even to the decision in *Moldowan*, tax lawyer Brian Felesky grappled with the very matter that is at issue in this appeal, summarizing the history of judicial attempts to interpret s. 31(1) (“Hobby Farm Losses” in *Report of Proceedings of the Twenty-Sixth Tax Conference* (1974), 625). He concluded that the judicial approach to s. 31(1) was in the nature of an “occupation test”. Under this test, the amount of capital, time, effort and commitment invested into the source of income, and the taxpayer’s general emphasis on that source of income indicated whether that source of income was the chief source of income. As he explained, the *Income Tax Act* provides that a “source of income” is property, business, or employment, but the “chief source” is the property, business, or employment from which the taxpayer reasonably expects the bulk of his income to come.

[35] Dickson J.’s approach in *Moldowan* is somewhat similar, taking into account the taxpayers time spent, capital commitment and potential profitability. At p. 486, he stated:

The distinguishing features of “chief source” are the taxpayer’s reasonable expectation of income from his various revenue sources and his ordinary mode and habit of work. These may be tested by considering, *inter alia* in relation to a source of income, the time spent, the capital committed, the profitability both actual and potential.

[36] In *Gunn*, Sharlow J.A., also an experienced tax practitioner before her judicial career, adopted the same general approach as Mr. Felesky, although she does not label it an “occupation test”. As noted above, she stated:

revenu, constituant de ce fait sa principale source. Je ne pense pas que ce soit la bonne interprétation du par. 13(1). En réalité, cela signifierait que la limite prévue à cet article ne serait jamais applicable et que, dans chaque cas, le contribuable pourrait déduire l’intégralité des pertes provenant de son exploitation agricole.

[34] En 1974, avant même que l’arrêt *Moldowan* soit rendu, l’avocat fiscaliste Brian Felesky s’était attaqué à la question précise qui se pose en l’espèce, et avait résumé les tentatives d’interprétation jurisprudentielle du par. 31(1) qui s’étaient succédées (“Hobby Farm Losses” dans *Report of Proceedings of the Twenty-Sixth Tax Conference* (1974), 625). Il a conclu que les tribunaux devaient, pour l’interprétation du par. 31(1), recourir à un cadre d’analyse s’apparentant à un [TRADUCTION] « critère de l’activité professionnelle ». Suivant un tel critère, le capital, le temps et les efforts qu’un contribuable a consacrés à une source de revenu ainsi que l’intérêt et l’importance générale qu’il y a attachés seraient indicatifs d’une source principale de revenu. Comme il l’a expliqué, la *Loi de l’impôt sur le revenu* établit qu’une « source de revenu » est un bien, une entreprise ou un emploi, mais la « principale source » s’entend du bien, de l’entreprise ou de l’emploi dont le contribuable s’attend raisonnablement à tirer la plus grande partie de son revenu.

[35] Le juge Dickson a tenu un raisonnement assez semblable dans *Moldowan*, prenant en compte les facteurs que sont le temps que le contribuable a consacré, les capitaux qu’il a engagés et la rentabilité future. Il a indiqué ce qui suit, p. 486 :

Ce qui distingue la principale « source » de revenu du contribuable, c’est l’expectative raisonnable de revenu en provenance des diverses sources, ainsi que ses habitudes et sa façon coutumière de travailler. On peut analyser ces éléments, notamment à l’égard de chaque source de revenu, en examinant le temps consacré à celle-ci, les capitaux engagés et la rentabilité présente et future.

[36] Dans *Gunn*, la juge Sharlow, qui avait elle aussi exercé en droit fiscal avant d’accéder à la magistrature, a tenu le même raisonnement général que M. Felesky, mais sans lui donner le nom de « critère de l’activité professionnelle ». Tel qu’indiqué précédemment, elle explique :

In my view, the combination question should be interpreted to require only an examination of the cumulative effect of the aggregate of the capital invested in farming and a second source of income, the aggregate of the income derived from farming and a second source of income, and the aggregate of the time spent on farming and on the second source of income, considered in the light of the taxpayer's ordinary mode of living, farming history, and future intentions and expectations. This would avoid the judge-made test that requires farming to be the predominant element in the combination of farming with the second source of income, which in my view is a test that cannot stand with subsequent jurisprudence. It would result in a positive answer to the combination question if, for example, the taxpayer has invested significant capital in a farming enterprise, the taxpayer spends virtually all of his or her working time on a combination of farming and the other principal income-earning activity, and the taxpayer's day to day activities are a combination of farming and the other income-earning activity, in which the time spent in each is significant. [para. 83]

[37] All of these authorities support the idea that s. 31(1) does not contemplate a simple aggregation of two sources of income, but requires a wider inquiry into the amount of capital, time, effort, commitment and general emphasis on the part of the taxpayer with respect to the sources of income. There is no requirement that the two sources of income must be connected in order to meet the combination test.

[38] However, before going further, two considerations must be borne in mind. First, it is necessary to interpret the provision having regard to its text, context and purpose (*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at para. 55). Nonetheless, purposive interpretation cannot justify finding unexpressed legislative intentions. (See *Shell*, at para. 43.) Second, the question as to whether the combination of farming and some other source of income constitutes the taxpayer's chief source of income is a fact-based determination.

[39] I see nothing in the words or context in s. 31(1) to support the proposition that farming must be the predominant source of income when viewed in combination with another source, in order to avoid the loss deduction limitation of the section.

À mon avis, la question de la combinaison doit être interprétée de manière à n'exiger qu'un examen de l'effet cumulatif du total du capital investi dans l'agriculture et dans une deuxième source de revenu, du total du revenu tiré de l'agriculture et d'une deuxième source de revenu, et du total du temps consacré à l'agriculture et à la seconde source de revenu, compte tenu du mode de vie ordinaire du contribuable, de son expérience de l'agriculture, enfin de ses intentions et de ses attentes. On évitera ainsi d'appliquer le critère jurisprudentiel selon lequel l'agriculture doit être l'élément prédominant de la combinaison de l'agriculture et de la seconde source de revenu, un critère qui à mon avis a été mis à mal par la jurisprudence ultérieure. Il y aurait une réponse positive à la question de la combinaison si, par exemple, le contribuable a investi une somme appréciable dans une entreprise agricole, s'il consacre la quasi-totalité de son temps de travail à la fois à l'agriculture et à l'autre activité principale lucrative, et si ses activités quotidiennes combinent l'agriculture et l'autre activité lucrative, le temps consacré à chacune étant important. [par. 83]

[37] Toutes sources doctrinales et jurisprudentielles étayaient l'idée que le par. 31(1) n'envisage pas simplement l'addition de deux sources de revenu mais exige un examen plus étendu du capital, du temps, des efforts que le contribuable a consacré à ses sources de revenu ainsi que de l'intérêt et de l'importance qu'il y attache. Le respect du critère de la combinaison n'exige pas que les deux sources de revenu soient reliées entre elles.

[38] Avant d'aller plus loin, cependant, deux observations s'imposent. Premièrement, la disposition doit s'interpréter en fonction de son texte, de son contexte et de son objet (*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, par. 55). L'interprétation téléologique ne saurait toutefois justifier de conclure à l'existence d'intentions législatives non exprimées. (Voir *Shell*, par. 43.) Deuxièmement, la question de savoir si la combinaison de l'agriculture et d'une autre source de revenu constitue la principale source de revenu d'un contribuable est tranchée en fonction des faits.

[39] Rien dans le libellé ou le contexte du par. 31(1) ne permet selon moi d'affirmer que, pour que la déductibilité des pertes agricoles ne soit pas limitée, il faut que, dans la combinaison avec une autre source de revenu, l'agriculture prédomine. Il

It is also not possible to relegate s. 31(1) to applying only to “hobby” or “gentleman” farmers because, for a loss to be deductible at all, farming must be a source of income. A taxpayer who is engaged in farming in a non-commercial manner, with no profit or intention to profit, does not have a source of income from farming and therefore no loss for income tax purposes, limited or not (*Stewart v. Canada*, 2002 SCC 46, [2002] 2 S.C.R. 645, at paras. 51-54).

[40] The provision is addressed to losses from farming businesses. There is no loss deduction limitation where farming is the taxpayer’s chief source of income. That implies that such a taxpayer is investing significant funds and spending considerable time in that business. Otherwise, it is difficult to see such a business as a chief source of income.

[41] I do not think that characterization of farming changes under the combination test. The provision still contemplates that the taxpayer will devote significant time and resources to the farming business, even if he or she will also devote significant time and possibly resources to another business or employment. It seems to me that, as long as the taxpayer devotes considerable time and resources to the farming business, the fact that another source of income produces greater income than the farm does not mean that such a combination is not a chief source of income for the taxpayer.

[42] The approach to the combination question described by Mr. Felesky, Dickson J. and Sharlow J.A., makes sense. It is grounded in the words of s. 31(1), which limits only a taxpayer’s losses “from all farming businesses” where the taxpayer’s chief source of income for a taxation year is neither farming nor a combination of farming and some other source of income. With respect to the combination, a simple aggregation of income from two sources cannot have been contemplated by the section, meaning that factors other than two sources of income alone must be taken into account. The

n’est pas non plus possible de restreindre l’application du par. 31(1) aux contribuables pour qui l’agriculture n’est qu’un « passe-temps » ou un « loisir », parce que, pour qu’une perte agricole soit déductible, il faut d’abord que l’agriculture soit une source de revenu. Or, du point de vue fiscal, elle n’est pas une source de revenu si les activités agricoles du contribuable ne sont pas commerciales, ne génèrent pas de profit ou ne visent pas la réalisation d’un profit, de sorte qu’il ne peut y avoir perte agricole, limitée ou non (*Stewart c. Canada*, 2002 CSC 46, [2002] 2 R.C.S. 645, par. 51-54).

[40] La disposition concerne les pertes d’entreprises agricoles. Leur déductibilité n’est pas limitée lorsque l’agriculture est la principale source de revenu du contribuable; cela suppose que celui-ci y consacre des capitaux substantiels et beaucoup de temps, car il est difficile, autrement, de considérer une telle entreprise comme une source principale de revenu.

[41] Je ne crois pas que le critère de la combinaison modifie cette définition de l’activité agricole. On voit encore dans la disposition que le contribuable doit consacrer beaucoup de temps et de ressources à l’entreprise agricole, même s’il doit également consacrer un temps appréciable et, peut-être, des ressources substantielles à une autre entreprise ou un emploi. Dès lors que le contribuable consacre beaucoup de temps et de ressources à l’entreprise agricole, le fait qu’une autre source de revenu soit plus lucrative ne signifie pas, il me semble, que le revenu du contribuable ne provient pas principalement d’une telle combinaison.

[42] Cette conception de la combinaison exposée par M. Felesky et par les juges Dickson et Sharlow est logique. Elle est fondée sur le texte du par. 31(1), qui ne limite les pertes d’un contribuable « provenant de toutes les entreprises agricoles » que lorsque son revenu pour une année d’imposition ne provient principalement ni de l’agriculture ni d’une combinaison de l’agriculture et de quelque autre source. Relativement à la combinaison, la disposition n’a pu l’envisager comme la simple addition de revenus provenant de deux sources, de sorte que d’autres facteurs que les deux sources doivent aussi

factors identified by Sharlow J.A., namely, the capital invested in farming and the second source of income, the income from each of the two sources of income, the time spent on the two sources of income, and the taxpayer's ordinary mode of living, farming history, and future intentions and expectations, are all factors involved in running a farming business together with another source of income. If these factors tend to show that the taxpayer places significant emphasis on both his farming and non-farming sources of income, there is no reason that such a combination should not constitute a chief source of income, avoiding the application of the loss deduction limitation of s. 31(1). The determination is a factual one for the trial judge.

[43] Such an interpretation is consistent with the general policy of the *Income Tax Act* that, subject to specific exceptions, taxpayers may offset losses from one business or source of income against profits from another without limitation (*Gunn*, at para. 20, citing *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147, at para. 53). The only restriction in the case of farming losses is that the combination must constitute the taxpayer's chief source of income. This does not imply that either source of income by the taxpayer need be the predominant source. But it does imply that they must be significant endeavours of the taxpayer.

VIII. Application

[44] For s. 31 to apply and for a farming loss to be deductible at all, farming must be a source of income. At trial, the Crown conceded that Mr. Craig's horse-racing operation was a business, as opposed to a personal endeavour, on the test articulated in *Stewart*. Accordingly, the trial judge did not have to engage in a *Stewart* analysis of the facts to determine whether Mr. Craig's horse-racing operation was a source of income, but accepted that it was a business and not a personal endeavour

entrer en ligne de compte. Ceux qu'a énumérés la juge Sharlow, à savoir le capital investi dans l'agriculture et dans la deuxième source de revenu, le revenu tiré de chacune de ces sources de revenu, le temps consacré aux deux sources de revenu et le mode de vie ordinaire du contribuable, son expérience de l'agriculture et ses intentions et attentes, sont tous des facteurs que l'on retrouve lorsqu'un contribuable exploite une entreprise agricole en ayant une autre source de revenu. Si ces facteurs tendent à démontrer que le contribuable accorde une importance considérable tant à son entreprise agricole qu'aux sources de revenu non agricoles, il n'y a pas de raison de considérer qu'une telle combinaison ne constitue pas une source principale de revenu permettant d'échapper à la déductibilité limitée des pertes agricoles prévue au par. 31(1). Il s'agit d'une appréciation factuelle relevant du juge de première instance.

[43] Cette interprétation est conforme à l'économie générale de la *Loi de l'impôt sur le revenu* suivant laquelle, sous réserve de certaines exceptions précises, le contribuable peut déduire les pertes afférentes à une entreprise ou à une source de revenu des profits tirés d'une autre entreprise ou source de revenu (*Gunn*, par. 20, renvoyant à *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147, par. 53). En cas de pertes agricoles, la seule restriction est que le revenu du contribuable provienne principalement de la combinaison. Cela ne veut pas dire que l'une ou l'autre source de revenu doit prédominer, mais cela suppose qu'elles doivent constituer des activités importantes du contribuable.

VIII. Application

[44] Pour que l'art. 31 s'applique et pour qu'une perte agricole soit déductible, il faut d'abord que l'agriculture soit une source de revenu. En première instance, le ministère public a reconnu que, compte tenu du critère formulé dans *Stewart*, l'exploitation de chevaux de course constituait une entreprise et non une activité personnelle. Le juge n'avait donc pas à effectuer l'analyse des faits requise par *Stewart* pour déterminer si cette exploitation constituait une source de revenu, et il a reconnu

(paras. 41-42). I see no reason to disturb this conclusion.

[45] Since the horse-racing activities were a source of income, it remains to determine whether to apply the loss deduction limitation in s. 31(1). Taking a contextual approach to the combination question, the relevant factors to consider are the capital invested in farming and the second source of income; the income from each of the two sources of income; the time spent on the two sources of income; and the taxpayer's ordinary mode of living, farming history, and future intentions and expectations. The approach must be flexible, recognizing that not each factor need be significant. The question is whether, looking at these factors together, the taxpayer places significant emphasis on each of the farming business and other earning activity; and if so, the combination will constitute a chief source of income and avoid the loss deduction limitation of s. 31(1).

[46] Hershfield T.C.C.J. found that the relevant factors, other than demonstrated profitability, clearly pointed to Mr. Craig's farming business being more than a sideline business (para. 76). Even though Mr. Craig derived his principal income from the practice of law and the total hours spent at his law practice exceeded that devoted to the farming business, he devoted both a material amount of capital and a very significant part of his daily work routine to the farming business (para. 76). Hershfield T.C.C.J. found that the horse-racing business was pursued as a major business preoccupation. Mr. Craig's mornings, evenings and weekends were consumed by a dedication to enhancing the potential profitability of the operation, which was more than a distraction from his normal mode of living or an entertainment or sport (para. 76). Further, Mr. Craig was involved in his farming business beyond the stable and track. Hershfield T.C.C.J. gave weight to the fact that Mr. Craig was an active member of and contributor to the community of standard-bred racing (para. 77). He worked

qu'elle constituait une entreprise et non pas une activité personnelle (par. 41-42). Je ne vois nulle raison de modifier cette conclusion.

[45] Puisque les activités relatives aux courses de chevaux constituaient une source de revenu, il reste à déterminer s'il y a lieu d'appliquer le par. 31(1) et de limiter la déductibilité des pertes agricoles. Les facteurs à prendre en compte dans l'analyse contextuelle de la question de la combinaison sont le capital investi dans l'entreprise agricole et dans la deuxième source de revenu, le revenu tiré de chacune des deux sources, le temps consacré aux deux sources de revenu et le mode de vie ordinaire du contribuable, son expérience de l'agriculture et ses intentions et attentes. La démarche doit rester souple et reconnaître que certains facteurs peuvent ne pas être importants. L'examen de l'ensemble de ces facteurs permettra au juge de déterminer si le contribuable accorde une importance significative à l'entreprise agricole et à l'autre activité lucrative; si c'est le cas, son revenu proviendra principalement de la combinaison de ces activités de sorte que la déductibilité des pertes agricoles ne sera pas limitée en application du par. 31(1).

[46] Le juge Hershfield de la C.C.I. a conclu que les facteurs pertinents autres que celui de la rentabilité établie indiquaient clairement que l'entreprise agricole de M. Craig était plus qu'une entreprise secondaire (par. 76). Même si la principale source de revenu de M. Craig provenait de l'exercice du droit et que le nombre d'heures total qu'il y consacrait était supérieur au temps consacré à son entreprise agricole, il investissait des capitaux importants dans cette entreprise et une grande partie de son travail quotidien y passait (par. 76). Le juge Hershfield a conclu que l'entreprise de course de chevaux était une préoccupation majeure sur le plan des affaires; M. Craig passait ses matinées, soirées et fins de semaine à chercher à en accroître la rentabilité future. L'entreprise n'était pas qu'un exutoire à son mode de vie normal, ni un divertissement ou un sport (par. 76). En outre, l'intérêt que portait M. Craig à son entreprise agricole ne se limitait pas à l'écurie et aux pistes de course. Le juge Hershfield a pris en compte le fait que M. Craig était un membre actif du monde des courses

to improve the integrity of standard-bred racing so as to improve the potential profitability of his operation. His knowledge of the horse-racing competitions that were important for profitability was sufficient to place him as chairperson of the industry's appeal board (para. 77). For these reasons, Hershfield T.C.C.J. determined that the horse-racing operation was a chief source of income on the basis of its contribution to the combination test in s. 31(1).

[47] Having considered the relevant factors, Hershfield T.C.C.J. found that farming, in combination with Mr. Craig's law practice, was a chief source of income, and that the loss deduction limitation in s. 31(1) did not apply to the facts. There is no basis for this Court to disturb Hershfield T.C.C.J.'s factual conclusion and his finding that the loss deduction limitation was not applicable.

IX. Conclusion

[48] I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

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

Solicitors for the respondent: Goodmans, Toronto.

de chevaux standardbred et y apportait sa contribution (par. 77). Il cherchait à améliorer l'intégrité de ces courses afin d'accroître la rentabilité future de ses activités. Sa connaissance des compétitions importantes pour la rentabilité était suffisante pour lui permettre de devenir président de la commission d'appel de l'industrie (par. 77). Pour ces motifs, le juge Hershfield a estimé que les activités liées aux courses de chevaux constituaient, en fonction du critère de la combinaison prévu au par. 31(1), une source principale de revenu du contribuable.

[47] Après examen des facteurs pertinents, le juge Hershfield de la C.C.I. a conclu que le revenu de M. Craig provenait principalement de la combinaison de l'agriculture et de sa profession juridique et que la limitation de la déductibilité des pertes agricoles opérée par le par. 31(1) ne s'appliquait pas compte tenu des faits. Rien ne justifie que notre Cour modifie la conclusion factuelle tirée par le juge Hershfield ni sa conclusion que la disposition limitant les pertes agricoles déductibles n'était pas applicable.

IX. Conclusion

[48] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelante : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimé : Goodmans, Toronto.

Riccardo Bellusci *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*INDEXED AS: **R. v. BELLUSCI****2012 SCC 44**

File No.: 34054.

2012: February 16; 2012: August 3.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Stay of proceedings — Accused prisoner and prison guard both suffering injuries as a result of altercation — Accused charged with assault and intimidation of a justice system participant — Trial judge acquitting accused of assault charges and staying charge of intimidation of a justice system participant on ground that his s. 7 Charter rights had been breached — Whether stay of proceedings was a proper remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Court of Appeal overturning stay of proceedings entered by trial judge and remitting matter back to trial court for continuation of trial — Whether Court of Appeal erred in interfering with trial judge's decision to grant stay — Whether Court of Appeal has power to order continuation of trial — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(4), (8).

B, a prisoner, was charged with assault causing bodily harm, assault of a peace officer and intimidating a justice system participant following an altercation with

Riccardo Bellusci *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*RÉPERTORIÉ : **R. c. BELLUSCI****2012 CSC 44**

N° du greffe : 34054.

2012 : 16 février; 2012 : 3 août.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Arrêt des procédures — Blessures subies par un détenu accusé et par un agent de détention lors d'une altercation — Accusations de voies de fait et d'intimidation d'une personne associée au système judiciaire — Acquittement de l'accusé en première instance à l'égard des accusations de voies de fait et arrêt des procédures ordonné par le juge du procès relativement au chef d'intimidation en raison de l'atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 de la Charte — L'arrêt des procédures constituait-il une réparation convenable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Annulation par la Cour d'appel de l'arrêt des procédures ordonné par le juge du procès et renvoi de l'affaire au tribunal de première instance pour la continuation du procès — La Cour d'appel a-t-elle eu tort de modifier la décision du juge du procès d'ordonner l'arrêt des procédures? — Avait-elle le pouvoir d'ordonner la continuation du procès? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(4), (8).

Des accusations ont été portées contre B, un détenu, pour voies de fait causant des lésions corporelles, voies de fait contre un agent de la paix et acte d'intimidation

A, a prison guard, during which both men suffered injuries. The trial judge acquitted B of both charges of assault and entered a stay of proceedings on the charge of intimidating a justice system participant on the ground that B's rights under s. 7 of the *Charter* had been violated. The Court of Appeal quashed the stay and remitted the matter to the trial court for continuation of B's trial.

Held: The appeal should be allowed and the stay of proceedings entered by the trial judge should be restored.

Section 24(1) of the *Charter* vests in trial judges broad discretion in granting "such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances". It is well established that remedies granted by trial judges under s. 24(1) should be disturbed on appeal only where trial judges misdirect themselves or their decision is so clearly wrong as to amount to an injustice. Absent an error of law or reviewable finding of fact, appellate courts must defer to the broad discretion vested in trial judges by s. 24(1) of the *Charter*.

The trial judge in this case carefully and correctly considered all the relevant principles. He assessed the gravity of the prejudice and explained why he thought alternative remedies were inadequate. He did not misdirect himself on the applicable law or commit a reviewable error of fact. His exercise of discretion to grant a stay of proceedings was not so clearly wrong as to amount to an injustice. It is clear from his analysis that he felt that the *Charter* breach in issue here fell within the "residual" and "exceptional" category of cases where the misconduct was so egregious that the mere fact of going forward in the light of it will be offensive. Having found that B had been provoked and subjected by a state actor to intolerable physical and psychological abuse, it was open to the trial judge to stay the proceedings against him. Appellate intervention in these circumstances was therefore unwarranted.

A court of appeal, upon setting aside a stay of proceedings, may in appropriate circumstances remit the matter to the trial court for continuation of the trial, pursuant to ss. 686(4) and 686(8) of the *Criminal Code*. In allowing an appeal and setting aside an acquittal or

contre une personne associée au système judiciaire, A, un agent de détention, par suite d'une altercation au cours de laquelle les deux hommes ont été blessés. Le juge du procès a acquitté B des deux accusations de voies de fait et ordonné l'arrêt des procédures quant à celle d'intimidation d'une personne associée au système judiciaire parce qu'il y avait eu atteinte aux droits garantis à B par l'art. 7 de la *Charte*. La Cour d'appel du Québec a annulé l'arrêt des procédures et renvoyé l'affaire au tribunal de première instance pour la continuation du procès de B.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'arrêt des procédures ordonné par le juge du procès est rétabli.

Le paragraphe 24(1) de la *Charte* confère au juge du procès un pouvoir discrétionnaire étendu en ce qui a trait à l'octroi de « la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ». Il est bien établi que la réparation accordée en première instance sur le fondement du par. 24(1) ne doit être réformée en appel que si le juge du procès s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice. Sauf erreur de droit ou conclusion de fait susceptible de contrôle, la cour d'appel doit déférer à l'exercice du vaste pouvoir discrétionnaire que confère au juge de première instance le par. 24(1) de la *Charte*.

Dans la présente affaire, le juge du procès a examiné soigneusement et correctement tous les principes applicables. Il a évalué la gravité du préjudice et précisé en quoi les autres réparations possibles lui paraissaient inadéquates. Il n'a pas pris appui sur des considérations erronées quant au droit applicable ni commis d'erreur de fait susceptible de contrôle. L'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'arrêt des procédures n'était pas non plus erroné au point de créer une injustice. Il appert de la teneur de son analyse que, pour lui, l'atteinte aux droits constitutionnels considérée en l'espèce fait partie des cas « résiduels » et « exceptionnels » où la conduite reprochée est si grave que le simple fait de poursuivre le procès serait choquant. Une fois arrivé à la conclusion que B avait été provoqué par un représentant de l'État puis soumis par ce dernier à un abus physique et psychologique intolérable, le juge du procès pouvait ordonner l'arrêt des procédures engagées contre B. L'intervention en appel était donc injustifiée dans les circonstances.

La cour d'appel qui annule un arrêt des procédures peut, lorsque les circonstances s'y prêtent, renvoyer l'affaire au tribunal de première instance en vue de la continuation du procès, et ce, en application des par. 686(4) et (8) du *Code criminel*. En accueillant l'appel et

a stay of proceedings, the court exercises a power under s. 686(4). An appellate court need not order a new trial or enter a verdict of guilty in order to trigger the application of s. 686(8), which depends only on the exercise of any of the powers conferred by s. 686(4).

Cases Cited

Referred to: *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651; *R. v. Walcott* (2008), 57 C.R. (6th) 223; *R. v. Maskell*, 2011 ABPC 176, 512 A.R. 372; *R. v. Jackson*, 2011 ONCJ 228, 235 C.R.R. (2d) 289; *R. v. Mohmedi*, 2009 ONCJ 533, 72 C.R. (6th) 345; *R. v. J.W.*, 2006 ABPC 216, 398 A.R. 374; *R. v. R.L.F.*, 2005 ABPC 28, 373 A.R. 114; *R. v. Wiscombe*, 2003 BCPC 418 (CanLII); *R. v. Murphy* (2001), 29 M.V.R. (4th) 50; *R. v. Spannier*, 1996 CanLII 978; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597; *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3; *R. v. Yelle*, 2006 ABCA 276, 397 A.R. 287; *R. v. Smith*, 2004 SCC 14, [2004] 1 S.C.R. 385; *R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 423.1(1)(b), (2)(a), 686(4), (8).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Morissette, Giroux and Gagnon J.J.A.), 2010 QCCA 2118, 83 C.R. (6th) 388, [2010] Q.J. No. 11919 (QL), 2010 CarswellQue 15627, upholding the accused's acquittal on assault charges and setting aside the stay of proceedings entered on charges of intimidating a justice system participant by Legault J., 2008 QCCQ 21567, [2008] J.Q. n° 24115 (QL), 2008 CarswellQue 15028. Appeal allowed and stay of proceedings restored.

Francis Pilotte and Henri-Pierre Labrie, for the appellant.

Carole Lebeuf and Michel Pennou, for the respondent.

Louis Belleau, as *amicus curiae*.

James K. Stewart and Robert Gattrell, for the interveners.

en annulant l'acquittement ou l'arrêt des procédures, la cour exerce un pouvoir conféré au par. 686(4). La cour d'appel n'a pas à ordonner un nouveau procès ni à consigner un verdict de culpabilité pour que s'applique le par. 686(8), ce qui ne dépend que de l'exercice de l'un ou l'autre des pouvoirs conférés au par. 686(4).

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651; *R. c. Walcott* (2008), 57 C.R. (6th) 223; *R. c. Maskell*, 2011 ABPC 176, 512 A.R. 372; *R. c. Jackson*, 2011 ONCJ 228, 235 C.R.R. (2d) 289; *R. c. Mohmedi*, 2009 ONCJ 533, 72 C.R. (6th) 345; *R. c. J.W.*, 2006 ABPC 216, 398 A.R. 374; *R. c. R.L.F.*, 2005 ABPC 28, 373 A.R. 114; *R. c. Wiscombe*, 2003 BCPC 418 (CanLII); *R. c. Murphy* (2001), 29 M.V.R. (4th) 50; *R. c. Spannier*, 1996 CanLII 978; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597; *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3; *R. c. Yelle*, 2006 ABCA 276, 397 A.R. 287; *R. c. Smith*, 2004 CSC 14, [2004] 1 R.C.S. 385; *R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 423.1(1)(b), (2)(a), 686(4), (8).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Morissette, Giroux et Gagnon), 2010 QCCA 2118, 83 C.R. (6th) 388, [2010] J.Q. n° 11919 (QL), 2010 CarswellQue 12408, qui a confirmé la décision du juge Legault d'acquitter l'accusé relativement aux voies de fait, mais qui a annulé sa décision d'ordonner l'arrêt des procédures relativement à l'intimidation d'une personne associée au système judiciaire, 2008 QCCQ 21567, [2008] J.Q. n° 24115 (QL), 2008 CarswellQue 15028. Pourvoi accueilli et arrêt des procédures rétabli.

Francis Pilotte et Henri-Pierre Labrie, pour l'appellant.

Carole Lebeuf et Michel Pennou, pour l'intimée.

Louis Belleau, en qualité d'*amicus curiae*.

James K. Stewart et Robert Gattrell, pour l'intervenant.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu
par

FISH J. —

LE JUGE FISH —

I

I

[1] This appeal concerns a prisoner and a prison guard who both suffered injuries during the transportation of the prisoner by the prison guard between the court house in Montréal and a penitentiary in nearby Laval.

[1] Dans la présente affaire, un détenu et un agent de détention ont tous deux subi des blessures au cours du transport du premier par le second entre le palais de justice de Montréal et un établissement pénitentiaire situé en banlieue, à Laval.

[2] The prisoner was charged as a result with assault causing bodily harm, assault of a peace officer and intimidation of a justice system participant. The appellant, Riccardo Bellusci, was the prisoner. And the alleged victim, in all three cases, was the prison guard, Michel Asselin.

[2] Le détenu et appelant en l'espèce, Riccardo Bellusci, a été accusé de voies de fait causant des lésions corporelles, de voies de fait contre un agent de la paix et d'acte d'intimidation contre une personne associée au système judiciaire. Dans les trois cas, la présumée victime était l'agent de détention, Michel Asselin.

[3] Mr. Bellusci was acquitted at trial of both charges of assault, and his acquittals are not in issue before us.

[3] Au procès, M. Bellusci a été acquitté des deux accusations de voies de fait, et ces acquittements ne sont plus contestés.

[4] This appeal relates solely to the charge of intimidation. The trial judge found that Mr. Bellusci's guilt on that count had been established by the Crown. He nonetheless declined to enter a conviction on the ground that Mr. Bellusci's rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been violated (2008 QCCQ 21567 (CanLII)).

[4] Le pourvoi ne porte que sur l'accusation d'intimidation. Le juge du procès conclut que le ministère public a établi la culpabilité de M. Bellusci quant à ce chef, mais il refuse de l'en déclarer coupable au motif que ses droits garantis à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ont été violés (2008 QCCQ 21567 (CanLII)).

[5] Mr. Bellusci stood charged with uttering threats to a prison guard who had *recklessly provoked him* and then, in response to the threats, *grievously assaulted him* while he was chained, shackled, handcuffed and defenceless — in the prison guard's custody. For this egregious breach of his constitutional rights, Mr. Bellusci was entitled under s. 24(1) of the *Charter* to a constitutional remedy.

[5] M. Bellusci a été accusé de menaces proférées à l'endroit d'un agent de détention qui *l'avait provoqué témérement* et qui, en réponse à ces menaces, *l'avait gravement agressé* alors qu'il était confié à sa garde, enchaîné, menotté, entravé aux pieds et sans défense. Vu cette atteinte inadmissible à ses droits constitutionnels, M. Bellusci avait droit à une réparation constitutionnelle en application du par. 24(1) de la *Charte*.

[6] Section 24(1) of the *Charter* vests in trial judges broad discretion in granting, according to its terms, "such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances". After considering lesser alternatives, the trial judge concluded that nothing short of a stay of proceedings would

[6] Cette disposition confère au juge du procès un pouvoir discrétionnaire étendu en ce qui a trait à l'octroi, selon son libellé, de « la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ». Après examen de solutions moins drastiques, le juge conclut que seul l'arrêt des

be an appropriate and just remedy in the exceptional circumstances of this case.

[7] In exercising his discretion as he did, the trial judge committed no error of law, nor any reviewable error of fact. His conclusion was not manifestly unjust, within the meaning of the governing authorities.

[8] On an appeal by the Crown, the Quebec Court of Appeal nonetheless quashed the stay and remitted the matter to the trial court for continuation of Mr. Bellusci's trial (2010 QCCA 2118 (CanLII)). For the reasons that follow, I believe the Court of Appeal erred in setting aside the stay of proceedings entered at trial.

[9] This alone is sufficient to allow Mr. Bellusci's appeal to this Court against the judgment of the Court of Appeal, and to restore the stay of proceedings entered by the trial judge.

[10] It is thus unnecessary, in order to dispose of the appeal, for us to consider a second question raised by the appellant, with leave of the Court. And the question is this: Was the Court of Appeal entitled, upon setting aside the stay, to order *continuation of the proceedings before the trial court*, or was it bound instead to order *a new trial*?

[11] This is an important issue, not previously resolved by the Court. It was thoroughly canvassed by both parties, by the *amicus curiae*, and by the interveners as well. In these circumstances, I think it appropriate to provide guidance on the issue for the benefit of appellate courts before which it is bound to arise as an actual — and not theoretical — matter.

II

[12] On May 15, 2007, Mr. Bellusci was a prisoner being transported in a van driven by Mr. Asselin.

[13] The Crown alleged that Mr. Bellusci, on that occasion, assaulted Mr. Asselin without

procédures constitue une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances exceptionnelles de l'espèce.

[7] Cet exercice du pouvoir discrétionnaire conféré n'est pas entaché d'une erreur de droit ou d'une erreur de fait susceptible de contrôle. La conclusion du juge du procès n'est pas manifestement injuste au sens de la jurisprudence applicable.

[8] Saisie d'un appel interjeté par le ministère public, la Cour d'appel du Québec a néanmoins annulé l'arrêt des procédures et renvoyé l'affaire à la cour de première instance en vue de la continuation du procès de M. Bellusci (2010 QCCA 2118, 83 C.R. (6th) 388). Pour les motifs qui suivent, j'estime que la Cour d'appel a eu tort d'annuler l'arrêt des procédures.

[9] Ce seul motif suffit pour que notre Cour accueille le pourvoi et rétablisse l'arrêt des procédures ordonné par le juge du procès.

[10] Il n'est donc pas nécessaire, pour statuer sur le pourvoi, d'examiner la deuxième question soulevée par l'appellant avec l'autorisation de la Cour. Cette seconde question est la suivante. La Cour d'appel avait-elle le pouvoir, lorsqu'elle a annulé l'arrêt des procédures, d'ordonner la *continuation du procès devant la cour de première instance*, ou devait-elle plutôt ordonner *un nouveau procès*?

[11] Il s'agit d'une question importante jamais tranchée par la Cour. Elle fait l'objet d'exposés fouillés de la part des deux parties, de *amicus curiae* et de l'intervenant. Il me paraît donc opportun d'offrir aux cours d'appel des repères qui leur permettront de statuer sur la question lorsqu'elle se posera bel et bien, et non seulement de façon théorique.

II

[12] Le 15 mai 2007, au volant d'un fourgon cellulaire, M. Asselin a assuré le transport de détenus, dont M. Bellusci.

[13] Le ministère public a prétendu que M. Bellusci avait alors agressé M. Asselin sans avoir

provocation and threatened to rape his wife and children. Mr. Bellusci admitted the threats but contended that Mr. Asselin *had in fact assaulted him*.

[14] The trial judge was left with a reasonable doubt whether Mr. Bellusci had assaulted Mr. Asselin, but he was satisfied that Mr. Bellusci had threatened to sexually assault Mr. Asselin's wife and children. The judge therefore acquitted Mr. Bellusci of the assault charges, but found that Mr. Bellusci was guilty of intimidating Mr. Asselin, a justice system participant.

[15] However, the trial judge was persuaded, on a balance of probabilities, that the encounter in the prison van had unfolded as follows: (a) Mr. Bellusci had subjected Mr. Asselin [TRANSLATION] "to verbal attacks that were abusive, insulting and crude" (para. 26); (b) Mr. Asselin had placed Mr. Bellusci in danger by disclosing to the other prisoners in the van that Mr. Bellusci was a rapist; (c) Mr. Bellusci then, in response, threatened to rape Mr. Asselin's wife and children; (d) Mr. Asselin was injured when, as he was opening the cell door, Mr. Bellusci forced it upon him; and (e) Mr. Asselin then assaulted and injured Mr. Bellusci, who was at the time, chained, handcuffed and shackled in a secure cell in the prison van.

[16] On the basis of these findings — which are not in dispute — the trial judge held that Mr. Bellusci's constitutional rights under s. 7 of the *Charter* had been violated. It would shock informed members of the public to enter a conviction against Mr. Bellusci for having uttered verbal threats recklessly provoked and unlawfully punished by the prison guard to whom the threats had been made. After considering other available remedies, including a reduction of sentence and the possibility of legal or disciplinary proceedings against Mr. Asselin, the trial judge held that a stay of proceedings was the only appropriate remedy in the unusual and troubling circumstances of this case.

été provoqué par celui-ci, et qu'il avait menacé de violer l'épouse et les enfants de l'agent de détention. M. Bellusci a reconnu avoir proféré les menaces, mais il a soutenu que M. Asselin *l'avait en fait agressé*.

[14] À l'issue du procès, un doute raisonnable a subsisté dans l'esprit du juge quant à savoir si M. Bellusci avait agressé M. Asselin, mais il s'est dit convaincu que M. Bellusci avait menacé d'agresser sexuellement l'épouse et les enfants de M. Asselin. Il a donc acquitté M. Bellusci des accusations de voies de fait, mais il l'a jugé coupable d'intimidation d'une personne associée au système judiciaire.

[15] Toutefois, le juge du procès a acquis la conviction, suivant la prépondérance des probabilités, que les incidents survenus dans le fourgon cellulaire s'étaient déroulés de la manière suivante : a) M. Bellusci s'est livré « à des attaques verbales abusives, insultantes et grossières » (par. 26) à l'endroit de M. Asselin, b) ce dernier a compromis la sécurité de M. Bellusci en dévoilant aux autres détenus à bord du fourgon cellulaire que M. Bellusci était un violeur, c) en réaction à ce dévoilement, M. Bellusci a menacé de violer l'épouse et les enfants de M. Asselin, d) celui-ci a été blessé alors qu'il a entrepris d'ouvrir la cellule du fourgon et que M. Bellusci a violemment repoussé la porte sur lui et e) M. Asselin a ensuite agressé et blessé M. Bellusci, qui était alors enchaîné, menotté et entravé aux pieds dans une cellule du fourgon.

[16] Sur le fondement de ces conclusions, qui ne sont pas contestées, le juge du procès conclut à l'atteinte aux droits constitutionnels de M. Bellusci garantis à l'art. 7 de la *Charte*. Déclarer M. Bellusci coupable d'avoir proféré des menaces alors qu'il l'a fait consécutivement à une provocation téméraire et qu'il a ensuite été illégalement puni par l'agent de détention visé par les menaces choquerait la conscience de citoyens renseignés. Après avoir examiné les autres réparations possibles, dont la diminution de la peine et la possibilité d'engager une instance judiciaire ou disciplinaire contre M. Asselin, le juge du procès conclut que l'arrêt des procédures est la seule réparation convenable dans les circonstances inhabituelles et troublantes de l'espèce.

III

[17] It is well established that a trial judge's order under s. 24(1) of the *Charter* should be disturbed on appeal "only if the trial judge misdirects himself or if his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice": *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at para. 117; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at para. 87.

[18] That this is the appropriate standard of review was unanimously reaffirmed by the Court, citing *Regan*, in *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651 (Rothstein J., at para. 15; Fish J., at para. 51). Speaking for myself and Justices Binnie and Abella, dissenting in the result, I elaborated as follows on the agreed standard of review:

On an application under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, once an infringement has been established, the trial judge must grant "such remedy as [is] appropriate and just in the circumstances". The remedy granted must vindicate the rights of the claimant, be fair to the party against whom it is ordered, and consider all other relevant circumstances. Appellate courts may interfere with a trial judge's exercise of discretion only if the trial judge has erred in law or rendered an unjust decision. This is particularly true of remedies granted by trial judges under s. 24(1) of the *Charter*, which by its very terms confers on trial judges the *widest possible discretion*. Finally, appellate courts must take particular care not to substitute their own exercise of discretion for that of the trial judge merely because they would have granted a more generous or more limited remedy. [Emphasis in original; para. 42.]

[19] Accordingly, the outcome of this appeal depends on whether the trial judge misdirected himself in law, committed a reviewable error of fact or rendered a decision that is "so clearly wrong as to amount to an injustice". In my view, his decision suffers from none of these fatal flaws.

III

[17] Il est bien établi que l'ordonnance rendue en première instance sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte* ne doit être réformée par une cour d'appel « que si [le juge du procès] s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice » : *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 117; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, par. 87.

[18] Dans l'arrêt *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651, lorsqu'elle renvoie à *Regan*, la Cour confirme à l'unanimité qu'il s'agit de la norme de contrôle applicable (le juge Rothstein, par. 15; le juge Fish, par. 51). Avec l'appui des juges Binnie et Abella, également dissidents quant au résultat, j'y affirme ce qui suit au sujet de la norme de contrôle convenue :

Sur présentation d'une demande fondée sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dès lors qu'une violation a été établie, le juge du procès doit accorder « la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ». La réparation doit assurer la protection des droits du demandeur, être équitable pour la partie visée par l'ordonnance et tenir compte de toutes les autres circonstances pertinentes. Un tribunal d'appel peut modifier la décision rendue par un juge du procès qui a exercé son pouvoir discrétionnaire uniquement si ce dernier a commis une erreur de droit ou rendu une décision injuste. Cela est particulièrement vrai s'il s'agit d'une réparation accordée par un juge de première instance sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte* dont le libellé même confère le *plus vaste pouvoir discrétionnaire possible* à ce dernier. Enfin, les tribunaux d'appel doivent tout particulièrement se garder de substituer l'exercice de leur propre pouvoir discrétionnaire à celui déjà exercé par le juge du procès simplement parce qu'ils auraient accordé une réparation plus généreuse ou plus limitée. [En italique dans l'original; par. 42.]

[19] Par conséquent, l'issue du pourvoi tient à la question de savoir si le juge du procès s'est fondé sur des considérations erronées en droit, a commis une erreur de fait susceptible de contrôle ou a rendu une décision « erronée au point de créer une injustice ». Selon moi, sa décision n'est entachée d'aucune de ces erreurs fatales.

[20] The trial judge first clearly and correctly outlined the applicable principles of law and relevant jurisprudence. He then considered the appropriate factors in light of the evidence before him.

[21] It is clear from the substance of his analysis that he felt the *Charter* breach in issue here fell within the “residual” and “exceptional” category of cases where the misconduct was “so egregious that the mere fact of going forward in the light of it will be offensive” (*Tobiass*, at para. 91).

[22] The trial judge held that this was a case of unlawful extrajudicial punishment that would shock the public. Mr. Bellusci was attacked by an agent of the state while chained, handcuffed, shackled and confined to his cell in a secure prison van. This was an apparent act of revenge by a prison guard who decided to make Mr. Bellusci [TRANSLATION] “pay physically” for his unacceptable conduct (para. 21). The injuries inflicted on Mr. Bellusci were hardly trivial. They included [TRANSLATION] “imprints of wire mesh with petechiae on the back of the left shoulder at the level of the shoulder blade, . . . injuries causing deformation of the left forearm, [and] bumps and injuries on the head and neck” (para. 34). As a result of his head injury, Mr. Bellusci was kept under observation overnight in the prison infirmary.

[23] The trial judge was satisfied that the appellant’s threats, however reprehensible, would in all likelihood not have been uttered but for Mr. Asselin’s inappropriate disclosure to the other prisoners that the appellant was a sexual offender. The trial judge was clearly alive to the difficult position of prison guards, but this could not justify Mr. Asselin’s disclosure, which jeopardized Mr. Bellusci’s personal safety while imprisoned.

[24] The integrity of the justice system was further tarnished, in the judge’s view, by the reticence and [TRANSLATION] “sclerotic solidarity” that characterized the testimony at trial of Mr. Asselin’s fellow prison guards (para. 79).

[20] Le juge du procès énonce d’abord clairement et correctement les principes de droit et la jurisprudence applicables, puis il examine les éléments pertinents à la lumière de la preuve offerte.

[21] Il appert de la teneur de son analyse que, pour lui, l’atteinte aux droits constitutionnels considérée en l’espèce fait partie des cas « résiduels » et « exceptionnels » où la conduite reprochée est « si grave que le simple fait de poursuivre le procès serait choquant » (*Tobiass*, par. 91).

[22] Le juge du procès estime que les citoyens seraient outrés par le châtement extrajudiciaire infligé illégalement dans la présente affaire. M. Bellusci a été agressé par un représentant de l’État alors qu’il était enchaîné, menotté, entravé aux pieds et enfermé dans une cellule d’un fourgon sécurisé. Le juge conclut que l’agent de détention a vraisemblablement décidé de se venger et de faire « payer physiquement » à M. Bellusci son comportement outrancier (par. 21). Les blessures infligées à ce dernier sont loin d’être mineures. On a relevé des « traces d’empreintes de grillage avec pétéchies sur le derrière de l’épaule gauche au niveau de l’omoplate, [des] blessures entraînant des déformations de l’avant-bras gauche [et des] bosses et blessures à la tête et au cou » (par. 34). En raison de sa blessure à la tête, M. Bellusci est demeuré sous observation toute une nuit à l’infirmerie de la prison.

[23] Le juge du procès se dit convaincu que les menaces de l’appelant, aussi répréhensibles qu’elles aient été, n’auraient vraisemblablement pas été proférées si M. Asselin n’avait pas inopportunément dévoilé aux autres détenus à bord du fourgon que l’appelant était un délinquant sexuel. Il est certes conscient de la difficulté inhérente au travail de gardien de prison, mais celle-ci ne pouvait justifier M. Asselin de faire un dévoilement qui compromettrait la sécurité de M. Bellusci pendant son incarcération.

[24] Selon le juge, la réticence et l’« attitude sclérosée de solidarité » qui ont caractérisé le témoignage au procès des collègues de M. Asselin ont par ailleurs terni davantage l’intégrité de notre système de justice (par. 79).

[25] Having found that Mr. Bellusci had been provoked and subjected by a state actor to intolerable physical and psychological abuse, it was open to the trial judge to decline to enter a conviction against him. As the Court explained in *Tobiass*, “if a past abuse were serious enough, then public confidence in the administration of justice could be so undermined that the mere act of carrying forward in the light of it would constitute a new and ongoing abuse sufficient to warrant a stay of proceedings” (para. 96).

[26] I am therefore unable to share the conclusion of the Court of Appeal that the trial judge, in granting a stay, committed a reviewable error by overlooking the “*non sequitur*” between the state misconduct and the stay of proceedings (para. 21).

[27] Nor am I able to agree that the trial judge erred in failing to consider the availability of less drastic remedies. On the contrary, as mentioned earlier, he expressly considered various alternatives and found that none were adequate in the circumstances.

[28] Given the seriousness and the impact of the prison guard’s misconduct, the trial judge concluded that only a stay would be sufficient and appropriate in the circumstances.

[29] Moreover, the trial judge appreciated the need to balance the competing interests at play in contemplating a stay of proceedings. He expressly took into account the difficult position of prison guards, the importance to the justice system of ensuring their protection, the seriousness of the charges against the accused, the integrity of the justice system, and the nature and gravity of the violation of Mr. Bellusci’s rights. Only then did he conclude that a stay was warranted.

[30] Like the Court of Appeal, I might well have granted a lesser remedy. But absent an error of law

[25] Une fois arrivé à la conclusion que M. Bellusci avait été provoqué par un représentant de l’État puis soumis par ce dernier à un abus physique et psychologique intolérable, le juge du procès pouvait refuser de déclarer l’accusé coupable de l’infraction reprochée. Dans l’arrêt *Tobiass*, la Cour dit que « s’il était suffisamment grave, un abus commis dans le passé pourrait ébranler la confiance du public dans l’administration de la justice au point où le simple fait de poursuivre l’instance constituerait un nouvel abus persistant justifiant la suspension des procédures » (par. 96).

[26] Je ne puis donc souscrire à la conclusion de la Cour d’appel selon laquelle, en ordonnant l’arrêt des procédures, le juge du procès a commis une erreur susceptible de contrôle en ce qu’il a fait abstraction du « *non sequitur* » entre la conduite répréhensible de l’État et l’arrêt des procédures (par. 21).

[27] Je ne peux non plus convenir avec la Cour d’appel que le juge du procès a eu tort de ne pas envisager une autre réparation moins drastique. Au contraire, comme je le mentionne précédemment, il envisage expressément diverses solutions de rechange et conclut qu’aucune ne convient dans les circonstances.

[28] Compte tenu de la gravité et des conséquences des actes répréhensibles de l’agent de détention, le juge du procès conclut que seul l’arrêt des procédures est suffisant et approprié dans les circonstances.

[29] En outre, le juge du procès reconnaît la nécessité de mettre en balance les intérêts en jeu qui s’opposent avant d’ordonner l’arrêt des procédures. Il considère expressément la difficulté inhérente au travail d’agent de détention, la nécessité que le système de justice assure la protection de ce dernier, la gravité des accusations portées contre l’accusé, l’intégrité du système de justice, ainsi que la nature et la gravité de l’atteinte aux droits de M. Bellusci. Ce n’est qu’à l’issue de cet examen qu’il conclut que l’arrêt des procédures est justifié.

[30] À l’instar de la Cour d’appel, j’aurais très bien pu accorder une réparation moins drastique. Mais,

or reviewable finding of fact, appellate courts must defer to the broad discretion vested in trial judges by s. 24(1) of the *Charter*. To repeat, as I explained in *Bjelland*, “appellate courts must take particular care not to substitute their own exercise of discretion for that of the trial judge merely because they would have granted a more generous or more limited remedy” (para. 42).

[31] In short, the trial judge in this case carefully and correctly considered all the relevant principles. He assessed the gravity of the prejudice and explained why he thought alternative remedies were inadequate. He did not misdirect himself on the applicable law or commit a reviewable error of fact. Nor was his exercise of discretion to grant a stay of proceedings “so clearly wrong as to amount to an injustice” (*Regan, supra*). My conclusion in this regard relates exclusively to the circumstances of the present matter. In fairness to the trial judge, however, I note that other judges have considered a stay of proceedings to be a proportionate remedy for mistreatment suffered at the hands of law enforcement officers: *R. v. Walcott* (2008), 57 C.R. (6th) 223 (Ont. S.C.J.);¹ *R. v. Maskell*, 2011 ABPC 176, 512 A.R. 372;² *R. v. Jackson*, 2011 ONCJ 228, 235 C.R.R. (2d) 289;³ *R. v. Mohmedi*, 2009 ONCJ 533, 72 C.R. (6th)

à défaut d’une erreur de droit ou d’une conclusion de fait susceptible de contrôle, une cour d’appel doit déférer à l’exercice du vaste pouvoir discrétionnaire que confère au juge de première instance le par. 24(1) de la *Charte*. Comme je l’ai déjà mentionné, j’ai expliqué dans *Bjelland* que « les tribunaux d’appel doivent tout particulièrement se garder de substituer l’exercice de leur propre pouvoir discrétionnaire à celui déjà exercé par le juge du procès simplement parce qu’ils auraient accordé une réparation plus généreuse ou plus limitée » (par. 42).

[31] En somme, dans la présente affaire, le juge du procès examine soigneusement et correctement tous les principes qui s’appliquent. Il évalue la gravité du préjudice et explique en quoi les autres réparations possibles lui paraissent inadéquates. Il ne prend pas appui sur des considérations erronées quant au droit applicable ni ne commet d’erreur de fait susceptible de contrôle. L’exercice de son pouvoir discrétionnaire d’ordonner l’arrêt des procédures n’est pas non plus « erron[é] au point de créer une injustice » (*Regan, précité*). Ma conclusion sur ce point ne vaut que pour les circonstances de l’espèce. Cependant, en toute justice pour le juge du procès, je fais observer que d’autres juges ont estimé que l’arrêt des procédures était la réparation qui convenait en cas de mauvais traitements aux mains de policiers : *R. c. Walcott* (2008), 57 C.R. (6th) 223 (C.S.J. Ont.);¹ *R. c. Maskell*, 2011 ABPC 176, 512 A.R. 372;² *R. c. Jackson*, 2011 ONCJ 228, 235 C.R.R. (2d) 289;³

1 Stay entered for possession for the purposes of trafficking. The police tasered an accused who was handcuffed, fully restrained and compliant.

2 Stay granted for driving while disqualified. The police used excessive force in arresting the accused, striking his head several times against a vehicle, causing permanent injuries requiring surgery.

3 Stay entered for assaulting police and resisting arrest. Five police officers pepper-sprayed and kned the accused several times; the accused struck his head on the concrete and suffered a broken jaw. The trial judge was also concerned that police testimony was untruthful.

1 Accusation de possession en vue du trafic. La police avait infligé une décharge de pistolet paralysant à un accusé menotté, totalement entravé et coopératif.

2 Accusation de conduite sans permis de conduire. Les policiers avaient eu recours à une force excessive pour arrêter l’accusé, ils lui avaient frappé la tête à plusieurs reprises contre son véhicule, lui causant alors des blessures nécessitant une intervention chirurgicale et un préjudice permanent.

3 Accusation de voies de fait sur un policier et de résistance à l’arrestation. Cinq policiers avaient aspergé l’accusé de gaz poivre et lui avaient asséné des coups de genou à plusieurs reprises; la tête de l’accusé avait heurté le ciment et sa mâchoire avait été fracturée. Le juge du procès soupçonnait également les policiers d’avoir menti lors de leurs témoignages.

345;⁴ *R. v. J.W.*, 2006 ABPC 216, 398 A.R. 374;⁵ *R. v. R.L.F.*, 2005 ABPC 28, 373 A.R. 114;⁶ *R. v. Wiscombe*, 2003 BCPC 418 (CanLII);⁷ *R. v. Murphy* (2001), 29 M.V.R. (4th) 50 (Sask. Prov. Ct.);⁸ *R. v. Spannier*, 1996 CanLII 978 (B.C.S.C.).⁹

[32] With respect, appellate intervention in these circumstances was therefore unwarranted.

IV

[33] I turn now to consider whether a court of appeal, upon setting aside a stay of proceedings, may

- 4 Stay granted for impaired driving and dangerous driving. Although provoked by unruly behaviour, foul language, and the “resistive stance” of the accused (para. 38), the police used excessive force in striking the accused while he was handcuffed and presented no threat.
- 5 Stay entered for charges of breaking and entering and possession of concealed weapons and housebreaking tools. The police used excessive force in tasing the accused, who was 15 years old, during a strip search at the police station.
- 6 Stay entered for charges of failing to comply with a condition of release (abstaining from alcohol). The police conducted an unreasonable strip search and tasered the accused despite the situation being under control, causing bruises, abrasions, burn marks, a broken tooth and bruises to the face.
- 7 Stay entered for assaulting a peace officer. Despite the violent behaviour of the accused, the police used excessive force in pepper-spraying him while he was handcuffed and lying face down on the floor with a foot on his head.
- 8 Stay granted for dangerous driving and refusing a breathalyzer test. The accused was forced to remain seated in his own excrement longer than necessary, denied proper clean-up facilities, subjected to rude and ridiculing remarks, and arbitrarily and unnecessarily detained.
- 9 Stay granted for impaired driving. The accused was handcuffed for no reason and pepper-sprayed in the eyes for insulting a police officer.

R. c. Mohmedi, 2006 ABPC 216, 2009 ONCJ 533, 72 C.R. (6th) 345⁴; *R. c. J.W.*, 398 A.R. 374⁵; *R. c. R.L.F.*, 2005 ABPC 28, 373 A.R. 114⁶; *R. c. Wiscombe*, 2003 BCPC 418 (CanLII)⁷; *R. c. Murphy* (2001), 29 M.V.R. (4th) 50 (C. prov. Sask.)⁸; *R. c. Spannier*, 1996 CanLII 978 (C.S.C.-B.)⁹.

[32] Avec égards, j’estime donc qu’une intervention en appel était injustifiée dans les circonstances.

IV

[33] Je passe maintenant à la question de savoir si la cour d’appel qui annule un arrêt des procédures

- 4 Accusations de conduite en état d’ébriété et de conduite dangereuse. Même s’ils avaient été provoqués par le comportement agité, les propos grossiers et l’[TRADUCTION] « attitude de résistance » de l’accusé (par. 38), les policiers avaient eu recours à une force excessive en frappant l’accusé alors qu’il était menotté et ne présentait aucun danger.
- 5 Accusations d’introduction par effraction et de possession d’armes dissimulées et de matériel de cambriolage. La police avait eu recours à une force excessive en infligeant une décharge de pistolet paralysant à l’accusé, âgé de 15 ans, au cours d’une fouille à nu effectuée au poste de police.
- 6 Accusation d’inobservation d’une condition de mise en liberté (abstention de consommer des boissons alcoolisées). Les policiers avaient effectué une fouille à nu injustifiée et eu recours à un pistolet paralysant même si la situation était maîtrisée, ce qui avait infligé à l’accusé des ecchymoses, des écorchures, des marques de brûlure et des contusions au visage, et lui avait fait perdre une dent.
- 7 Accusation de voies de fait contre un agent de la paix. Même si l’accusé avait eu un comportement violent, les policiers avaient eu recours à une force excessive en l’aspergeant de gaz poivre tandis qu’il était menotté et allongé face contre terre, le pied d’un policier appuyé contre sa tête.
- 8 Accusations de conduite dangereuse et de refus de subir l’alcooltest. L’accusé avait été contraint de demeurer assis longtemps dans ses excréments, il s’était vu refuser l’accès à des installations sanitaires adéquates, il avait fait l’objet de commentaires grossiers et moqueurs, et il avait été soumis à une détention arbitraire et inutile.
- 9 Accusation de conduite en état d’ébriété. L’accusé avait été menotté sans raison et aspergé de gaz poivre dans les yeux après qu’il eut insulté un agent de police.

in appropriate circumstances remit the matter to the trial court for continuation of the trial. I believe that it can, pursuant to ss. 686(4) and 686(8) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[34] Section 686(4)(b) provides that a court of appeal, upon allowing an appeal by the Crown against an acquittal at trial, may

- (i) order a new trial, or
- (ii) except where the verdict is that of a court composed of a judge and jury, enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law, and pass a sentence that is warranted in law, or remit the matter to the trial court and direct the trial court to impose a sentence that is warranted in law.

It is well established that “acquittal”, in this context, includes a stay of proceedings, since it brings the proceedings to a final conclusion in favour of the accused: *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128.

[35] Section 686(8) provides, in turn, that a court of appeal, upon exercising any of its powers under s. 686(4), “may make any order, in addition, that justice requires”.

[36] Understandably, the phrase “in addition” has been thought to connote that a court of appeal, in setting aside an acquittal or stay of proceedings, may make an order under s. 686(8) only if it substitutes a conviction or orders a new trial — its only powers explicitly conferred by s. 686(4).

[37] However, in *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597, Lamer C.J. held that s. 686(8) must be given a large and liberal interpretation consistent with its “broad remedial purpose” (para. 30; see also *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3, at p. 20). And, although the Chief Justice considered that s. 686(8) orders are “fundamentally ancillary and supplemental” (para. 31), he nonetheless held that “a court of appeal may enter an order under its residual power even if the court

peut, lorsque les circonstances s’y prêtent, renvoyer l’affaire au tribunal de première instance en vue de la continuation du procès. Je suis d’avis qu’elle le peut en application des par. 686(4) et (8) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[34] L’alinéa 686(4)b) dispose que lorsqu’elle accueille l’appel interjeté par le ministère public contre un acquittement, la cour d’appel peut, selon le cas :

- (i) ordonner un nouveau procès,
- (ii) sauf dans le cas d’un verdict rendu par un tribunal composé d’un juge et d’un jury, consigner un verdict de culpabilité à l’égard de l’infraction dont, à son avis, l’accusé aurait dû être déclaré coupable, et prononcer une peine justifiée en droit ou renvoyer l’affaire au tribunal de première instance en lui ordonnant d’infliger une peine justifiée en droit.

Il est bien établi que, dans ce contexte, l’« acquittement » s’entend aussi de l’arrêt des procédures, car celui-ci met définitivement fin à l’instance au bénéfice de l’accusé : *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128.

[35] Le paragraphe 686(8) prévoit pour sa part que la cour d’appel qui exerce des pouvoirs conférés au par. 686(4) « peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige ».

[36] Naturellement, d’aucuns ont conclu de l’emploi des mots « en outre » que la cour d’appel qui annulait un acquittement ou un arrêt des procédures ne pouvait rendre une ordonnance en application du par. 686(8) que si elle consignait un verdict de culpabilité ou ordonnait un nouveau procès, les seules mesures expressément permises au par. 686(4).

[37] Or, dans l’arrêt *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597, le juge en chef Lamer conclut que le par. 686(8) doit être interprété d’une manière extensive et généreuse, en harmonie avec sa « fin réparatrice générale » (par. 30; voir également *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3, par. 20). Et même s’il considère que l’ordonnance visée au par. 686(8) a un « caractère fondamentalement accessoire et supplémentaire » (par. 31), il conclut néanmoins qu’« une cour

of appeal has not previously and independently ‘exercise[d] any of the powers conferred by subsection (2), (4), (6) or (7)’ of s. 686” (para. 30). This solution was adopted by the Alberta Court of Appeal in *R. v. Yelle*, 2006 ABCA 276, 397 A.R. 287.

[38] In *R. v. Smith*, 2004 SCC 14, [2004] 1 S.C.R. 385, Binnie J. reached the same conclusion by a route that conforms more closely to the text of s. 686(8). Dealing in *Smith* with s. 686(2), which applies to an appeal from a conviction, Justice Binnie stated:

Section 686(2) provides that where a Court of Appeal allows an appeal, “it shall quash the conviction”, and s. 686(8) provides that, on the exercise of “any of the powers” under s. 686(2), the court may make “any order, in addition, that justice requires”. The quashing of the conviction is an exercise of the court’s power under s. 686(2). [para. 22]

[39] The same reasoning applies to s. 686(4). In allowing the appeal and setting aside the acquittal (or stay of proceedings), the court *exercises a power under s. 686(4)*. It follows, in my view, that an appellate court need not order a new trial or enter a verdict of guilty in order to trigger the application of s. 686(8), which depends only on the exercise of “any of the powers” conferred by s. 686(4).

[40] Accordingly, s. 686(8), which allows “any order . . . that justice requires”, authorizes an appellate court to order the continuation of a trial — but only where continuation of the trial is what “justice requires” in the particular circumstances of the case. Manifestly, an order under s. 686(8) must not be at variance with the underlying judgment: *R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535, at para. 17.

[41] Applying these principles in *Yelle*, the Alberta Court of Appeal set aside a stay of proceedings, but declined to either substitute a conviction or order a new trial. Instead, the court ordered

d’appel peut rendre une ordonnance en vertu de son pouvoir résiduel, même si elle n’a pas déjà et indépendamment “exerc[é] des pouvoirs conférés par le paragraphe (2), (4), (6) ou (7)” de l’art. 686 » (par. 30). La Cour d’appel de l’Alberta adhère à ce raisonnement dans *R. c. Yelle*, 2006 ABCA 276, 397 A.R. 287.

[38] Dans *R. c. Smith*, 2004 CSC 14, [2004] 1 R.C.S. 385, le juge Binnie arrive à la même conclusion à l’issue d’un raisonnement qui s’en tient davantage au libellé du par. 686(8). Alors aux prises avec le par. 686(2), qui s’applique à l’appel d’une déclaration de culpabilité, le juge Binnie dit ce qui suit au sujet de la disposition :

Le paragraphe 686(2) prévoit que, lorsqu’une cour d’appel admet un appel, « elle annule la condamnation », et le par. 686(8) dispose que, lorsqu’elle exerce « des pouvoirs » conférés par le par. 686(2), elle peut « en outre rendre toute ordonnance que la justice exige ». L’annulation de la déclaration de culpabilité constitue un exercice du pouvoir que lui confère le par. 686(2). [par. 22]

[39] Le même raisonnement vaut pour le par. 686(4). En accueillant l’appel et en annulant l’acquiescement (ou l’arrêt des procédures), la cour *exerce un pouvoir conféré au par. 686(4)*. Dès lors, selon moi, la cour d’appel n’a pas à ordonner un nouveau procès ni à consigner un verdict de culpabilité pour que s’applique le par. 686(8), ce qui ne dépend que de l’exercice de « [l’un ou l’autre] des pouvoirs conférés » au par. 686(4).

[40] Par conséquent, le par. 686(8), qui confère le pouvoir de rendre « toute ordonnance que la justice exige », autorise la cour d’appel à ordonner la continuation du procès, mais seulement lorsque cette mesure est celle que la « justice exige » dans les circonstances de l’espèce. Manifestement, l’ordonnance rendue en application du par. 686(8) ne doit pas être incompatible avec le jugement sous-jacent (*R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535, par. 17).

[41] Dans l’arrêt *Yelle*, la Cour d’appel de l’Alberta applique ces principes et annule l’arrêt des procédures, mais elle refuse de substituer une déclaration de culpabilité à l’acquiescement ou d’ordonner

continuation of the trial because that is what justice required in the circumstances of the case:

The implications of ordering a new trial would be enormous in a case such as this. It would require the re-hearing of three months of evidence for no good reason. In addition to being completely unnecessary, it would be a great waste of the court's resources, the witnesses' time, and the respondents' money (requiring them to pay again for legal services already provided).

Further, there is no advantage to the parties or the administration of justice to start anew. Indeed, there will be prejudice to all involved; the parties, witnesses, and the reputation of the administration of justice. [paras. 17-18]

[42] Continuation of the trial will not always be preferable or even possible. It is in any event an order that can properly be made only where the interests of justice require it, where there is no undue prejudice to the parties, and where no unfairness would result.

[43] Finally, I believe the trial court to which the matter is remitted should retain its discretion to instead order a new trial where resumption of the interrupted proceedings proves to be impractical or unfair.

[44] On this appeal, as mentioned earlier, both parties agree that a court of appeal may order continuation of the trial upon setting aside a stay of proceedings. They both submit, however, that a conviction should instead be entered in this case if the stay is overturned, since the relevant findings of fact have in their view already been made.

[45] In view of my conclusion that the stay was wrongly set aside by the Court of Appeal, I find it unnecessary to express a decided view regarding its order that the trial should be resumed. I think it sufficient to say there appears to be merit in the submission of the *amicus curiae* that a conviction was not a foregone conclusion.

[46] As the *amicus curiae* points out, the indictment against Mr. Bellusci alleges physical violence,

un nouveau procès. Elle ordonne plutôt la continuation du procès parce que la justice l'exige dans les circonstances de l'espèce :

[TRADUCTION] Ordonner un nouveau procès aurait des conséquences énormes en l'espèce. Il faudrait consacrer trois mois à l'audition de témoignages déjà entendus, et ce, sans motif valable. En plus d'être tout à fait inutile, l'entreprise équivaldrait à gaspiller considérablement les ressources de la cour, le temps des témoins et l'argent des intimés (car ils devraient payer encore pour des services juridiques déjà obtenus).

De plus, il n'est pas dans l'intérêt des parties ou de l'administration de la justice que l'on reparte à zéro. En effet, tous les intéressés — les parties, les témoins et l'administration de la justice (dont la réputation serait ternie) — subiraient un préjudice. [par. 17-18]

[42] La continuation du procès n'est pas toujours préférable ni même possible. Quoi qu'il en soit, elle ne peut être valablement ordonnée que lorsque les intérêts de la justice l'exigent, qu'elle n'inflige aucun préjudice indu aux parties et qu'elle ne cause pas d'injustice.

[43] Enfin, j'estime que la cour de première instance à laquelle l'affaire est renvoyée doit conserver son pouvoir discrétionnaire d'ordonner plutôt un nouveau procès lorsque la continuation du procès se révèle irréaliste ou injuste.

[44] Dans la présente affaire, je le rappelle, les deux parties conviennent qu'une cour d'appel peut ordonner la continuation du procès lorsqu'elle annule l'arrêt des procédures. Elles prétendent toutefois que c'est plutôt une déclaration de culpabilité qui doit être consignée en l'espèce si l'arrêt des procédures est annulé, car selon elles, les conclusions de fait pertinentes ont déjà été tirées.

[45] Vu ma conclusion voulant que la Cour d'appel ait annulé à tort l'arrêt des procédures, j'estime inutile d'exprimer une opinion décisive sur son ordonnance de continuation du procès. Je me contente d'opiner que l'observation de l'*amicus curiae* selon laquelle une déclaration de culpabilité n'allait pas de soi me paraît avoir un fondement.

[46] Comme le signale l'*amicus curiae*, selon l'acte d'accusation, M. Bellusci aurait usé de la

contrary to s. 423.1(1)(b) and (2)(a), whereas Mr. Bellusci was only found to have uttered *verbal threats*, an offence under a different subsection of the *Code*.

V

[47] For all of these reasons, I would allow the appeal and restore the stay of proceedings entered by the trial judge.

Appeal allowed and stay of proceedings restored.

Solicitors for the appellant: Lord, Poissant & Associés, Brossard.

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

Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: Shadley Battista, Montréal.

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

violence physique visée aux al. 423.1(1)(b) et (2)(a), alors qu'on a conclu qu'il avait seulement formulé des *menaces verbales*, une infraction prévue par une autre disposition du *Code*.

V

[47] Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'arrêt des procédures ordonné par le juge du procès.

Pourvoi accueilli et arrêt des procédures rétabli.

Procureurs de l'appelant : Lord, Poissant & Associés, Brossard.

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

Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae : Shadley Battista, Montréal.

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

Attorney General of Canada *Appellant*

Procureur général du Canada *Appelant*

v.

c.

**Downtown Eastside Sex Workers United
Against Violence Society and Sheryl
Kiselbach** *Respondents*

**Downtown Eastside Sex Workers United
Against Violence Society et Sheryl
Kiselbach** *Intimées*

and

et

**Attorney General of Ontario, Community
Legal Assistance Society, British Columbia
Civil Liberties Association, Ecojustice
Canada, Coalition of West Coast Women’s
Legal Education and Action Fund (West
Coast LEAF), Justice for Children and
Youth, ARCH Disability Law Centre,
Conseil scolaire francophone de la Colombie-
Britannique, David Asper Centre for
Constitutional Rights, Canadian Civil
Liberties Association, Canadian Association
of Refugee Lawyers, Canadian Council
for Refugees, Canadian HIV/AIDS Legal
Network, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario
and Positive Living Society of British
Columbia** *Interveners*

**Procureur général de l’Ontario, Community
Legal Assistance Society, Association des
libertés civiles de la Colombie-Britannique,
Ecojustice Canada, Coalition of West
Coast Women’s Legal Education and
Action Fund (West Coast LEAF), Justice
for Children and Youth, ARCH Disability
Law Centre, Conseil scolaire francophone
de la Colombie-Britannique, David Asper
Centre for Constitutional Rights, Association
canadienne des libertés civiles, Association
canadienne des avocats et avocates en droit
des réfugiés, Conseil canadien pour les
réfugiés, Réseau juridique canadien VIH/
sida, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario
et Positive Living Society of British
Columbia** *Intervenants*

**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v.
DOWNTOWN EASTSIDE SEX WORKERS UNITED
AGAINST VIOLENCE SOCIETY**

**RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
c. DOWNTOWN EASTSIDE SEX WORKERS UNITED
AGAINST VIOLENCE SOCIETY**

2012 SCC 45

2012 CSC 45

File No.: 33981.

N° du greffe : 33981.

2012: January 19; 2012: September 21.

2012 : 19 janvier; 2012 : 21 septembre.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps,
Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and
Karakatsanis JJ.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges
LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell,
Moldaver et Karakatsanis.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

*Civil procedure — Parties — Standing — Public in-
terest standing — Public interest group and individual
working on behalf of sex workers initiating constitutional*

*Procédure civile — Parties — Qualité pour agir —
Qualité pour agir dans l’intérêt public — Groupe de
défense de l’intérêt public et individu œuvrant pour*

challenge to prostitution provisions of Criminal Code — Whether constitutional challenge constituting a reasonable and effective means to bring case to court — Whether public interest group and individual should be granted public interest standing.

A Society whose objects include improving conditions for female sex workers in the Downtown Eastside of Vancouver and K, who worked as such for 30 years, launched a *Charter* challenge to the prostitution provisions of the *Criminal Code*. The chambers judge found that they should not be granted either public or private interest standing to pursue their challenge; the British Columbia Court of Appeal, however, granted them both public interest standing.

Held: The appeal should be dismissed.

In determining whether to grant standing in a public law case, courts must consider three factors: whether the case raises a serious justiciable issue; whether the party bringing the case has a real stake in the proceedings or is engaged with the issues that it raises; and whether the proposed suit is, in all of the circumstances and in light of a number of considerations, a reasonable and effective means to bring the case to court. A party seeking public interest standing must persuade the court that these factors, applied purposively and flexibly, favor granting standing. All of the other relevant considerations being equal, a party with standing as of right will generally be preferred.

In this case, the issue that separates the parties relates to the formulation and application of the third factor. This factor has often been expressed as a strict requirement that a party seeking standing persuade the court that there is *no* other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the court. While this factor has often been expressed as a strict requirement, this Court has not done so consistently and in fact has rarely applied the factor restrictively. Thus, it would be better expressed as requiring that the proposed suit be, in all of the circumstances and in light of a number of considerations, a reasonable and effective means to bring the case to court.

les travailleuses du sexe à l'origine d'une contestation constitutionnelle des dispositions du Code criminel relatives à la prostitution — La contestation constitutionnelle constitue-t-elle une manière raisonnable et efficace de soumettre la cause à la cour? — Le groupe de défense de l'intérêt public et l'individu devraient-ils se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public?

Une Société dont l'objet consiste notamment à améliorer les conditions de travail des travailleuses du sexe dans le quartier Downtown Eastside de Vancouver et K, qui a exercé ce métier durant 30 ans, ont lancé une contestation fondée sur la *Charte* des dispositions du *Code criminel* relatives à la prostitution. Le juge en cabinet a conclu qu'elles ne devraient ni l'une ni l'autre se voir reconnaître la qualité pour agir que ce soit dans l'intérêt public ou privé afin de poursuivre leur action; la Cour d'appel de la Colombie-Britannique leur a toutefois reconnu à toutes les deux la qualité pour agir dans l'intérêt public.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Lorsqu'il s'agit de décider s'il est justifié de reconnaître la qualité pour agir dans une cause de droit public, les tribunaux doivent soupeser trois facteurs. Ils doivent se demander si l'affaire soulève une question justiciable sérieuse; si la partie qui a intenté la poursuite a un intérêt réel dans les procédures ou est engagée quant aux questions qu'elles soulèvent; et si la poursuite proposée, compte tenu de toutes les circonstances et à la lumière d'un grand nombre de considérations, constitue une manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour. Le demandeur qui souhaite se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public doit convaincre la cour que ces facteurs, appliqués d'une manière souple et téléologique, militent en faveur de la reconnaissance de cette qualité. Toutes les autres considérations étant égales par ailleurs, un demandeur qui possède de plein droit la qualité pour agir sera généralement préféré.

La question qui oppose les parties en l'espèce a trait à la formulation et à l'application du troisième de ces facteurs. Ce facteur a longtemps été qualifié d'exigence stricte que la personne demandant la reconnaissance de sa qualité pour agir devait démontrer qu'il n'y a *pas* d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour. Il n'empêche que la Cour ne l'a pas formulé systématiquement de cette façon et l'a même rarement appliqué restrictivement. Ainsi, il serait préférable de formuler ce facteur comme exigeant que la poursuite proposée, compte tenu de toutes les circonstances et à la lumière d'un grand nombre de considérations, constitue *une* manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour.

By taking a purposive approach to the issue, courts should consider whether the proposed action is an economical use of judicial resources, whether the issues are presented in a context suitable for judicial determination in an adversarial setting and whether permitting the proposed action to go forward will serve the purpose of upholding the principle of legality. A flexible, discretionary approach is called for in assessing the effect of these considerations on the ultimate decision to grant or to refuse standing. There is no binary, yes or no, analysis possible. Whether a means of proceeding is reasonable, whether it is effective and whether it will serve to reinforce the principle of legality are matters of degree and must be considered in light of realistic alternatives in all of the circumstances.

In this case, all three factors, applied purposively and flexibly, favour granting public interest standing to the respondents. In fact, there is no dispute that the first and second factors are met: the respondents' action raises serious justiciable issues and the respondents have an interest in the outcome of the action and are fully engaged with the issues that they seek to raise. Indeed, the constitutionality of the prostitution provisions of the *Criminal Code* constitutes a serious justiciable issue and the respondents, given their work, have a strong engagement with the issue.

In this case, the third factor is also met. The existence of a civil case in another province is certainly a highly relevant consideration that will often support denying standing. However, the existence of parallel litigation — even litigation that raises many of the same issues — is not necessarily a sufficient basis for denying standing. Given the provincial organization of our superior courts, decisions of the courts in one province are not binding on courts in the others. Thus, litigation in one province is not necessarily a full response to a plaintiff wishing to litigate similar issues in another. Further, the issues raised are not the same as those in the other case. The court must also examine not only the precise legal issue, but the perspective from which it is made. In the other case, the perspective is very different. The claimants in that case were not primarily involved in street-level sex work, whereas the main focus in this case is on those individuals. Finally, there may be other litigation management strategies, short of the blunt instrument of a denial of standing, to ensure the efficient and effective use of judicial resources. A stay of proceedings pending resolution of other litigation is

En abordant la question sous l'angle téléologique, les tribunaux doivent se demander si l'action envisagée constitue une utilisation efficiente des ressources judiciaires, si les questions sont justiciables dans un contexte accusatoire, et si le fait d'autoriser la poursuite de l'action envisagée favorise le respect du principe de la légalité. Une approche souple et discrétionnaire est de mise pour juger de l'effet de ces considérations sur la décision ultime de reconnaître ou non la qualité pour agir. Une analyse dichotomique répondant par un oui ou par un non n'est pas envisageable. Les questions visant à déterminer si une manière de procéder est raisonnable, si elle est efficace et si elle favorise le renforcement du principe de la légalité sont des questions de degré et elles doivent être analysées en fonction de solutions de rechange pratiques, compte tenu de toutes les circonstances.

En l'espèce, appliqués selon une approche téléologique et souple, les trois facteurs militent pour la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public des intimées. En fait, il n'y a guère de désaccord quant au fait qu'il a été satisfait aux deux premiers facteurs : la poursuite des intimées soulève des questions justiciables sérieuses et les intimées ont un intérêt dans l'issue de l'action et sont totalement engagées au regard des questions qu'elles souhaitent soulever. En effet, la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* relatives à la prostitution constitue une question justiciable sérieuse et les intimées, compte tenu de leur travail, ont un solide engagement à l'égard de l'enjeu en cause.

En l'espèce, il est également satisfait au troisième facteur. L'existence d'une cause civile dans une autre province constitue certainement un facteur hautement pertinent qui milite souvent contre la reconnaissance de la qualité pour agir. Toutefois, l'existence d'une instance parallèle, même si elle soulève beaucoup de questions identiques, n'est pas nécessairement un motif suffisant pour refuser de reconnaître la qualité pour agir. Compte tenu de l'organisation provinciale de nos cours supérieures, les décisions rendues par celles d'une province ne lient pas les cours des autres provinces. Ainsi, une instance dans une province n'apporte pas nécessairement une réponse complète au demandeur qui désire tenter une poursuite sur des questions semblables dans une autre province. En outre, les questions soulevées dans l'autre cause ne sont pas identiques à celles soulevées en l'espèce. Le tribunal doit examiner non seulement la question juridique précise posée, mais aussi le contexte dans lequel elle l'est. Or, les contextes qui sont à l'origine des contestations dans l'autre cause et dans la présente affaire sont très différents. Les demandresses dans l'autre cause n'étaient pas principalement

one possibility that should be taken into account in exercising the discretion as to standing.

Taking these points into account here, the existence of other litigation, in the circumstances of this case, does not seem to weigh very heavily against the respondents in considering whether their suit is a reasonable and effective means of bringing the pleaded claims forward.

Moreover, the existence of other potential plaintiffs, while relevant, should be considered in light of practical realities, which are such that it is very unlikely that persons charged under the prostitution provisions would bring a claim similar to the respondents'. Further, the inherent unpredictability of criminal trials makes it more difficult for a party raising the type of challenge raised in this instance.

In this case, also, the record shows that there were no sex workers in the Downtown Eastside willing to bring a challenge forward. The willingness of many of these same persons to swear affidavits or to appear to testify does not undercut their evidence to the effect that they would not be willing or able to bring a challenge in their own names.

Other considerations should be taken into account in considering the reasonable and effective means factor. This case constitutes public interest litigation: the respondents have raised issues of public importance that transcend their immediate interests. Their challenge is comprehensive, relating as it does to nearly the entire legislative scheme. It provides an opportunity to assess through the constitutional lens the overall effect of this scheme on those most directly affected by it. A challenge of this nature may prevent a multiplicity of individual challenges in the context of criminal prosecutions. There is no risk of the rights of others with a more personal or direct stake in the issue being adversely affected by a diffuse or badly advanced claim.

des travailleuses de l'industrie du sexe qui exercent leur métier dans la rue, tandis que, en l'espèce, ce sont elles qui sont au cœur du débat. Finalement, mise à part la mesure radicale qui consiste à ne pas reconnaître la qualité pour agir, il pourrait y avoir d'autres stratégies en matière de gestion des litiges visant à assurer l'utilisation efficiente et efficace des ressources judiciaires. La suspension des procédures jusqu'au règlement d'autres instances est, de fait, une possibilité qui devrait être prise en compte lors de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de reconnaître ou non la qualité pour agir.

En tenant compte de ce qui précède, l'existence de l'autre instance, dans les circonstances de la présente affaire, ne semble pas peser très lourd contre les intimées lorsqu'il s'agit de déterminer si la poursuite qu'elles ont intentée constitue une manière raisonnable et efficace de soumettre les allégations formulées à l'attention de la cour.

De plus, l'existence de demandeurs potentiels, bien qu'il s'agisse d'un facteur pertinent, ne devrait être prise en compte qu'en fonction de considérations d'ordre pratique qui sont telles qu'il est très peu probable que des personnes accusées en application des dispositions relatives à la prostitution engageraient une action semblable à celle des intimées. De plus, le caractère imprévisible inhérent aux procès criminels rend les choses encore plus difficiles pour une partie soulevant une contestation de la nature de celle engagée en l'espèce.

En outre, en l'espèce, il appert du dossier qu'aucun travailleur de l'industrie du sexe du quartier Downtown Eastside de Vancouver n'était prêt à engager une contestation exhaustive. La volonté de bon nombre de ces personnes de souscrire des affidavits ou de comparaître pour témoigner n'affecte en rien la crédibilité de leur témoignage voulant qu'elles ne soient pas prêtes ou capables d'engager en leurs propres noms une contestation de cette nature.

D'autres considérations devraient être prises en compte lors de l'examen du facteur relatif aux manières plus raisonnables et efficaces. La présente affaire constitue un litige d'intérêt public : les intimées ont soulevé des questions d'importance pour le public, des questions qui transcendent leurs intérêts immédiats. Leur contestation est exhaustive en ce qu'elle vise la presque totalité du régime législatif. Elle fournit l'occasion d'évaluer, du point de vue du droit constitutionnel, l'effet global de ce régime sur les personnes les plus touchées par ses dispositions. Une contestation de cette nature est susceptible de prévenir une multiplicité de contestations individuelles engagées dans le cadre de poursuites criminelles. Il n'y a aucun risque de porter

It is obvious that the claim is being pursued with thoroughness and skill. There is no suggestion that others who are more directly or personally affected have deliberately chosen not to challenge these provisions. The presence of K, as well as the Society, will ensure that there is both an individual and collective dimension to the litigation.

Having found that the respondents have public interest standing to pursue their action, it is not necessary to address the issue of whether K has private interest standing.

Cases Cited

Applied: *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; **discussed:** *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 675; *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265; **referred to:** *Bedford v. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 4264, 327 D.L.R. (4th) 52, rev'd in part 2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *Smith v. Attorney General of Ontario*, [1924] S.C.R. 331; *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Skinner*, [1990] 1 S.C.R. 1235; *R. v. Stagnitta*, [1990] 1 S.C.R. 1226; *R. v. Smith* (1988), 44 C.C.C. (3d) 385; *R. v. Gagne*, [1988] O.J. No. 2518 (QL); *R. v. Jahelka* (1987), 43 D.L.R. (4th) 111; *R. v. Kazelman*, [1987] O.J. No. 1931 (QL); *R. v. Bavington*, [1987] O.J. No. 2728 (QL); *R. v. Cunningham* (1986), 31 C.C.C. (3d) 223; *R. v. Bear* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 255; *R. v. McLean* (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 232; *R. v. Bailey*, [1986] O.J. No. 2795 (QL); *R. v. Cheeseman*, Sask. Prov. Ct., June 19, 1986; *R. v. Blais*, 2008 BCCA 389, 301 D.L.R. (4th) 464; *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10; *R. v. Boston*, [1988] B.C.J. No. 1185 (QL); *R. v. DiGiuseppe* (2002), 161 C.C.C. (3d) 424.

atteinte aux droits d'autres individus ayant un intérêt plus personnel ou plus direct dans la question du fait d'une action trop générale ou mal présentée. Il est évident que la demande est plaidée avec rigueur et habileté. Rien ne laisse croire que d'autres personnes touchées de façon plus directe ou personnelle aient choisi de plein gré de ne pas contester ces dispositions. La présence de K, de même que celle de la Société, garantira que le litige aura une dimension à la fois individuelle et collective.

Ayant conclu que les intimées ont la qualité pour agir dans l'intérêt public afin de poursuivre leur action, il n'est pas nécessaire d'aborder la question de savoir si K a la qualité pour agir dans l'intérêt privé.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; **arrêts analysés :** *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675; *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265; **arrêts mentionnés :** *Bedford c. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 4264, 327 D.L.R. (4th) 52, inf. en partie par 2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *Smith c. Attorney General of Ontario*, [1924] R.C.S. 331; *Baker c. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235; *R. c. Stagnitta*, [1990] 1 R.C.S. 1226; *R. c. Smith* (1988), 44 C.C.C. (3d) 385; *R. c. Gagne*, [1988] O.J. No. 2518 (QL); *R. c. Jahelka* (1987), 43 D.L.R. (4th) 111; *R. c. Kazelman*, [1987] O.J. No. 1931 (QL); *R. c. Bavington*, [1987] O.J. No. 2728 (QL); *R. c. Cunningham* (1986), 31 C.C.C. (3d) 223; *R. c. Bear* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 255; *R. c. McLean* (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 232; *R. c. Bailey*, [1986] O.J. No. 2795 (QL); *R. c. Cheeseman*, C. prov. Sask., 19 juin 1986; *R. c. Blais*, 2008 BCCA 389, 301 D.L.R. (4th) 464; *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10; *R. c. Boston*, [1988] B.C.J. No. 1185 (QL); *R. c. DiGiuseppe* (2002), 161 C.C.C. (3d) 424.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), (d), 7, 15.

Constitution Act, 1982.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 210 to 213.

Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90 [rep. 168/2009], r. 19(24).

Authors Cited

Fiss, Owen M. “The Social and Political Foundations of Adjudication” (1982), 6 *Law & Hum. Behav.* 121.

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated December 2011, release 17).

Scott, Kenneth E. “Standing in the Supreme Court — A Functional Analysis” (1973), 86 *Harv. L. Rev.* 645.

Sossin, Lorne. “The Justice of Access: Who Should Have Standing to Challenge the Constitutional Adequacy of Legal Aid?” (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 727.

Sossin, Lorne M. *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2012.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Saunders, Neilson and Groberman JJ.A.), 2010 BCCA 439, 10 B.C.L.R. (5th) 33, 294 B.C.A.C. 70, 498 W.A.C. 70, 324 D.L.R. (4th) 1, 260 C.C.C. (3d) 95, 219 C.R.R. (2d) 171, [2011] 1 W.W.R. 628, [2010] B.C.J. No. 1983 (QL), 2010 CarswellBC 2729, setting aside in part a decision of Ehrcke J., 2008 BCSC 1726, 90 B.C.L.R. (4th) 177, 305 D.L.R. (4th) 713, 182 C.R.R. (2d) 262, [2009] 5 W.W.R. 696, [2008] B.C.J. No. 2447 (QL), 2008 CarswellBC 2709. Appeal dismissed.

Cheryl J. Tobias, Q.C., and *Donnaree Nygard*, for the appellant.

Joseph J. Arvay, Q.C., *Elin R. S. Sigurdson* and *Katrina Pacey*, for the respondents.

Janet E. Minor and *Courtney J. Harris*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

David W. Mossop, Q.C., and *Diane Nielsen*, for the intervener the Community Legal Assistance Society.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), d), 7, 15.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 210 à 213.

Loi constitutionnelle de 1982.

Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90 [abr. 168/2009], règle 19(24).

Doctrine et autres documents cités

Fiss, Owen M. « The Social and Political Foundations of Adjudication » (1982), 6 *Law & Hum. Behav.* 121.

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated December 2011, release 17).

Scott, Kenneth E. « Standing in the Supreme Court — A Functional Analysis » (1973), 86 *Harv. L. Rev.* 645.

Sossin, Lorne. « The Justice of Access : Who Should Have Standing to Challenge the Constitutional Adequacy of Legal Aid? » (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 727.

Sossin, Lorne M. *Boundaries of Judicial Review : The Law of Justiciability in Canada*, 2nd ed. Toronto : Carswell, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Saunders, Neilson et Groberman), 2010 BCCA 439, 10 B.C.L.R. (5th) 33, 294 B.C.A.C. 70, 498 W.A.C. 70, 324 D.L.R. (4th) 1, 260 C.C.C. (3d) 95, 219 C.R.R. (2d) 171, [2011] 1 W.W.R. 628, [2010] B.C.J. No. 1983 (QL), 2010 CarswellBC 2729, qui a infirmé en partie une décision du juge Ehrcke, 2008 BCSC 1726, 90 B.C.L.R. (4th) 177, 305 D.L.R. (4th) 713, 182 C.R.R. (2d) 262, [2009] 5 W.W.R. 696, [2008] B.C.J. No. 2447 (QL), 2008 CarswellBC 2709. Pourvoi rejeté.

Cheryl J. Tobias, c.r., et *Donnaree Nygard*, pour l’appellant.

Joseph J. Arvay, c.r., *Elin R. S. Sigurdson* et *Katrina Pacey*, pour les intimées.

Janet E. Minor et *Courtney J. Harris*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

David W. Mossop, c.r., et *Diane Nielsen*, pour l’intervenante Community Legal Assistance Society.

Jason B. Gratl and Megan Vis-Dunbar, for the interveners the British Columbia Civil Liberties Association.

Justin Duncan and Kaitlyn Mitchell, for the interveners Ecojustice Canada.

C. Tess Sheldon, Niamh Harraher and Kasari Govender, for the interveners the Coalition of West Coast Women's Legal Education and Action Fund (West Coast LEAF), Justice for Children and Youth and the ARCH Disability Law Centre.

Written submissions only by *Mark C. Power* and *Jean-Pierre Hachey*, for the interveners Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique.

Kent Roach and Cheryl Milne, for the interveners the David Asper Centre for Constitutional Rights.

Written submissions only by *Cara Faith Zwibel*, for the interveners the Canadian Civil Liberties Association.

Lorne Waldman, Clare Crummey and Tamara Morgenthau, for the interveners the Canadian Association of Refugee Lawyers and the Canadian Council for Refugees.

Written submissions only by *Michael A. Feder, Alexandra E. Cocks* and *Jordanna Cytrynbaum*, for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario and the Positive Living Society of British Columbia.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] This appeal is concerned with the law of public interest standing in constitutional cases. The law of standing answers the question of who is entitled

Jason B. Gratl et Megan Vis-Dunbar, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Justin Duncan et Kaitlyn Mitchell, pour l'intervenant Ecojustice Canada.

C. Tess Sheldon, Niamh Harraher et Kasari Govender, pour les intervenants Coalition of West Coast Women's Legal Education and Action Fund (West Coast LEAF), Justice for Children and Youth et ARCH Disability Law Centre.

Argumentation écrite seulement par *Mark C. Power* et *Jean-Pierre Hachey*, pour l'intervenant le Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique.

Kent Roach et Cheryl Milne, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

Argumentation écrite seulement par *Cara Faith Zwibel*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Lorne Waldman, Clare Crummey et Tamara Morgenthau, pour les intervenants l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés et le Conseil canadien pour les réfugiés.

Argumentation écrite seulement par *Michael A. Feder, Alexandra E. Cocks* et *Jordanna Cytrynbaum*, pour les intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario et Positive Living Society of British Columbia.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi porte sur les règles de droit relatives à la qualité pour agir dans l'intérêt public dans les causes en matière constitutionnelle. Ces

to bring a case to court for a decision. Of course it would be intolerable if everyone had standing to sue for everything, no matter how limited a personal stake they had in the matter. Limitations on standing are necessary in order to ensure that courts do not become hopelessly overburdened with marginal or redundant cases, to screen out the mere “busy-body” litigant, to ensure that courts have the benefit of contending points of view of those most directly affected and to ensure that courts play their proper role within our democratic system of government: *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607, at p. 631. The traditional approach was to limit standing to persons whose private rights were at stake or who were specially affected by the issue. In public law cases, however, Canadian courts have relaxed these limitations on standing and have taken a flexible, discretionary approach to public interest standing, guided by the purposes which underlie the traditional limitations.

[2] In exercising their discretion with respect to standing, the courts weigh three factors in light of these underlying purposes and of the particular circumstances. The courts consider whether the case raises a serious justiciable issue, whether the party bringing the action has a real stake or a genuine interest in its outcome and whether, having regard to a number of factors, the proposed suit is a reasonable and effective means to bring the case to court: *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, at p. 253. The courts exercise this discretion to grant or refuse standing in a “liberal and generous manner” (p. 253).

[3] In this case, the respondents the Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society, whose objects include improving working conditions for female sex workers,

règles déterminent qui peut soumettre une affaire aux tribunaux. Bien entendu, la situation serait insoutenable si tous avaient la qualité pour engager des poursuites à tout propos, aussi tenu leur intérêt personnel soit-il dans la cause. Des restrictions s’imposent donc en matière de qualité pour agir afin d’assurer que les tribunaux ne deviennent pas complètement submergés par des poursuites insignifiantes ou redondantes, d’écarter les trouble-fête et de s’assurer que les tribunaux entendent les principaux intéressés faire valoir contradictoirement leurs points de vue et jouent le rôle qui leur est propre dans le cadre de notre système démocratique de gouvernement : *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607, p. 631. Selon l’approche traditionnellement retenue, la qualité pour agir était limitée aux personnes dont les intérêts privés étaient en jeu ou pour qui l’issue des procédures avait des incidences particulières. Dans les causes de droit public, les tribunaux canadiens ont toutefois tempéré ces limites et adopté une approche souple et discrétionnaire quant à la question de la qualité pour agir dans l’intérêt public, guidés en cela par les objectifs qui étaient sous-jacents aux limites traditionnelles.

[2] Lorsqu’ils exercent leur pouvoir discrétionnaire en matière de qualité pour agir, les tribunaux soupèsent trois facteurs à la lumière de ces objectifs sous-jacents et des circonstances particulières de chaque cas. Ils se demandent si l’affaire soulève une question justiciable sérieuse, si la partie qui a intenté la poursuite a un intérêt réel ou véritable dans son issue et, en tenant compte d’un grand nombre de facteurs, si la poursuite proposée constitue une manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour : *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236, p. 253. Les tribunaux exercent ce pouvoir discrétionnaire de reconnaître ou non la qualité pour agir de façon « libérale et souple » (p. 253).

[3] En l’espèce, les intimées Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society (« Société ») — dont l’objet consiste notamment à améliorer les conditions de travail

and Ms. Kiselbach, have launched a broad constitutional challenge to the prostitution provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The British Columbia Court of Appeal found that they should be granted public interest standing to pursue this challenge; the Attorney General of Canada appeals. The appeal raises one main question: whether the three factors which courts are to consider in deciding the standing issue are to be treated as a rigid checklist or as considerations to be taken into account and weighed in exercising judicial discretion in a way that serves the underlying purposes of the law of standing. In my view, the latter approach is the right one. Applying it here, my view is that the Society and Ms. Kiselbach should be granted public interest standing. I would therefore dismiss the appeal.

II. Issues

[4] The issues as framed by the parties are whether the respondents should be granted public interest standing and whether Ms. Kiselbach should be granted private interest standing. In my view, this case is best resolved by considering the discretion to grant public interest standing and standing should be granted to the respondents on that basis.

III. Overview of Facts and Proceedings

A. *Facts*

[5] The respondent Society is a registered British Columbia society whose objects include improving working conditions for female sex workers. It is run “by and for” current and former sex workers living in the Vancouver Downtown Eastside. The Society’s members are women, the majority of whom are Aboriginal, living with addiction issues, health challenges, disabilities, and poverty; almost

des travailleuses du sexe — et M^{me} Kiselbach ont lancé une vaste contestation constitutionnelle des dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, relatives à la prostitution. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a jugé qu’il y avait lieu de leur reconnaître la qualité pour agir dans l’intérêt public pour qu’elles puissent faire valoir cette contestation. Le procureur général du Canada interjette appel de cette décision. Le pourvoi porte principalement sur la question de savoir si les trois facteurs que les tribunaux doivent prendre en compte afin de juger de la qualité pour agir doivent être considérés comme des éléments d’une liste de contrôle rigide ou s’ils doivent être pris en compte et soupesés dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire en vue de servir les principes sous-jacents des règles de droit applicables à ce sujet. À mon avis, la dernière approche est la bonne et, en l’appliquant en l’espèce, j’estime qu’il y a lieu de reconnaître à la Société et à M^{me} Kiselbach la qualité pour agir dans l’intérêt public. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi.

II. Questions en litige

[4] Les questions en litige telles qu’elles sont exposées par les parties sont celles de savoir si la Cour devrait reconnaître aux intimées la qualité pour agir dans l’intérêt public et à M^{me} Kiselbach la qualité pour agir dans l’intérêt privé. À mon avis, la meilleure façon de régler la présente affaire consiste à procéder à l’examen du pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir dans l’intérêt public et, sur cette base, de la reconnaître aux intimées.

III. Aperçu des faits et des procédures

A. *Les faits*

[5] La Société intimée est une entreprise enregistrée de la Colombie-Britannique qui a notamment pour objet d’améliorer les conditions de travail des travailleuses du sexe. Elle est administrée « par et pour » des travailleuses du sexe actives et retirées vivant dans le quartier Downtown Eastside de Vancouver. Les membres de la Société sont des femmes, la plupart autochtones, vivant avec des

all have been victims of physical and/or sexual violence.

[6] Sheryl Kiselbach is a former sex worker currently working as a violence prevention coordinator in the Downtown Eastside. For approximately 30 years, Ms. Kiselbach engaged in a number of forms of sex work, including exotic dancing, live sex shows, work in massage parlours and street-level free-lance prostitution. During the course of this time, she was convicted of several prostitution-related offences. Ms. Kiselbach left the sex industry in 2001. She claims to have been unable to participate in a court challenge to prostitution laws when working as a sex worker because of risk of public exposure, fear for her personal safety, and the potential loss of social services, income assistance, clientele and employment opportunities (chambers judge's reasons, 2008 BCSC 1726, 90 B.C.L.R. (4th) 177, at paras. 29 and 44).

[7] The respondents commenced an action challenging the constitutional validity of sections of the *Criminal Code* that deal with different aspects of prostitution. They seek a declaration that these provisions violate the rights of free expression and association, to equality before the law and to life, liberty and security of the person guaranteed by ss. 2(b), 2(d), 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The challenged provisions are what I will refer to as the "prostitution provisions", the "bawdy house provisions", the "procurement provision" and the "communication provision". Prostitution provisions is the generic term to refer to the provisions in the *Criminal Code* relating to the criminalization of activities related to prostitution (ss. 210 to 213). Within these provisions can be found the bawdy house provisions, which include those relating to keeping and being within a common bawdy house (s. 210), and transporting a person to a common bawdy house (s. 211). The procurement provision refers to the act of procuring and living on the avails of prostitution (s. 212,

problèmes de toxicomanie, de santé, d'incapacités et de pauvreté; elles ont presque toutes été victimes de violence physique ou sexuelle, ou des deux.

[6] Sheryl Kiselbach est une ancienne travailleuse du sexe qui occupe actuellement un emploi de coordonnatrice en prévention de la violence dans le quartier Downtown Eastside. Pendant environ 30 ans, elle a exercé diverses activités dans l'industrie du sexe dont la danse exotique, les spectacles érotiques en direct, les séances en salons de massage et la prostitution de rue en tant que travailleuse autonome. Durant cette période, elle a été déclarée coupable de plusieurs infractions relatives à la prostitution. Elle a quitté cette industrie en 2001. Elle soutient avoir été incapable de participer à une contestation judiciaire des lois relatives à la prostitution pendant qu'elle était active comme travailleuse du sexe en raison des risques liés à une exposition publique, de la crainte pour sa sécurité personnelle et de la perte éventuelle de services sociaux, d'aide au revenu, de clientèle et de possibilités d'emploi (motifs du juge en cabinet, 2008 BCSC 1726, 90 B.C.L.R. (4th) 177, par. 29 et 44).

[7] Les intimées ont intenté une action contestant la validité constitutionnelle de certains articles du *Code criminel* qui traitent de différents aspects de la prostitution. Elles sollicitent un jugement déclaratoire portant que ces dispositions enfreignent les droits à la liberté d'expression et d'association, ainsi que les droits à l'égalité devant la loi, à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garantis par les al. 2b) et 2d) ainsi que par les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les dispositions contestées sont ce que j'appellerai les « dispositions relatives à la prostitution », les « dispositions relatives aux maisons de débauche », la « disposition relative au proxénétisme » et la « disposition relative à la communication ». Le premier de ces termes, soit « dispositions relatives à la prostitution », constitue l'expression générique pour désigner l'ensemble des dispositions du *Code criminel* portant sur la criminalisation des activités relatives à la prostitution (art. 210 à 213). Parmi elles, on retrouve les dispositions relatives aux maisons de débauche qui créent notamment les

except for s. 212(1)(g) and (i)), while the communication provision refers to the act of soliciting in a public place (s. 213(1)(c)). Neither respondent is currently charged with any of the offences challenged.

[8] The respondents' position is that the prostitution provisions (ss. 210 to 213) infringe s. 2(d) freedom of association rights because these provisions prevent prostitutes from joining together to increase their personal safety; s. 7 security of the person rights due to the possibility of arrest and imprisonment and because the provisions prevent prostitutes from taking steps to improve the health and safety conditions of their work; s. 15 equality rights because the provisions discriminate against members of a disadvantaged group; and s. 2(b) freedom of expression rights by making illegal communication which could serve to increase safety and security.

B. *Proceedings*

- (1) British Columbia Supreme Court (Ehrcke J.), 2008 BCSC 1726, 90 B.C.L.R. (4th) 177

[9] The Attorney General of Canada applied in British Columbia Supreme Court Chambers to dismiss the respondents' action on the ground that they lacked standing to bring it. In the alternative, he applied under Rule 19(24) of the *Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90 (replaced by *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, effective July 1, 2010), to have portions of the statement of claim struck out and part of the action stayed on the basis that the pleadings disclosed no reasonable

infractions que constitue le fait de tenir une maison de débauche, de se trouver dans une telle maison (art. 210), ainsi que d'y transporter une personne (art. 211); la disposition relative au proxénétisme qui vise l'acte d'induire à avoir des rapports sexuels et de vivre des produits de la prostitution (art. 212, sauf les al. 212(1)g) et i)), et la disposition relative à la communication qui vise l'acte de sollicitation dans un endroit public (al. 213(1)c)). Aucune des intimées n'est actuellement accusée de l'une ou l'autre des infractions décrites par les dispositions contestées.

[8] Selon les intimées, les dispositions relatives à la prostitution (art. 210 à 213) portent atteinte au droit à la liberté d'association garanti par l'al. 2d) parce qu'elles empêchent les prostituées de se regrouper afin d'accroître leur sécurité personnelle. Elles soutiennent que ces dispositions portent également atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 parce que les prostituées courent le risque d'être arrêtées et détenues et parce que ces dispositions les empêchent de prendre des mesures pour améliorer leurs conditions de santé et de sécurité au travail; au droit à l'égalité garanti par l'art. 15 parce que ces dispositions sont discriminatoires à l'égard des membres d'un groupe défavorisé; et au droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) puisque des communications qui pourraient servir à accroître leur sécurité sont rendues illégales.

B. *Historique des procédures*

- (1) Cour suprême de la Colombie-Britannique (le juge Ehrcke), 2008 BCSC 1726, 90 B.C.L.R. (4th) 177

[9] Le Procureur général du Canada a demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique siégeant en cabinet de rejeter la poursuite des intimées au motif qu'elles n'avaient pas la qualité pour l'intenter. Subsidiairement, au titre de la règle 19(24) des *Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90 (remplacées par les *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2010), il a demandé la radiation de certaines parties de la déclaration et la suspension d'une partie

claim. In the further alternative, he applied for particulars which he said were necessary in order to know the case to be met (chambers judge's reasons, at para. 2). The chambers judge dismissed the action, holding that neither respondent had private interest standing and that discretionary public interest standing should not be granted to them. In light of this conclusion, the chambers judge found it unnecessary to consider the Attorney General's applications under Rule 19(24) and for particulars (para. 88).

[10] The chambers judge reasoned that neither the Society nor Ms. Kiselbach was charged with any of the impugned provisions or was a defendant in an action brought by a government agency relying upon the legislation. Further, the Society is a separate entity with rights distinct from those of its members. Ms. Kiselbach, he determined, was not entitled to private interest standing because she was not currently engaged in sex work and the continued stigma associated with her past convictions could not give rise to private interest standing because that would amount to a collateral attack on her previous convictions.

[11] The chambers judge turned to public interest standing and found that he should not exercise his discretion to grant standing to either respondent. He reviewed what he described as the three "requirements" for public interest standing as set out in *Canadian Council of Churches* and concluded that the respondents' action raised serious constitutional issues and they had a genuine interest in the validity of the provisions. Thus, the judge held that the first and second "requirements" for public interest standing were established. He then turned to the third part of the test, "whether, if standing is denied, there exists another reasonable and effective way to bring the issue before the court" (para.

de la poursuite au motif que les actes de procédures ne révélaient aucune cause d'action raisonnable. Subsidiairement encore, il a demandé des précisions qui, selon lui, étaient nécessaires pour connaître les éléments invoqués dans la poursuite et les réfuter (motifs du juge en cabinet, par. 2). Le juge en cabinet a rejeté l'action statuant que ni l'une ni l'autre des intimées n'avaient la qualité pour agir dans l'intérêt privé et que la qualité pour agir dans l'intérêt public qui est tributaire de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne devait pas leur être reconnue. Compte tenu de cette décision, le juge en cabinet a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'examiner la demande présentée par le procureur général au titre de la règle 19(24), ni celle sollicitant des précisions (par. 88).

[10] Le juge en cabinet a noté que ni la Société ni M^{me} Kiselbach n'étaient accusées des infractions prévues aux dispositions contestées ou n'étaient défenderesses à une action engagée par un organisme gouvernemental, toujours en application des dispositions en question. En outre, il a précisé que la Société est une entité séparée dont les droits sont distincts de ceux de ses membres. Il a aussi jugé que M^{me} Kiselbach ne pouvait pas se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt privé, d'une part parce qu'elle ne travaillait pas actuellement dans l'industrie du sexe et, d'autre part parce que le stigmate persistant associé à ses condamnations antérieures ne pouvait lui donner cette qualité, puisque cela équivaldrait à les contester de façon indirecte.

[11] Le juge en cabinet s'est ensuite penché sur la question de la qualité pour agir dans l'intérêt public et il ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire pour reconnaître cette qualité ni à l'une ni à l'autre des intimées. Il a examiné ce qu'il a décrit comme étant les trois « exigences » pour se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public tel qu'elles sont énoncées dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises*. Il a conclu que la poursuite des intimées soulevait des questions constitutionnelles sérieuses et que les intimées avaient un intérêt véritable quant à la validité des dispositions. Le juge a donc estimé qu'il avait été satisfait aux première et deuxième « exigences » relatives à la qualité pour

70). This, in the judge's view, was where the respondents' claim for standing faltered.

[12] He agreed with the Attorney General's argument that the provisions could be challenged by litigants charged under them. The fact that members of the Society were "particularly vulnerable" and allegedly unable to come forward could not give rise to public interest standing (para. 76). Members of the Society would likely have to come forward as witnesses should the matter proceed to trial and if they were willing to testify as witnesses, they were able to come forward as plaintiffs. The chambers judge noted that there was litigation underway in Ontario raising many of the same issues: *Bedford v. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 4264, 327 D.L.R. (4th) 52, rev'd in part 2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1. He reasoned that, while the existence of this litigation was not necessarily a sufficient reason for denying standing, it tended to show that there "may nevertheless be potential plaintiffs with personal interest standing who could, if they chose to do so, bring all of these issues before the court" (para. 75). He also referred to the fact that there had been a number of cases in British Columbia and elsewhere where the impugned legislation had been challenged and that there are hundreds of criminal prosecutions every year in British Columbia in each of which the accused "would be entitled, as of right, to raise the constitutional issues that the plaintiffs seek to raise in the case at bar" (para. 77).

[13] The judge concluded that he was bound to apply the test of whether there is no other reasonable and effective way to bring the issue before the court and that the respondents did not meet that test (para. 85).

agir dans l'intérêt public. Il a ensuite examiné le troisième élément du test, soit [TRADUCTION] « la question de savoir si, dans la mesure où la qualité n'était pas reconnue, il existait une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour » (par. 70). Selon le juge, c'est à cet égard que la demande des intimées présentait des faiblesses.

[12] Il a souscrit à l'argument du procureur général selon lequel les dispositions pouvaient être contestées par les justiciables accusés en vertu d'elles. À son avis, le fait que des membres de la Société soient [TRADUCTION] « particulièrement vulnérables » et soi-disant incapables de se manifester ne pouvait justifier la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public (par. 76). Si l'affaire avait été instruite, des membres de la Société auraient probablement eu à témoigner, et si elles étaient prêtes à faire cela, elles étaient aussi en mesure de se présenter à titre de demanderesse. Le juge en cabinet a aussi souligné qu'il y avait une poursuite en cours en Ontario qui soulevait bon nombre des mêmes questions : *Bedford c. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 4264, 327 D.L.R. (4th) 52, inf. en partie par 2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1. Il a expliqué que, même si l'existence de ce litige ne constituait pas nécessairement un motif suffisant pour refuser de reconnaître la qualité pour agir, elle tendait à démontrer qu'« il pourrait néanmoins y avoir des demandeurs éventuels ayant qualité pour agir dans l'intérêt privé qui pourraient, s'ils choisissaient de le faire, soumettre l'ensemble de ces questions à la cour » (par. 75). Il a également mentionné qu'il y avait eu un certain nombre de causes en Colombie-Britannique et ailleurs dans le cadre desquelles les dispositions législatives contestées en l'espèce avaient fait l'objet de contestations et qu'il y a chaque année en Colombie-Britannique des centaines de procès au criminel durant lesquels l'accusé « pourrait soulever, de plein droit, les questions constitutionnelles que les demanderesse tentent de soulever en l'espèce » (par. 77).

[13] Le juge a conclu qu'il était tenu d'appliquer le critère visant à déterminer s'il n'y a pas une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour et que les intimées n'avaient pas satisfait à ce critère (par. 85).

(2) British Columbia Court of Appeal, 2010 BCCA 439, 10 B.C.L.R. (5th) 33

[14] The respondents appealed, submitting that the chambers judge had erred by rejecting private interest standing for Ms. Kiselbach and public interest standing for both respondents. The chambers judge's finding that the Society did not have private interest standing was not appealed (para. 3). The majority of the Court of Appeal upheld the chambers judge's decision to deny Ms. Kiselbach's private interest standing, but concluded that both respondents ought to have been granted public interest standing. The only issue on which the Court of Appeal divided was with respect to the third factor, that is, whether standing should be denied because there were other ways the issues raised in the respondents' proceedings could be brought before the courts.

[15] Saunders J.A. (Neilson J.A. concurring), writing for the majority, found no reason for denying public interest standing. She held that this Court has made it clear that the discretion to grant standing must not be exercised mechanistically but rather in a broad and liberal manner to achieve the objective of ensuring that impugned laws are not immunized from review. The majority read the dissenting reasons for judgment of Binnie and LeBel JJ. in *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791, as characterizing the *Charter* challenge in that case as a "systemic" challenge, which differs in scope from an individual's challenge addressing a discrete issue. To the majority, *Chaoulli* recognized that any problems arising from the difference in scope of the challenge may be resolved by taking "a more relaxed view of standing in the right case" (para. 59).

(2) Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2010 BCCA 439, 10 B.C.L.R. (5th) 33

[14] Les intimées ont interjeté appel, faisant valoir que le juge en cabinet avait commis une erreur en refusant de reconnaître à M^{me} Kiselbach la qualité pour agir dans l'intérêt privé et aux deux intimées la qualité pour agir dans l'intérêt public. La conclusion du juge en cabinet selon laquelle la Société n'avait pas qualité pour agir dans l'intérêt privé n'a pas été portée en appel (par. 3). La Cour d'appel, à la majorité, a maintenu la décision du juge en cabinet de refuser de reconnaître à M^{me} Kiselbach la qualité pour agir dans l'intérêt privé, mais elle a conclu que la qualité pour agir dans l'intérêt public des deux intimées aurait dû être reconnue. Une seule question a donné lieu à une dissidence en Cour d'appel, soit celle relative au troisième facteur de l'analyse qui vise à déterminer si la cour devait refuser de reconnaître la qualité pour agir parce qu'il y avait d'autres manières de saisir les tribunaux des questions soulevées par les intimées dans le cadre de leurs procédures.

[15] La juge Saunders de la Cour d'appel, avec l'accord de la juge Neilson et rédigeant au nom des juges majoritaires, n'a trouvé aucune raison de refuser de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public. Selon elle, la Cour avait énoncé clairement que le pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir ne doit pas être exercé mécaniquement, mais plutôt de manière large et libérale afin d'assurer que les dispositions législatives contestées n'échappent pas à tout examen. Selon les juges majoritaires, les motifs dissidents exprimés par les juges Binnie et LeBel dans l'arrêt *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791, qualifiaient la contestation fondée sur des dispositions de la *Charte* dans cette instance de contestation « systémique » dont la portée différerait de celle d'une contestation engagée par un individu et touchant une question particulière. Pour les juges majoritaires, l'arrêt *Chaoulli* a reconnu que les problèmes soulevés par des contestations dont la portée diffère peuvent être réglés en adoptant [TRADUCTION] « une conception plus large de la qualité pour agir lorsqu'il y a lieu de le faire » (par. 59).

[16] Applying this approach, the majority considered this case to fall closer on the spectrum to *Chaoulli* than to *Canadian Council of Churches*. Saunders J.A. took the view that the chambers judge had stripped the action of its central thesis by likening it to cases in which prostitution-related charges were laid. Saunders J.A. focused on the multi-faceted nature of the proposed challenge and felt that the respondents were seeking to challenge the *Criminal Code* provisions with reference to their cumulative effect on sex trade workers. In the majority judges' view, public interest standing ought to be granted in this case because the essence of the complaint was that the law impermissibly renders individuals vulnerable while they go about otherwise lawful activities and exacerbates their vulnerability.

[17] In dissent, Groberman J.A. agreed with the chambers judge's reasoning. In his view, this case did not raise any challenges that could not be advanced by persons with private interest standing. He accepted the respondents' position that it was unlikely that a case would arise in which a multi-pronged attack on all of the impugned provisions could take place. However, he did not consider that the lack of such an opportunity established a valid basis for public interest standing. He took the view that a very broad-ranging challenge such as the one in this case required extensive evidence on a multitude of issues and he did not find it clear that the litigation process would deal fairly and effectively with such a challenge in a reasonable amount of time. Interpreting the judgment in *Chaoulli*, Groberman J.A. held that the Court had not broadened the basis for public interest standing. In his view, *Chaoulli* did not establish that public interest standing should be granted preferentially for wide and sweeping attacks on legislation.

[16] Appliquant cette approche, les juges majoritaires ont estimé que la présente instance se rapprochait davantage de l'affaire *Chaoulli* que de celle du *Conseil canadien des Églises*. Selon la juge Saunders, le juge en cabinet a dépouillé la poursuite de la thèse sur laquelle elle reposait en l'assimilant aux poursuites où avaient été déposées des accusations relatives à la prostitution. La juge Saunders s'est concentrée sur la nature multidimensionnelle de la contestation envisagée et a conclu que les intimées cherchaient à contester les dispositions du *Code criminel* en fonction de leur effet cumulatif sur les travailleurs de l'industrie du sexe. Dans l'opinion des juges majoritaires, la qualité pour agir dans l'intérêt public devait être reconnue en l'espèce puisque l'essence de la plainte était que ces dispositions législatives rendent vulnérables de façon inacceptable des personnes s'adonnant à des activités par ailleurs licites et aggravent leur vulnérabilité.

[17] Le juge Groberman, dissident, a souscrit au raisonnement du juge en cabinet. À son avis, la présente affaire ne soulève aucune contestation qui n'aurait pas pu être engagée par quiconque ayant la qualité pour agir dans l'intérêt privé. Il a accepté la position des intimées selon laquelle il était peu probable qu'une affaire soit engagée dans laquelle il serait possible d'attaquer sous plusieurs aspects la validité de toutes les dispositions contestées. Il n'a cependant pas considéré que l'absence d'une telle possibilité justifie la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public. Il a estimé qu'une contestation dont la portée est très large, comme celle en l'espèce, exige une preuve considérable sur une multitude d'aspects et il ne lui a pas semblé manifeste que le processus judiciaire traiterait de façon équitable et efficace une telle contestation dans un délai raisonnable. Suivant son interprétation de l'arrêt *Chaoulli*, le juge Groberman a conclu que la Cour n'avait pas élargi le fondement de la qualité pour agir dans l'intérêt public. À son avis, cet arrêt n'a pas établi que la qualité pour agir dans l'intérêt public devait être reconnue de façon préférentielle dans le contexte de contestations de portée vaste et générale visant des dispositions législatives.

IV. Analysis

A. *Public Interest Standing*

(1) The Central Issue

[18] In *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575, the majority of the Court summed up the law of standing to seek a declaration that legislation is invalid as follows: if there is a serious justiciable issue as to the law's invalidity, "a person need only to show that he is affected by it directly or that he has a genuine interest as a citizen in the validity of the legislation and that there is no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the Court" (p. 598). At the root of this appeal is how this approach to standing should be applied.

[19] The chambers judge, supported by quotations from the leading cases, was of the view that the law sets out three requirements — something in the nature of a checklist — which a person seeking discretionary public interest standing must establish in order to succeed. The respondents, on the other hand, contend for a more flexible approach, emphasizing the discretionary nature of the standing decision. The debate focuses on the third factor as it was expressed in *Borowski* — that there is no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought to the court — and concerns how strictly this factor should be defined and how it should be applied.

[20] My view is that the three elements identified in *Borowski* are interrelated factors that must be weighed in exercising judicial discretion to grant or deny standing. These factors, and especially the third one, should not be treated as hard and fast requirements or free-standing, independently operating tests. Rather, they should be assessed and weighed cumulatively, in light of the underlying purposes of limiting standing and applied in a

IV. Analyse

A. *La qualité pour agir dans l'intérêt public*

(1) La principale question en litige

[18] Dans l'arrêt *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, les juges majoritaires ont résumé comme suit le droit applicable à la qualité pour agir dans une poursuite visant à faire invalider une loi : si une question justiciable sérieuse se pose quant à l'invalidité de la loi, « il suffit qu'une personne démontre qu'elle est directement touchée ou qu'elle a, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi, et qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour » (p. 598). La manière dont cette conception de la qualité pour agir devrait s'appliquer est à l'origine du présent pourvoi.

[19] S'appuyant sur des citations tirées des arrêts de principe, le juge en cabinet a estimé que le droit établit trois conditions — une méthode rappelant l'utilisation d'une liste de contrôle — auxquelles une personne sollicitant l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire pour se voir accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public doit satisfaire pour avoir gain de cause. Les intimées plaident cependant pour une approche plus souple, mettant l'accent sur le caractère discrétionnaire des décisions relatives à la qualité pour agir. Le débat porte sur le troisième facteur tel qu'il a été énoncé dans l'arrêt *Borowski* — soit celui qui consiste à se demander s'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour — et consiste à déterminer la rigueur avec laquelle ce facteur devrait être défini et la façon dont il devrait être appliqué.

[20] À mon avis, les trois éléments énoncés dans l'arrêt *Borowski* sont intimement liés et doivent être considérés dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de reconnaître ou non la qualité pour agir. Ces facteurs, et plus particulièrement le troisième, ne devraient pas être considérés comme des exigences inflexibles ou comme des critères autonomes sans aucun lien de dépendance les uns avec les autres. Ils devraient plutôt être appréciés et

flexible and generous manner that best serves those underlying purposes.

[21] I do not propose to lead a forced march through all of the Court's case law on public interest standing. However, I will highlight some key aspects of the Court's standing jurisprudence: its purposive approach, its underlying concern with the principle of legality and its emphasis on the wise application of judicial discretion. I will then explain that, in my view, the proper consideration of these factors supports the Court of Appeal's conclusion that the respondents ought to be granted public interest standing.

(2) The Purposes of Standing Law

[22] The courts have long recognized that limitations on standing are necessary; not everyone who may want to litigate an issue, regardless of whether it affects them or not, should be entitled to do so: *Canadian Council of Churches*, at p. 252. On the other hand, the increase in governmental regulation and the coming into force of the *Charter* have led the courts to move away from a purely private law conception of their role. This has been reflected in some relaxation of the traditional private law rules relating to standing to sue: *Canadian Council of Churches*, at p. 249, and see generally, O. M. Fiss, "The Social and Political Foundations of Adjudication" (1982), 6 *Law & Hum. Behav.* 121. The Court has recognized that, in a constitutional democracy like Canada with a *Charter of Rights and Freedoms*, there are occasions when public interest litigation is an appropriate vehicle to bring matters of public interest and importance before the courts.

[23] This Court has taken a purposive approach to the development of the law of standing in public

soupesés de façon cumulative — à la lumière des objectifs qui sous-tendent les restrictions à la qualité pour agir — et appliqués d'une manière souple et libérale de façon à favoriser la mise en œuvre de ces objectifs sous-jacents.

[21] Je n'ai pas l'intention d'entreprendre l'examen exhaustif de la jurisprudence de la Cour en matière de qualité pour agir dans l'intérêt public. Je vais cependant en souligner certains aspects clés : l'approche téléologique, la préoccupation sous-jacente envers le principe de la légalité et l'importance de l'exercice judiciaire du pouvoir judiciaire discrétionnaire. Ensuite, je vais expliquer que, à mon avis, l'examen qu'il convient d'appliquer à ces facteurs confirme la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle il y a lieu de reconnaître aux intimées la qualité pour agir dans l'intérêt public.

(2) Les objectifs des règles de droit relatives à la qualité pour agir

[22] Les tribunaux ont reconnu depuis longtemps la nécessité de restreindre la qualité pour agir. En effet, ce ne sont pas toutes les personnes voulant débattre d'une question, sans tenir compte du fait qu'elles soient touchées par l'issue du débat ou pas, qui devraient être autorisées à le faire : *Conseil canadien des Églises*, p. 252. Cela étant dit, l'augmentation de la réglementation gouvernementale et l'entrée en vigueur de la *Charte* ont incité les tribunaux à s'éloigner d'une conception de leur rôle fondée strictement sur le droit privé, comme en témoigne l'observation d'un certain relâchement des règles traditionnelles de droit privé en ce qui concerne la qualité pour engager une poursuite : *Conseil canadien des Églises*, p. 249, et voir aussi généralement O. M. Fiss, « The Social and Political Foundations of Adjudication » (1982), 6 *Law & Hum. Behav.* 121. La Cour a reconnu que, dans le cadre d'une démocratie constitutionnelle comme celle du Canada qui est doté d'une *Charte des droits et libertés*, il existe des occasions où un litige d'intérêt public constitue la façon appropriée de procéder pour saisir les tribunaux de questions d'intérêt public d'importance.

[23] Dans les affaires de droit public, la Cour a adopté une approche téléologique pour l'élaboration

law cases. In determining whether to grant standing, courts should exercise their discretion and balance the underlying rationale for restricting standing with the important role of the courts in assessing the legality of government action. At the root of the law of standing is the need to strike a balance “between ensuring access to the courts and preserving judicial resources”: *Canadian Council of Churches*, at p. 252.

[24] It will be helpful to trace, briefly, the underlying purposes of standing law which the Court has identified and how they are considered.

[25] The most comprehensive discussion of the reasons underlying limitations on standing may be found in *Finlay*, at pp. 631-34. The following traditional concerns, which are seen as justifying limitations on standing, were identified: properly allocating scarce judicial resources and screening out the mere busybody; ensuring that courts have the benefit of contending points of view of those most directly affected by the determination of the issues; and preserving the proper role of courts and their constitutional relationship to the other branches of government. A brief word about each of these traditional concerns is in order.

(a) *Scarce Judicial Resources and “Busybodies”*

[26] The concern about the need to carefully allocate scarce judicial resources is in part based on the well-known “floodgates” argument. Relaxing standing rules may result in many persons having the right to bring similar claims and “grave inconvenience” could be the result: see, e.g., *Smith v. Attorney General of Ontario*, [1924] S.C.R. 331, at p. 337. Cory J. put the point cogently on behalf of the Court in *Canadian Council of Churches*, at

des règles de droit applicables à la question de la qualité pour agir. Lorsqu’il s’agit de décider s’il est justifié de reconnaître cette qualité, les tribunaux doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire et mettre en balance, d’une part, le raisonnement qui sous-tend les restrictions à cette reconnaissance et, d’autre part, le rôle important qu’ils jouent lorsqu’ils se prononcent sur la validité des mesures prises par le gouvernement. En somme, les règles de droit relatives à la qualité pour agir tirent leur origine de la nécessité d’établir un équilibre « entre l’accès aux tribunaux et la nécessité d’économiser les ressources judiciaires » : *Conseil canadien des Églises*, p. 252.

[24] Il est utile de rappeler ici succinctement les objectifs sous-jacents que visent les règles de droit relatives à la qualité pour agir formulées par la Cour ainsi que la manière dont ils sont pris en compte.

[25] C’est dans l’arrêt *Finlay*, aux p. 631-634, qu’on trouve l’examen le plus exhaustif du raisonnement qui sous-tend les restrictions à la reconnaissance de la qualité pour agir. En effet, la Cour y a décrit les préoccupations qui, traditionnellement, ont servi à expliquer ces restrictions : l’affectation appropriée des ressources judiciaires limitées et la nécessité d’écarter les trouble-fête; l’assurance que les tribunaux entendront les principaux intéressés faire valoir contradictoirement leurs points de vue; et la sauvegarde du rôle propre aux tribunaux et de leur relation constitutionnelle avec les autres branches du gouvernement. Quelques mots sont de mise concernant chacune de ces préoccupations traditionnelles.

a) *Les ressources judiciaires limitées et les « trouble-fête »*

[26] La préoccupation au regard de l’affectation appropriée des ressources judiciaires limitées est en partie fondée sur l’argument bien connu du « raz de marée ». Le relâchement des règles concernant la qualité pour agir pourrait avoir comme résultat de conférer à plusieurs personnes le droit d’intenter des actions de nature semblable et il pourrait en résulter de [TRADUCTION] « graves inconvénients » : voir, p. ex., *Smith c. Attorney General of Ontario*,

p. 252: “It would be disastrous if the courts were allowed to become hopelessly overburdened as a result of the unnecessary proliferation of marginal or redundant suits brought by well-meaning organizations pursuing their own particular cases certain in the knowledge that their cause is all important.” This factor is not concerned with the convenience or workload of judges, but with the effective operation of the court system as a whole.

[27] The concern about screening out “mere busybodies” relates not only to the issue of a possible multiplicity of actions but, in addition, to the consideration that plaintiffs with a personal stake in the outcome of a case should get priority in the allocation of judicial resources. The court must also consider the possible effect of granting public interest standing on others. For example, granting standing may undermine the decision not to sue by those with a personal stake in the case. In addition, granting standing for a challenge that ultimately fails may prejudice other challenges by parties with “specific and factually established complaints”: *Hy and Zel’s Inc. v. Ontario (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 675, at p. 694.

[28] These concerns about a multiplicity of suits and litigation by “busybodies” have long been acknowledged. But it has also been recognized that they may be overstated. Few people, after all, bring cases to court in which they have no interest and which serve no proper purpose. As Professor K. E. Scott once put it, “[t]he idle and whimsical plaintiff, a dilettante who litigates for a lark, is a specter which haunts the legal literature, not the courtroom”: “Standing in the Supreme Court — A Functional Analysis” (1973), 86 *Harv. L. Rev.* 645, at p. 674. Moreover, the blunt instrument of a denial of standing is not the only, or necessarily the

[1924] R.C.S. 331, p. 337. Le juge Cory a présenté la chose de façon convaincante au nom de la Cour dans l’arrêt *Conseil canadien des Églises* : « Ce serait désastreux si les tribunaux devenaient complètement submergés en raison d’une prolifération inutile de poursuites insignifiantes ou redondantes intentées par des organismes bien intentionnés dans le cadre de la réalisation de leurs objectifs, convaincus que leur cause est fort importante » (p. 252). Ce facteur ne vise pas les questions de commodités ni celles relatives à la charge de travail des juges, mais bien celle du fonctionnement efficace du système judiciaire dans son ensemble.

[27] La préoccupation alimentée par la volonté d’écarter les trouble-fête découle, pour sa part, non seulement de la question de la multiplicité possible des actions, mais également de la thèse selon laquelle les demandeurs qui ont un intérêt personnel dans l’issue d’une affaire devraient bénéficier d’une affectation prioritaire des ressources judiciaires. Les tribunaux doivent aussi prendre en compte l’effet que peut avoir sur les autres la décision de reconnaître la qualité pour agir dans l’intérêt public. Par exemple, une telle décision pourrait ébranler celle de ne pas tenter de poursuite prise par les personnes ayant un intérêt personnel dans une affaire. En outre, le fait de reconnaître la qualité pour agir dans le cadre d’une contestation qui est ultimement rejetée pourrait faire obstacle à des contestations engagées par des parties qui auraient « des plaintes précises fondées sur des faits » : *Hy and Zel’s Inc. c. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675, p. 694.

[28] Ces préoccupations concernant la multiplicité des poursuites et des demandes présentées par des « trouble-fête » sont reconnues depuis longtemps. Toutefois, il a également été reconnu qu’elles pourraient avoir été exagérées. Après tout, bien peu de gens saisiront les tribunaux d’une affaire dans laquelle ils n’ont aucun intérêt et qui, en soi, ne laisse entrevoir aucune fin légitime. Selon les mots du professeur K. E. Scott, [TRADUCTION] « [l]e demandeur passif et capricieux, le dilettante qui plaide pour le plaisir est un spectre qui hante la littérature juridique, non les salles d’audience » : « Standing in the Supreme Court — A Functional

most appropriate means of guarding against these dangers. Courts can screen claims for merit at an early stage, can intervene to prevent abuse and have the power to award costs, all of which may provide more appropriate means to address the dangers of a multiplicity of suits or litigation brought by mere busybodies: see, e.g., *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138, at p. 145.

(b) *Ensuring Contending Points of View*

[29] The second underlying purpose of limiting standing relates to the need for courts to have the benefit of contending points of view of the persons most directly affected by the issue. Courts function as impartial arbiters within an adversary system. They depend on the parties to present the evidence and relevant arguments fully and skillfully. “[C]oncrete adverseness” sharpens the debate of the issues and the parties’ personal stake in the outcome helps ensure that the arguments are presented thoroughly and diligently: see, e.g., *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), at p. 204.

(c) *The Proper Judicial Role*

[30] The third concern relates to the proper role of the courts and their constitutional relationship to the other branches of government. The premise of our discretionary approach to public interest standing is that the proceedings raise a justiciable question, that is, a question that is appropriate for judicial determination: *Finlay*, at p. 632; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, at pp. 90-91; see also L. M. Sossin, *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in*

Analysis » (1973), 86 *Harv. L. Rev.* 645, p. 674. De plus, le déni catégorique de la reconnaissance de la qualité pour agir n’est pas la seule manière, ni nécessairement la plus appropriée, pour se prémunir contre ces périls. Les tribunaux peuvent vérifier le bien-fondé des demandes dès le stade préliminaire des procédures, ils peuvent intervenir afin de prévenir les abus et ils disposent du pouvoir d’adjudger des dépens. Ces avenues peuvent toutes constituer des manières plus appropriées pour remédier aux dangers de la multiplicité des poursuites ou des demandes présentées par de simples trouble-fête : voir, p. ex., *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, p. 145.

b) *L’assurance que les principaux intéressés feront valoir contradictoirement leurs points de vue*

[29] La deuxième raison sous-jacente à la restriction de la reconnaissance de la qualité pour agir a trait à la nécessité pour les tribunaux d’entendre les principaux intéressés faire valoir contradictoirement leurs points de vue. En effet, les tribunaux agissent comme des arbitres impartiaux dans le cadre d’un système accusatoire. Ils dépendent des parties quant à la présentation complète et adroite des éléments de preuve et des arguments. Or, [TRADUCTION] « une opposition réelle » stimule les débats sur les questions en litige et l’intérêt personnel des parties dans l’issue de l’affaire contribue à la formulation exhaustive et diligente des arguments : voir, p. ex., *Baker c. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), p. 204.

c) *Le rôle propre aux tribunaux*

[30] La troisième préoccupation a trait au rôle propre aux tribunaux et à la relation constitutionnelle qu’ils doivent entretenir avec les autres branches du gouvernement. Notre approche discrétionnaire de la qualité pour agir dans l’intérêt public est fondée sur la prémisse selon laquelle l’instance soulève une question justiciable, c’est-à-dire une question dont les tribunaux peuvent être saisis : *Finlay*, p. 632; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l’Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, p. 90-91; voir aussi,

Canada (2nd ed. 2012), at pp. 6-10. This concern engages consideration of the nature of the issue and the institutional capacity of the courts to address it.

(3) The Principle of Legality

[31] The principle of legality refers to two ideas: that state action should conform to the Constitution and statutory authority and that there must be practical and effective ways to challenge the legality of state action. This principle was central to the development of public interest standing in Canada. For example, in the seminal case of *Thorson*, Laskin J. wrote that the “right of the citizenry to constitutional behaviour by Parliament” (p. 163) supports granting standing and that a question of constitutionality should not be “immunized from judicial review by denying standing to anyone to challenge the impugned statute” (p. 145). He concluded that “it would be strange and, indeed, alarming, if there was no way in which a question of alleged excess of legislative power, a matter traditionally within the scope of the judicial process, could be made the subject of adjudication” (p. 145 (emphasis added)).

[32] The legality principle was further discussed in *Finlay*. The Court noted the “repeated insistence in *Thorson* on the importance in a federal state that there be some access to the courts to challenge the constitutionality of legislation” (p. 627). To Le Dain J., this was “the dominant consideration of policy in *Thorson*” (*Finlay*, at p. 627). After reviewing the case law on public interest standing, the Court in *Finlay* extended the scope of discretionary public interest standing to challenges to the statutory authority for administrative action. This was done, in part because these types of challenges were supported by the concern to maintain respect for the “limits of statutory authority” (p. 631).

L. M. Sossin, *Boundaries of Judicial Review : The Law of Justiciability in Canada* (2^e éd. 2012), p. 6-10. Cette préoccupation commande un examen de la nature de la question et de la capacité institutionnelle des tribunaux à considérer la question.

(3) Le principe de la légalité

[31] Le principe de la légalité renvoie à deux concepts : d’abord, le fait que les actes de l’État doivent être conformes à la Constitution et au pouvoir conféré par la loi, et qu’il doit exister des manières pratiques et efficaces de contester la légalité des actions de l’État. Ce principe a été au cœur de l’évolution de la notion de qualité pour agir dans l’intérêt public au Canada. Par exemple, dans l’arrêt de principe *Thorson*, le juge Laskin a écrit que « le droit des citoyens au respect de la Constitution par le Parlement » (p. 163) milite pour la reconnaissance de la qualité pour agir et qu’une question de constitutionnalité ne devrait pas être « mise à l’abri d’un examen judiciaire en niant qualité pour agir à quiconque tente d’attaquer la loi contestée » (p. 145). Il a conclu qu’« il serait étrange et même alarmant qu’il n’y ait aucun moyen par lequel une question d’abus de pouvoir législatif, matière traditionnellement de la compétence des cours de justice, puisse être soumise à une décision de justice » (p. 145 (je souligne)).

[32] Le principe de la légalité a été analysé plus en profondeur dans l’arrêt *Finlay*. La Cour y a souligné l’«insistance répétée dans l’arrêt *Thorson* sur l’importance dans un État fédéral de pouvoir s’adresser aux tribunaux pour contester la constitutionnalité d’une loi » (p. 627). Selon le juge Le Dain, cet énoncé constituait « la considération dominante du principe dans l’arrêt *Thorson* » (*Finlay*, p. 627). Au terme d’un examen de la jurisprudence relative à la qualité pour agir dans l’intérêt public, la Cour a étendu, dans l’arrêt *Finlay*, la portée du pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir dans l’intérêt public aux contestations visant des pouvoirs administratifs conférés par une loi. Cette étape a été franchie en partie parce que les contestations de cette nature étaient motivées par le souci d’assurer le respect des « limites [du] pouvoir légal » (p. 631).

[33] The importance of the principle of legality was reinforced in *Canadian Council of Churches*. The Court acknowledged both aspects of this principle: that no law should be immune from challenge and that unconstitutional laws should be struck down. To Cory J., the *Constitution Act, 1982* “entrench[ed] the fundamental right of the public to government in accordance with the law” (p. 250). The use of “discretion” in granting standing was “necessary to ensure that legislation conforms to the Constitution and the *Charter*” (p. 251). Cory J. noted that the passage of the *Charter* and the courts’ new concomitant constitutional role called for a “generous and liberal” approach to standing (p. 250). He stressed that there should be no “mechanistic application of a technical requirement. Rather it must be remembered that the basic purpose for allowing public interest standing is to ensure that legislation is not immunized from challenge” (p. 256).

[34] In *Hy and Zel’s*, Major J. commented on the underlying rationale for restricting standing and the balance that needs to be struck between limiting standing and giving due effect to the principle of legality:

If there are other means to bring the matter before the court, scarce judicial resources may be put to better use. Yet the same test prevents the immunization of legislation from review as would have occurred in the *Thorson* and *Borowski* situations. [p. 692]

(4) Discretion

[35] From the beginning of our modern public interest standing jurisprudence, the question of standing has been viewed as one to be resolved through the wise exercise of judicial discretion. As Laskin J. put it in *Thorson*, public interest standing “is a matter particularly appropriate for the exercise of judicial discretion, relating as it does to the effectiveness of process” (p. 161); see also pp. 147

[33] L’importance du principe de la légalité a été renforcée dans l’arrêt *Conseil canadien des Églises* où la Cour en a reconnu les deux volets : soit, qu’aucune loi ne doit être à l’abri d’une contestation, et que les dispositions législatives inconstitutionnelles doivent être invalidées. Selon le juge Cory, la *Loi constitutionnelle de 1982* « constitutionnalise le droit fondamental du public d’être gouverné conformément aux règles de droit » (p. 250). Ainsi, il est nécessaire que les tribunaux exercent leur pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir « dans les cas où ils doivent [en décider ainsi] pour s’assurer que la loi en question est compatible avec la Constitution et la *Charte* » (p. 251). Le juge Cory a souligné que l’entrée en vigueur de la *Charte* et le nouveau rôle constitutionnel qui en a découlé pour les tribunaux commandaient l’adoption d’une interprétation « souple et libérale » de la question de la qualité pour agir (p. 250). Il a en outre souligné que la décision ne devrait pas découler d’une « application mécaniste d’une exigence technique. On doit plutôt se rappeler que l’objet fondamental de la reconnaissance de la qualité pour agir dans l’intérêt public est de garantir qu’une loi n’est pas à l’abri de la contestation » (p. 256).

[34] Dans l’arrêt *Hy and Zel’s*, le juge Major a expliqué plus en détail le raisonnement sous-jacent justifiant les restrictions à la qualité pour agir et l’équilibre qu’il faut établir entre l’application de ces restrictions et la nécessité de donner plein effet au principe de la légalité :

S’il existe d’autres manières de soumettre la question aux tribunaux, les ressources judiciaires limitées peuvent être mieux utilisées. Ce même critère empêche toutefois les lois d’échapper au contrôle judiciaire, comme cela se serait produit dans les circonstances des affaires *Thorson* et *Borowski*. [p. 692]

(4) Le pouvoir discrétionnaire

[35] Depuis les premières décisions modernes concernant la qualité pour agir dans l’intérêt public, la question de la qualité pour agir a été considérée comme une question dont la solution est tributaire de l’exercice avisé du pouvoir discrétionnaire judiciaire. Comme l’a affirmé le juge Laskin dans *Thorson*, la qualité pour agir dans l’intérêt public « est une matière qui relève particulièrement

and 163; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265, at pp. 269 and 271; *Borowski*, at p. 593; *Finlay*, at pp. 631-32 and 635. The decision to grant or refuse standing involves the careful exercise of judicial discretion through the weighing of the three factors (serious justiciable issue, the nature of the plaintiff's interest, and other reasonable and effective means). Cory J. emphasized this point in *Canadian Council of Churches* where he noted that the factors to be considered in exercising this discretion should not be treated as technical requirements and that the principles governing the exercise of this discretion should be interpreted in a liberal and generous manner (pp. 256 and 253).

[36] It follows from this that the three factors should not be viewed as items on a checklist or as technical requirements. Instead, the factors should be seen as interrelated considerations to be weighed cumulatively, not individually, and in light of their purposes.

(5) A Purposive and Flexible Approach to Applying the Three Factors

[37] In exercising the discretion to grant public interest standing, the court must consider three factors: (1) whether there is a serious justiciable issue raised; (2) whether the plaintiff has a real stake or a genuine interest in it; and (3) whether, in all the circumstances, the proposed suit is a reasonable and effective way to bring the issue before the courts: *Borowski*, at p. 598; *Finlay*, at p. 626; *Canadian Council of Churches*, at p. 253; *Hy and Zel's*, at p. 690; *Chaoulli*, at paras. 35 and 188. The plaintiff seeking public interest standing must persuade the court that these factors, applied purposively and flexibly, favour granting standing. All of the other relevant considerations being equal, a plaintiff with standing as of right will generally be preferred.

de l'exercice du pouvoir discrétionnaire des cours de justice, puisqu'elle se rapporte à l'efficacité du recours » (p. 161); voir aussi p. 147 et 163; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265, p. 269 et 271; *Borowski*, p. 593; *Finlay*, p. 631-632 et 635. La décision de reconnaître ou non la qualité pour agir nécessite l'exercice minutieux du pouvoir discrétionnaire judiciaire par la mise en balance des trois facteurs (une question justiciable sérieuse, la nature de l'intérêt du demandeur et les autres manières raisonnables et efficaces). Le juge Cory a insisté sur ce point dans *Conseil canadien des Églises* où il a souligné que les facteurs à prendre en compte dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire ne devaient pas être considérés comme des exigences techniques et que les principes qui s'y appliquent devraient être interprétés d'une façon libérale et souple (p. 256 et 253).

[36] En conséquence, les trois facteurs ne doivent pas être perçus comme des points figurant sur une liste de contrôle ou comme des exigences techniques. Ils doivent plutôt être vus comme des considérations connexes devant être appréciées ensemble, plutôt que séparément, et de manière téléologique.

(5) L'application des trois facteurs par une approche téléologique et souple

[37] Lorsqu'ils exercent le pouvoir discrétionnaire de reconnaître ou non la qualité pour agir dans l'intérêt public, les tribunaux doivent prendre en compte trois facteurs : (1) une question justiciable sérieuse est-elle soulevée? (2) le demandeur a-t-il un intérêt réel ou véritable dans l'issue de cette question? et (3) compte tenu de toutes les circonstances, la poursuite proposée constitue-t-elle une manière raisonnable et efficace de soumettre la question aux tribunaux? : *Borowski*, p. 598; *Finlay*, p. 626; *Conseil canadien des Églises*, p. 253; *Hy and Zel's*, p. 690; *Chaoulli*, par. 35 et 188. Le demandeur qui souhaite se voir reconnaître la qualité pour agir doit convaincre la cour que ces facteurs, appliqués d'une manière souple et téléologique, militent en faveur de la reconnaissance de cette qualité. Toutes les autres considérations étant égales par ailleurs, un demandeur qui possède de plein droit la qualité pour agir sera généralement préféré.

[38] The main issue that separates the parties relates to the formulation and application of the third of these factors. However, as the factors are inter-related and there is some disagreement between the parties with respect to at least one other factor, I will briefly review some of the considerations relevant to each and then turn to my analysis of how the factors play out here.

(a) *Serious Justiciable Issue*

[39] This factor relates to two of the concerns underlying the traditional restrictions on standing. In *Finlay*, Le Dain J. linked the justiciability of an issue to the “concern about the proper role of the courts and their constitutional relationship to the other branches of government” and the seriousness of the issue to the concern about allocation of scarce judicial resources (p. 631); see also L’Heureux-Dubé J., in dissent, in *Hy and Zel’s*, at pp. 702-3.

[40] By insisting on the existence of a justiciable issue, courts ensure that their exercise of discretion with respect to standing is consistent with the court staying within the bounds of its proper constitutional role (*Finlay*, at p. 632). Le Dain J. in *Finlay* referred to *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, and wrote that “where there is an issue which is appropriate for judicial determination the courts should not decline to determine it on the ground that because of its policy context or implications it is better left for review and determination by the legislative or executive branches of government”: pp. 632-33; see also L. Sossin, “The Justice of Access: Who Should Have Standing to Challenge the Constitutional Adequacy of Legal Aid?” (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 727, at pp. 733-34; Sossin, *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada*, at p. 27.

[41] This factor also reflects the concern about overburdening the courts with the “unnecessary proliferation of marginal or redundant suits” and the need to screen out the mere busybody:

[38] La principale question qui oppose les parties en l’espèce a trait à la formulation et à l’application du troisième de ces facteurs. Cependant, comme ils sont tous les trois intimement liés et qu’il existe un différend entre les parties en ce qui concerne au moins un d’entre eux, je vais exposer brièvement certaines des considérations pertinentes quant à chacun de ces facteurs et j’analyserai, par la suite, le rôle qu’ils jouent en l’espèce.

a) *Question justiciable sérieuse*

[39] Ce facteur concerne deux des préoccupations qui sous-tendent les restrictions traditionnelles imposées à la qualité pour agir. Dans *Finlay*, le juge Le Dain a lié la justiciabilité d’une question à la « préoccupation relative au rôle propre des tribunaux et à leur relation constitutionnelle avec les autres branches du gouvernement » et son caractère sérieux à la préoccupation relative à l’utilisation des ressources judiciaires limitées (p. 631); voir aussi, la juge L’Heureux-Dubé, dissidente, dans *Hy and Zel’s*, p. 702-703.

[40] En insistant sur l’existence d’une question justiciable, les tribunaux s’assurent d’exercer leur pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir d’une façon qui est cohérente avec l’objectif de demeurer dans les limites du rôle constitutionnel qui leur est propre (*Finlay*, p. 632). Dans *Finlay*, le juge Le Dain a cité l’arrêt *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, et a écrit que « lorsqu’est en cause un litige que les tribunaux peuvent trancher, ceux-ci ne devraient pas refuser de statuer au motif qu’à cause de ses incidences ou de son contexte politiques, il vaudrait mieux en laisser l’examen et le règlement au législatif ou à l’exécutif » : p. 632-633; voir aussi L. Sossin, « The Justice of Access : Who Should Have Standing to Challenge the Constitutional Adequacy of Legal Aid? » (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 727, p. 733-734; Sossin, *Boundaries of Judicial Review : The Law of Justiciability in Canada*, p. 27.

[41] Ce facteur traduit aussi la préoccupation quant au risque que les tribunaux soient submergés en raison d’une « prolifération inutile de poursuites insignifiantes ou redondantes » et la nécessité

Canadian Council of Churches, at p. 252; *Finlay*, at pp. 631-33. As discussed earlier, these concerns can be overlaid and must be assessed practically in light of the particular circumstances rather than abstractly and hypothetically. Other possible means of guarding against these dangers should also be considered.

[42] To constitute a “serious issue”, the question raised must be a “substantial constitutional issue” (*McNeil*, at p. 268) or an “important one” (*Borowski*, at p. 589). The claim must be “far from frivolous” (*Finlay*, at p. 633), although courts should not examine the merits of the case in other than a preliminary manner. For example, in *Hy and Zel’s*, Major J. applied the standard of whether the claim was so unlikely to succeed that its result would be seen as a “foregone conclusion” (p. 690). He reached this position in spite of the fact that the Court had seven years earlier decided that the same Act was constitutional: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. Major J. held that he was “prepared to assume that the numerous amendments have sufficiently altered the Act in the seven years since *Edwards Books* so that the Act’s validity is no longer a foregone conclusion” (*Hy and Zel’s*, at p. 690). In *Canadian Council of Churches*, the Court had many reservations about the nature of the proposed action, but in the end accepted that “some aspects of the statement of claim could be said to raise a serious issue as to the validity of the legislation” (p. 254). Once it becomes clear that the statement of claim reveals at least one serious issue, it will usually not be necessary to minutely examine every pleaded claim for the purpose of the standing question.

(b) *The Nature of the Plaintiff’s Interest*

[43] In *Finlay*, the Court wrote that this factor reflects the concern for conserving scarce judicial resources and the need to screen out the mere busybody (p. 633). In my view, this factor is concerned

d’écarter les simples trouble-fête : *Conseil canadien des Églises*, p. 252; *Finlay*, p. 631-633. Comme je l’ai exposé précédemment, ces préoccupations peuvent être exagérées et doivent être appréciées en pratique en fonction des circonstances de chaque affaire plutôt que dans l’abstrait ou de façon hypothétique. Il conviendrait aussi d’examiner d’autres façons possibles de se prémunir contre ces dangers.

[42] Pour être considérée comme une « question sérieuse », la question soulevée doit constituer un « point constitutionnel important » (*McNeil*, p. 268) ou constituer une « question [. . .] importante » (*Borowski*, p. 589). L’action doit être « loin d’être futile[e] » (*Finlay*, p. 633), bien que les tribunaux ne doivent pas examiner le bien-fondé d’une affaire autrement que de façon préliminaire. Par exemple, dans l’arrêt *Hy and Zel’s*, le juge Major s’est appuyé sur la norme applicable aux cas où il est tellement peu probable que l’action soit accueillie qu’on pourrait considérer son issue comme une conclusion qui « soit [. . .] assurée » (p. 690). Il a adopté cette position en dépit du fait que la Cour avait déclaré sept ans auparavant que la même Loi était constitutionnelle : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713. Le juge Major a statué qu’il était « prêt à tenir pour acquis que les nombreuses modifications apportées au cours des sept années qui ont suivi l’arrêt *Edwards Books* ont suffisamment changé la Loi pour que sa validité ne soit plus assurée » (*Hy and Zel’s*, p. 690). Dans *Conseil canadien des Églises*, la Cour avait de nombreuses réserves quant à la nature de l’action envisagée, mais elle a ultimement accepté que « certains aspects de la déclaration soulev[ai]ent une question sérieuse quant à la validité de la loi » (p. 254). En outre, dès qu’il devient évident qu’une déclaration fait état d’au moins une question sérieuse, il ne sera généralement pas nécessaire d’examiner minutieusement chacun des arguments plaidés pour trancher la question de la qualité pour agir.

b) *La nature de l’intérêt du demandeur*

[43] Dans l’arrêt *Finlay*, la Cour a écrit que ce facteur traduisait la préoccupation de conserver les ressources judiciaires limitées et la nécessité d’écarter les simples trouble-fête (p. 633). À mon

with whether the plaintiff has a real stake in the proceedings or is engaged with the issues they raise. The Court's case law illustrates this point. In *Finlay*, for example, although the plaintiff did not in the Court's view have standing as of right, he nonetheless had a direct, personal interest in the issues he sought to raise. In *Borowski*, the Court found that the plaintiff had a genuine interest in challenging the exculpatory provisions regarding abortion. He was a concerned citizen and taxpayer and he had sought unsuccessfully to have the issue determined by other means (p. 597). The Court thus assessed Mr. Borowski's engagement with the issue in assessing whether he had a genuine interest in the issue he advanced. Further, in *Canadian Council of Churches*, the Court held it was clear that the applicant had a "genuine interest", as it enjoyed "the highest possible reputation and has demonstrated a real and continuing interest in the problems of the refugees and immigrants" (p. 254). In examining the plaintiff's reputation, continuing interest, and link with the claim, the Court thus assessed its "engagement", so as to ensure an economical use of scarce judicial resources (see K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (loose-leaf), at ¶5.120).

(c) *Reasonable and Effective Means of Bringing the Issue Before the Court*

[44] This factor has often been expressed as a strict requirement. For example, in *Borowski*, the majority of the Court stated that the person seeking discretionary standing has "to show . . . that there is no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the Court": p. 598 (emphasis added); see also *Finlay*, at p. 626; *Hy and Zel's*, at p. 690. However, this consideration has not always been expressed and rarely applied so restrictively. My view is that we should now make clear that it is one of the three factors which must be assessed and weighed in the exercise of judicial discretion. It would be better, in my respectful view, to refer to this third factor as requiring

avis, ce facteur concerne la question de savoir si le demandeur a un intérêt réel dans les procédures ou est engagé quant aux questions qu'elles soulèvent. Ce point est illustré dans la jurisprudence de la Cour. Dans *Finlay*, par exemple, même si, selon la Cour, le demandeur n'avait pas la qualité pour agir de plein droit, il avait néanmoins un intérêt direct et personnel quant aux questions qu'il souhaitait soulever. Dans *Borowski*, la Cour a conclu que le demandeur avait un intérêt véritable dans la contestation des dispositions disculpatoires concernant l'avortement. Il était un citoyen inquiet et un contribuable, et il avait tenté sans succès d'obtenir une décision sur la question par d'autres moyens (p. 597). La Cour a donc évalué l'engagement de M. Borowski relativement à l'objet du litige en examinant s'il avait un intérêt véritable quant à la question qu'il désirait soulever. En outre, dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises*, il était évident pour la Cour que le demandeur avait un « intérêt véritable », vu qu'il jouissait « de la meilleure réputation possible et [qu']il a[avait] démontré un intérêt réel et constant dans les problèmes des réfugiés et des immigrants » (p. 254). En examinant la réputation du demandeur, son intérêt continu et son lien avec l'action, la Cour a ainsi évalué son « engagement », de façon à assurer une utilisation efficiente des ressources judiciaires limitées (voir K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (feuilles mobiles), ¶5.120).

c) *Manières raisonnables et efficaces de soumettre la question à la Cour*

[44] Ce facteur a longtemps été qualifié d'exigence stricte. Par exemple, dans *Borowski*, les juges majoritaires de la Cour ont déclaré que la personne demandant l'exercice du pouvoir discrétionnaire pour se voir reconnaître la qualité pour agir doit « démontre[r] qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour » : p. 598 (je souligne); voir aussi *Finlay*, p. 626; *Hy and Zel's*, p. 690. Ce facteur n'a cependant pas toujours été exprimé de façon aussi restrictive et a rarement été appliqué de la sorte. J'estime que nous devrions maintenant indiquer clairement qu'il s'agit d'un des trois facteurs qui doivent être analysés et soupesés par les tribunaux lors de l'exercice

consideration of whether the proposed suit is, in all of the circumstances, and in light of a number of considerations I will address shortly, a reasonable and effective means to bring the challenge to court. This approach to the third factor better reflects the flexible, discretionary and purposive approach to public interest standing that underpins all of the Court's decisions in this area.

(i) The Court Has Not Always Expressed and Rarely Applied This Factor Rigidly

[45] A fair reading of the authorities from this Court demonstrates, in my view, that while this factor has often been expressed as a strict requirement, the Court has not done so consistently and in fact has not approached its application in a rigid fashion.

[46] The strict formulation of the third factor as it appeared in *Borowski* was not used in the two major cases on public interest standing: see *Thorson*, at p. 161; *McNeil*, at p. 271. Moreover, in *Canadian Council of Churches*, the third factor was expressed as whether “there [was] another reasonable and effective way to bring the issue before the court” (p. 253 (emphasis added)).

[47] A number of decisions show that this third factor, however formulated, has not been applied rigidly. For example, in *McNeil*, at issue was the constitutionality of the legislative scheme empowering a provincial board to permit or prohibit the showing of films to the public. It was clear that there were persons who were more directly affected by this regulatory scheme than was the plaintiff, notably the theatre owners and others who were the subject of that scheme. Nonetheless, the Court upheld granting discretionary public interest standing on the basis that the plaintiff, as a member of

de leur pouvoir discrétionnaire. À mon humble avis, il serait préférable de formuler ce troisième facteur comme étant celui exigeant l'examen de la question de savoir si la poursuite proposée, compte tenu de toutes les circonstances et à la lumière d'un grand nombre de considérations dont je vais traiter sous peu, constitue une manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour. Cette approche quant au troisième facteur correspond davantage à l'interprétation souple, discrétionnaire et téléologique de la qualité pour agir dans l'intérêt public qui sous-tend toutes les décisions prononcées par la Cour dans ce domaine.

(i) La Cour n'a pas toujours exprimé ce facteur de façon rigide et l'a rarement appliqué de la sorte

[45] À mon avis, une lecture attentive des décisions rendues par la Cour permet de déceler que même si ce facteur a souvent été qualifié d'exigence stricte, la Cour ne l'a pas appliqué avec rigidité de façon constante et, en fait, n'a pas non plus examiné son application de cette manière.

[46] La formulation rigide du troisième facteur telle qu'elle a été énoncée dans l'arrêt *Borowski* n'a pas été retenue dans les deux principales affaires concernant la qualité pour agir dans l'intérêt public : voir *Thorson*, p. 161, et *McNeil*, p. 271. En outre, dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises*, le troisième facteur a été formulé comme étant la question de savoir s'« il [y avait] une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour » (p. 253 (je souligne)).

[47] En outre, un grand nombre de décisions illustre que ce troisième facteur n'a pas été appliqué de façon rigide, quelle qu'ait été sa formulation. Par exemple, dans l'arrêt *McNeil*, la question en litige concernait la constitutionnalité de dispositions législatives conférant à une commission provinciale le pouvoir d'autoriser ou d'interdire la projection de films pour le public. Il était évident qu'il y avait des personnes touchées plus directement par ce régime réglementaire que ne l'était le demandeur, notamment les propriétaires de cinémas et d'autres personnes visées par ces dispositions législatives. La

the public, had a different interest than the theatre owners and that there was no other way “practically speaking” to get a challenge of that nature before the court (pp. 270-71). Similarly in *Borowski*, although there were many people who were more directly affected by the legislation in question, they were unlikely in practical terms to bring the type of challenge brought by the plaintiff (pp. 597-98). In both cases, the consideration of whether there were no other reasonable and effective means to bring the matter before the court was addressed from a practical and pragmatic point of view and in light of the particular nature of the challenge which the plaintiffs proposed to bring.

[48] Even when standing was denied because of this factor, the Court emphasized the need to approach discretionary standing generously and not by applying the factors mechanically. The best example is *Canadian Council of Churches*. On one hand, the Court stated that granting discretionary public interest standing “is not required when, on a balance of probabilities, it can be shown that the measure will be subject to attack by a private litigant” (p. 252). However, on the other hand, the Court emphasized that public interest standing is discretionary, that the applicable principles should be interpreted “in a liberal and generous manner” and that the other reasonable and effective means aspect must not be interpreted mechanically as a “technical requirement” (pp. 253 and 256).

(ii) This Factor Must Be Applied Purposively

[49] This third factor should be applied in light of the need to ensure full and complete adversarial

Cour, au terme de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, a tout de même confirmé la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public aux motifs que le demandeur, en tant que membre du public, avait un intérêt différent de celui des propriétaires de cinémas et qu'il n'y avait « pratiquement » aucune autre manière de saisir la cour d'une contestation de cette nature (p. 270-271). De même, dans l'arrêt *Borowski*, bien que plusieurs personnes fussent davantage touchées par la loi en cause, il était peu probable en pratique que ces gens puissent soumettre au tribunal une contestation de la nature de celle engagée par le demandeur (p. 597-598). Dans les deux cas, la question de savoir s'il n'y avait pas d'autres manières raisonnables et efficaces de soumettre la question à la cour a été traitée d'un point de vue pratique et pragmatique, et en fonction de la nature précise de la contestation que le demandeur avait l'intention d'engager.

[48] Même dans les cas où la qualité pour agir n'a pas été reconnue par suite de l'application de ce facteur, la Cour a insisté sur la nécessité d'exercer le pouvoir discrétionnaire de reconnaître ou non la qualité pour agir plutôt qu'en appliquant les facteurs de façon mécanique. Le meilleur exemple de cette approche se trouve dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises*. La Cour a déclaré d'une part que l'exercice par le tribunal de son pouvoir discrétionnaire pour reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public « n'est pas nécessaire [. . .] lorsque, selon une prépondérance des probabilités, on peut établir qu'un particulier contestera la mesure » (p. 252). Toutefois, la Cour a souligné d'autre part que la décision de reconnaître ou non la qualité pour agir dans l'intérêt public relève d'un pouvoir discrétionnaire, que les principes applicables devraient être interprétés « d'une façon libérale et souple » et que le facteur relatif aux autres manières raisonnables et efficaces ne doit pas être interprété comme le résultat d'une application mécaniste d'une « exigence technique » (p. 253 et 256).

(ii) Ce facteur doit être appliqué de manière téléologique

[49] Ce troisième facteur doit être appliqué au regard de la nécessité d'assurer un exposé complet

presentation and to conserve judicial resources. In *Finlay*, the Court linked this factor to the concern that the “court should have the benefit of the contending views of the persons most directly affected by the issue” (p. 633); see also Roach, at ¶5.120. In *Hy and Zel’s*, Major J. linked this factor to the concern about needlessly overburdening the courts, noting that “[i]f there are other means to bring the matter before the court, scarce judicial resources may be put to better use” (p. 692). The factor is also closely linked to the principle of legality, since courts should consider whether granting standing is desirable from the point of view of ensuring lawful action by government actors. Applying this factor purposively thus requires the court to consider these underlying concerns.

(iii) A Flexible Approach Is Required to Consider the “Reasonable and Effective” Means Factor

[50] The Court’s jurisprudence to date does not have much to say about how to assess whether a particular means of bringing a matter to court is “reasonable and effective”. However, by taking a purposive approach to the issue, courts should consider whether the proposed action is an economical use of judicial resources, whether the issues are presented in a context suitable for judicial determination in an adversarial setting and whether permitting the proposed action to go forward will serve the purpose of upholding the principle of legality. A flexible, discretionary approach is called for in assessing the effect of these considerations on the ultimate decision to grant or to refuse standing. There is no binary, yes or no, analysis possible: whether a means of proceeding is reasonable, whether it is effective and whether it will serve to reinforce the principle of legality are matters of degree and must be considered in light of realistic alternatives in all of the circumstances.

des positions contradictoires des parties et de ménager les ressources judiciaires. Dans l’arrêt *Finlay*, la Cour a associé ce facteur à la préoccupation du « tribunal [. . .] d’entendre les principaux intéressés faire valoir contradictoirement leurs points de vue » (p. 633); voir aussi Roach, ¶5.120. Dans l’arrêt *Hy and Zel’s*, le juge Major a lié ce facteur à la préoccupation de ne pas surcharger inutilement les tribunaux, soulignant que « [s]’il existe d’autres manières de soumettre la question aux tribunaux, les ressources judiciaires limitées peuvent être mieux utilisées » (p. 692). Ce facteur est aussi étroitement lié au principe de la légalité, puisque les tribunaux doivent déterminer s’il est souhaitable de reconnaître la qualité pour agir en fonction de la nécessité d’assurer la légalité des mesures prises par les acteurs gouvernementaux. Pour appliquer ce facteur de manière téléologique, il est donc nécessaire que le tribunal prenne en compte ces préoccupations sous-jacentes.

(iii) Il est nécessaire d’adopter une approche souple pour évaluer le facteur relatif aux manières « raisonnables et efficaces »

[50] La jurisprudence de la Cour n’est pas très riche en enseignement sur la façon de juger du caractère « raisonnable et efficace » ou non d’une manière donnée de soumettre une question à la cour. Toutefois, en abordant la question sous l’angle téléologique, les tribunaux doivent se demander si l’action envisagée constitue une utilisation efficiente des ressources judiciaires, si les questions sont justiciables dans un contexte accusatoire, et si le fait d’autoriser la poursuite de l’action envisagée favorise le respect du principe de la légalité. Une approche souple et discrétionnaire est de mise pour juger de l’effet de ces considérations sur la décision ultime de reconnaître ou non la qualité pour agir. Par ailleurs, une analyse dichotomique répondant par un oui ou par un non à la question à l’étude n’est pas envisageable : les questions visant à déterminer si une façon de procéder est raisonnable, si elle est efficace et si elle favorise le renforcement du principe de la légalité sont des questions de degré et elles doivent être analysées en fonction de solutions de rechange pratiques, compte tenu de toutes les circonstances.

[51] It may be helpful to give some examples of the types of interrelated matters that courts may find useful to take into account when assessing the third discretionary factor. This list, of course, is not exhaustive but illustrative.

- The court should consider the plaintiff's capacity to bring forward a claim. In doing so, it should examine amongst other things, the plaintiff's resources, expertise and whether the issue will be presented in a sufficiently concrete and well-developed factual setting.
- The court should consider whether the case is of public interest in the sense that it transcends the interests of those most directly affected by the challenged law or action. Courts should take into account that one of the ideas which animates public interest litigation is that it may provide access to justice for disadvantaged persons in society whose legal rights are affected. Of course, this should not be equated with a licence to grant standing to whoever decides to set themselves up as the representative of the poor or marginalized.
- The court should turn its mind to whether there are realistic alternative means which would favour a more efficient and effective use of judicial resources and would present a context more suitable for adversarial determination. Courts should take a practical and pragmatic approach. The existence of other potential plaintiffs, particularly those who would have standing as of right, is relevant, but the practical prospects of their bringing the matter to court at all or by equally or more reasonable and effective means should be considered in light of the practical realities, not theoretical possibilities. Where there are other actual plaintiffs in the sense that other proceedings in relation to the matter are under way, the court should assess from a practical perspective what, if anything, is to be gained

[51] Il pourrait être utile de donner des exemples de certaines questions interdépendantes que les tribunaux pourraient trouver utile de prendre en compte au moment de se pencher sur le troisième facteur discrétionnaire. La liste qui suit n'est naturellement pas exhaustive et ne comprend que quelques exemples.

- Le tribunal devrait tenir compte de la capacité du demandeur d'engager une poursuite. Ce faisant, il devrait examiner notamment ses ressources et son expertise ainsi que la question de savoir si l'objet du litige sera présenté dans un contexte factuel suffisamment concret et élaboré.
- Le tribunal devrait déterminer si la cause est d'intérêt public en ce sens qu'elle transcende les intérêts des parties qui sont le plus directement touchées par les dispositions législatives ou par les mesures contestées. Les tribunaux devraient tenir compte du fait qu'une des idées associées aux poursuites d'intérêt public est que ces poursuites peuvent assurer un accès à la justice aux personnes défavorisées de la société dont les droits reconnus par la loi sont touchés. Ceci ne devrait naturellement pas être assimilé à une permission de reconnaître la qualité pour agir à quiconque décide de s'afficher comme le représentant des personnes pauvres et marginalisées.
- Le tribunal devrait se pencher sur la question de savoir s'il y a d'autres manières réalistes de trancher la question qui favoriseraient une utilisation plus efficace et efficiente des ressources judiciaires et qui offriraient un contexte plus favorable à ce qu'une décision soit rendue dans le cadre du système contradictoire. Les tribunaux devraient adopter une approche pratique et pragmatique. L'existence d'autres demandeurs potentiels, notamment ceux qui possèdent de plein droit la qualité pour agir, est pertinente, mais les chances en pratique qu'ils soumettent la question aux tribunaux ou que des manières aussi ou plus raisonnables et efficaces soient utilisées pour le faire devraient être prises en compte en fonction des réalités pratiques et non des possibilités théoriques. Lorsqu'il y a

by having parallel proceedings and whether the other proceedings will resolve the issues in an equally or more reasonable and effective manner. In doing so, the court should consider not only the particular legal issues or issues raised, but whether the plaintiff brings any particularly useful or distinctive perspective to the resolution of those issues. As, for example, in *McNeil*, even where there may be persons with a more direct interest in the issue, the plaintiff may have a distinctive and important interest different from them and this may support granting discretionary standing.

- The potential impact of the proceedings on the rights of others who are equally or more directly affected should be taken into account. Indeed, courts should pay special attention where private and public interests may come into conflict. As was noted in *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at p. 1093, the court should consider, for example, whether “the failure of a diffuse challenge could prejudice subsequent challenges to the impugned rules by parties with specific and factually established complaints”. The converse is also true. If those with a more direct and personal stake in the matter have deliberately refrained from suing, this may argue against exercising discretion in favour of standing.

(iv) Conclusion

[52] I conclude that the third factor in the public interest standing analysis should be expressed as: whether the proposed suit is, in all of the circumstances, a reasonable and effective means of

d’autres demandeurs, en ce sens que d’autres actions ont été engagées relativement à la question, le tribunal devrait évaluer d’un point de vue pratique les avantages, le cas échéant, d’avoir des recours parallèles et se demander si ces autres actions vont résoudre les questions de manière aussi ou plus raisonnable et efficace. En procédant ainsi, le tribunal ne devrait pas uniquement prendre en compte les questions juridiques précises ou les points soulevés, mais plutôt chercher à savoir si le demandeur apporte une perspective particulièrement utile ou distincte en vue de régler ces points. À la lecture de l’arrêt *McNeil* par exemple, on voit que même lorsque des personnes peuvent avoir un intérêt plus direct dans la question, le demandeur peut avoir un intérêt distinct et important qui diffère de celui des autres, ce qui peut justifier que le tribunal exerce son pouvoir discrétionnaire pour lui reconnaître la qualité pour agir.

- L’incidence éventuelle des procédures sur les droits d’autres personnes dont les intérêts sont aussi, sinon plus touchés devrait être prise en compte. En effet, les tribunaux devraient porter une attention particulière aux situations où les intérêts privés et publics seraient susceptibles d’entrer en conflit. Comme il est indiqué dans l’arrêt *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, p. 1093, le tribunal devrait se demander, par exemple, si « l’échec d’une contestation trop diffuse pourrait faire obstacle à des contestations ultérieures des règles en question, par certaines parties qui auraient des plaintes précises fondées sur des faits ». L’inverse est également vrai. Ainsi, que les personnes ayant des intérêts plus directs et personnels dans la cause se soient abstenues volontairement d’engager une poursuite pourrait militer pour le refus par la cour d’exercer son pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir.

(iv) Conclusion

[52] Je conclus que le troisième facteur de l’analyse de la qualité pour agir dans l’intérêt public devrait être formulé comme ceci : la poursuite proposée constitue-t-elle, compte tenu de toutes les

bringing the matter before the court. This factor, like the other two, must be assessed in a flexible and purposive manner and weighed in light of the other factors.

(6) Weighing the Three Factors

[53] I return to the circumstances of this case in light of the three factors which must be considered: whether the case raises a serious justiciable issue, whether the respondents have a real stake or a genuine interest in the issue(s) and the suit is a reasonable and effective means of bringing the issues before the courts in all of the circumstances. Although there is little dispute that the first two factors favour granting standing, I will review all three as in my view they must be weighed cumulatively rather than individually. I conclude that when all three factors are considered in a purposive, flexible and generous manner, the Court of Appeal was right to grant public interest standing to the Society and Ms. Kiselbach.

(a) *Serious Justiciable Issue*

[54] As noted, with one exception, there is no dispute that the respondents' action raises serious and justiciable issues. The constitutionality of the prostitution laws certainly constitutes a "substantial constitutional issue" and an "important one" that is "far from frivolous": see *McNeil*, at p. 268; *Borowski*, at p. 589; *Finlay*, at p. 633. Indeed, the respondents argue that the impugned *Criminal Code* provisions, by criminalizing many of the activities surrounding prostitution, adversely affect a great number of women. These issues are also clearly justiciable ones, as they concern the constitutionality of the challenged provisions. Consideration of this factor unequivocally supports exercising discretion in favour of standing.

[55] The appellant submits, however, that the respondents' action does not disclose a serious

circumstances, une manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour. Ce facteur, comme les deux autres, doit être apprécié d'une manière souple et téléologique en plus d'être soupesé à la lumière des autres facteurs.

(6) Appréciation des trois facteurs

[53] Je reviens aux circonstances de l'espèce pour y appliquer les trois facteurs qui doivent être pris en compte : l'affaire soulève-t-elle une question justiciable sérieuse? Les intimées ont-elles un intérêt réel ou véritable dans la question ou les questions? La poursuite constitue-t-elle, compte tenu de toutes les circonstances, une manière raisonnable et efficace de soumettre les questions à la cour? Bien qu'il n'y ait guère de désaccord quant au fait que les deux premiers facteurs favorisent la reconnaissance de la qualité pour agir, je vais les examiner tous les trois, car, à mon avis, ils doivent être appréciés cumulativement plutôt qu'individuellement. Après avoir examiné les trois facteurs suivant une approche téléologique, souple et libérale, je conclus que la Cour d'appel était justifiée de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public à la Société et à M^{me} Kiselbach.

a) *Une question justiciable sérieuse*

[54] Comme je l'ai déjà indiqué, à une exception près, nul ne conteste que l'action des intimées soulève des questions sérieuses et justiciables. La constitutionnalité des lois relatives à la prostitution constitue certainement un « point constitutionnel important » (*McNeil*, p. 268) et une « question [. . .] importante » (*Borowski*, p. 589) qui est « loin d'être futile[e] » (*Finlay*, p. 633). De fait, les intimées soutiennent que les dispositions contestées du *Code criminel* en criminalisant plusieurs des activités entourant la prostitution, nuisent à un grand nombre de femmes. Ces questions sont aussi clairement justiciables, en ce qu'elles concernent la constitutionnalité des dispositions contestées. L'examen de ce facteur appuie sans équivoque l'exercice du pouvoir discrétionnaire dont jouissent les tribunaux afin de reconnaître la qualité pour agir.

[55] L'appelant fait cependant valoir que l'action des intimées ne soulève pas de question

issue with respect to the constitutionality of s. 213(1)(c) (formerly s. 195.1(1)(c)) because this Court has upheld that provision in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, and *R. v. Skinner*, [1990] 1 S.C.R. 1235.

[56] On this point, I completely agree with the learned chambers judge. He held that, in the circumstances of this broad and multi-faceted challenge, it is not necessary for the purposes of deciding the standing issue to resolve whether the principles of *stare decisis* permit the respondents to raise this particular aspect of their much broader claim. A more pragmatic approach is to say, as did Cory J. in *Canadian Council of Churches* and the chambers judge in this case, that some aspects of the statement of claim raise serious issues as to the invalidity of the legislation. Where there are aspects of the claim that clearly raise serious justiciable issues, it is better for the purposes of the standing analysis not to get into a detailed screening of the merits of discrete and particular aspects of the claim. They can be assessed using other appropriate procedural vehicles.

(b) *The Proposed Plaintiff's Interest*

[57] Applying the purposive approach outlined earlier, there is no doubt, as the appellant accepts that this factor favours granting public interest standing. The Society has a genuine interest in the current claim. It is fully engaged with the issues it seeks to raise.

[58] As the respondents point out, the Society is no busybody and has proven to have a strong engagement with the issue. It has considerable experience with the sex workers in the Downtown Eastside of Vancouver and it is familiar with their interests. It is a registered non-profit organization that is run “by and for” current and former sex

sérieuse au regard de la constitutionnalité de l'al. 213(1)c) (anciennement l'al. 195.1(1)c)) parce que la Cour a confirmé la validité de cette disposition dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, et dans *R. c. Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235.

[56] Sur ce point, je suis tout à fait d'accord avec le juge en cabinet. Il a conclu que, dans les circonstances de la présente contestation vaste et à multiples facettes, il n'était pas nécessaire, aux fins de disposer de la question de la qualité pour agir, de déterminer si le principe du *stare decisis* permet aux intimées de soulever cet aspect particulier de leur action qui est par ailleurs beaucoup plus vaste. On peut dire de façon plus pragmatique, comme l'ont fait le juge Cory dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises* et le juge siégeant en cabinet en l'espèce, que certains éléments de la déclaration soulèvent des questions sérieuses au regard de l'invalidité des dispositions législatives. Lorsqu'il est évident que certains aspects de l'action soulèvent des questions justiciables sérieuses, il est préférable dans le cadre de l'analyse de la question de la qualité pour agir de ne pas se livrer à un examen en profondeur du bien-fondé des aspects distincts et particuliers de l'action. Ces derniers peuvent être examinés au moyen d'autres véhicules procéduraux appropriés.

b) *L'intérêt que devrait avoir le demandeur*

[57] En appliquant l'approche téléologique déjà exposée, il ne subsiste aucun doute, d'ailleurs l'appelant en convient lui-même, que ce facteur joue en faveur de la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public. La Société a un intérêt véritable dans la présente demande. Elle est totalement engagée au regard des questions qu'elle souhaite soulever.

[58] Comme le soulignent les intimées, la Société n'agit pas en trouble-fête et a démontré un solide engagement à l'égard de l'enjeu en cause. Elle a une expérience considérable relativement aux travailleurs de l'industrie du sexe du quartier Downtown Eastside de Vancouver et elle connaît bien leurs intérêts. Il s'agit d'un organisme sans but

workers who live and/or work in this neighbourhood of Vancouver. Its mandate is based upon the vision and the needs of street-based sex workers and its objects include working toward better health and safety for sex workers, working against all forms of violence against sex workers and lobbying for policy and legal changes that will improve the lives and working conditions of the sex workers (R.F., at para. 8).

[59] From Sheryl Kiselbach's affidavit, it is clear that she is deeply engaged with the issues raised. Not only does she claim that the prostitution laws have directly and significantly affected her for 30 years (A.R., vol. IV, at pp. 15-17), but also she notes that she is now employed as a violence prevention coordinator.

(c) *Reasonable and Effective Means of Bringing the Issue Before the Court*

[60] Understandably, the chambers judge treated the traditional formulation of this factor as a requirement of a strict test. He rejected the respondents' submission that they ought to have standing because their action was "[t]he most reasonable and effective way" to bring this challenge to court. The judge noted that this submission misstated the test set down by this Court and that he was "bound to apply" the test requiring the respondents to show that "there is no other reasonable and effective way to bring the issue before the court" (paras. 84-85). However, for the reasons I set out earlier, approaching the third factor in this way should be considered an error in principle. We must therefore reassess the weight to be given to this consideration when it is applied in a purposive and flexible manner.

[61] The learned chambers judge had three related concerns which he thought militated strongly

lucratif enregistré qui est administré « par et pour » des travailleurs qui exercent un métier dans l'industrie du sexe, ou qui en ont déjà exercé un, et qui habitent ou travaillent dans ce quartier de Vancouver. L'objet de cet organisme est fondé sur la vision et les besoins des travailleurs de la rue de l'industrie du sexe et ses objets visent notamment à améliorer leur santé et leur sécurité, à s'opposer à toutes les formes de violence à leur égard et à exercer des pressions pour obtenir des modifications aux politiques et aux lois afin d'améliorer les conditions de vie et de travail des travailleurs du sexe (m.i., par. 8).

[59] D'après l'affidavit de Sheryl Kiselbach, il est évident qu'elle est fortement engagée dans les questions soulevées. Non seulement soutient-elle que les lois relatives à la prostitution l'ont directement et considérablement affectée durant 30 ans (d.a., vol. IV, p. 15-17), mais elle souligne également qu'elle est maintenant employée comme coordonnatrice de la prévention de la violence.

c) *Les manières raisonnables et efficaces de soumettre la question à la cour*

[60] Pour des raisons faciles à comprendre, le juge en cabinet a considéré la formulation traditionnelle de ce facteur comme une exigence d'un test d'application stricte. Il a rejeté l'argument des intimées selon lequel la qualité pour agir aurait dû leur être reconnue parce que leur action était [TRADUCTION] « [l]a manière la plus raisonnable et efficace » de soumettre la présente contestation à la cour. Le juge a souligné que cet argument dénaturait le critère formulé par la Cour et qu'il était « tenu d'appliquer » le critère exigeant que les intimées démontrent qu'« il n'y a pas d'autres manières raisonnables et efficaces de soumettre la question à la cour » (par. 84-85). Toutefois, pour les motifs que j'ai déjà formulés, un tel examen du troisième facteur devrait être considéré comme une erreur de principe. Nous devons donc réévaluer le poids qu'il convient de donner à ce facteur lorsqu'il est pris en compte de manière téléologique et souple.

[61] Le juge en cabinet était préoccupé par trois questions connexes qui, selon lui, militaient

against granting public interest standing. First, he thought that the existence of the *Bedford* litigation in Ontario showed that there could be other potential plaintiffs to raise many of the same issues. Second, he noted that there were many criminal prosecutions under the challenged provisions and that the accused in each one of them could raise constitutional issues as of right. Finally, he was not persuaded that individual sex workers could not bring the challenge forward as private litigants. I will discuss each of these concerns in turn.

[62] The judge was first concerned by the related *Bedford* litigation underway in Ontario. The judge noted that the fact that there is another civil case in another province which raises many of the same issues “would not necessarily be sufficient reason for concluding that the present case . . . should not proceed”, it nonetheless “illustrates that if public interest standing is not granted . . . there may nevertheless be potential plaintiffs with personal interest standing who could, if they chose to do so, bring all of these issues before the court” (para. 75).

[63] The existence of parallel litigation is certainly a highly relevant consideration that will often support denying standing. However, I agree with the chambers judge that the existence of a civil case in another province — even one that raises many of the same issues — is not necessarily a sufficient basis for denying standing. There are several reasons for this.

[64] One is that, given the provincial organization of our superior courts, decisions of the courts in one province are not binding on courts in the others. Thus, litigation in one province is not necessarily a full response to a plaintiff wishing to litigate similar issues in another. What is needed is a

fortement contre la reconnaissance de la qualité pour agir dans l’intérêt public. Premièrement, il croyait que l’existence de l’affaire *Bedford* en Ontario démontrait qu’il pourrait y avoir de nombreux autres demandeurs susceptibles de soulever en grand nombre les mêmes points. Deuxièmement, il a remarqué que de nombreuses poursuites criminelles avaient été engagées en application des dispositions contestées et que l’accusé dans chacune de ces poursuites pouvait de plein droit soulever des questions constitutionnelles. Enfin, il n’était pas convaincu que des travailleurs du sexe ne pouvaient pas, de leur propre chef, faire valoir la contestation en tant que parties privées. Je vais examiner chacune de ces préoccupations successivement.

[62] Le juge était d’abord préoccupé par le litige connexe en cours en Ontario, soit l’affaire *Bedford*. Il a souligné que le fait qu’il y ait une autre affaire en matière civile dans une autre province et dans laquelle plusieurs des mêmes questions sont soulevées [TRADUCTION] « ne constituerait pas nécessairement un motif suffisant pour conclure que la présente instance [. . .] ne devrait pas procéder », mais cela « illustre que si la qualité pour agir n’est pas accordée [. . .], il pourrait tout de même y avoir des demandeurs ayant la qualité pour agir qui pourraient, s’ils décidaient de le faire, soumettre à la cour l’ensemble de ces questions » (par. 75).

[63] L’existence d’une instance parallèle constitue certainement un facteur hautement pertinent qui milite souvent contre la reconnaissance de la qualité pour agir. Je conviens cependant avec le juge en cabinet que l’existence d’une affaire civile dans une autre province — même si elle soulève beaucoup de questions identiques — n’est pas nécessairement un motif suffisant pour refuser de reconnaître la qualité pour agir. Cela s’explique de plusieurs façons.

[64] Premièrement, compte tenu de l’organisation provinciale de nos cours supérieures, les décisions rendues par celles d’une province ne lient pas les cours des autres provinces. Ainsi, une instance dans une province n’apporte pas nécessairement une réponse complète au demandeur qui désire

practical and pragmatic assessment of whether having parallel proceedings in different provinces is a reasonable and effective approach in the particular circumstances of the case. Another point is that the issues raised in the *Bedford* case are not identical to those raised in this one. Unlike in the present case, the *Bedford* litigation does not challenge ss. 211, 212(1)(a), (b), (c), (d), (e), (f), (h) or (3) of the *Code* and does not challenge any provisions on the basis of ss. 2(d) or 15 of the *Charter*. A further point is that, as discussed earlier, the court must examine not only the precise legal issue, but the perspective from which it is raised. The perspectives from which the challenges in *Bedford* and in this case come are very different. The claimants in *Bedford* were not primarily involved in street-level sex work, whereas the main focus in this case is on those individuals. As the claim of unconstitutionality of the prostitution laws revolves mainly around the effects it has on street-level sex workers, the respondents in this action ground their challenges in a distinctive context. Finally, there may be other litigation management strategies, short of the blunt instrument of a denial of standing, to ensure the efficient and effective use of judicial resources. We were told, for example, that the respondents proposed that their appeal to this Court should be stayed awaiting the results of the *Bedford* litigation. A stay of proceedings pending resolution of other litigation is one possibility that should be taken into account in exercising the discretion as to standing.

[65] Taking these points into account, the existence of the *Bedford* litigation in Ontario, in the circumstances of this case, does not seem to me to weigh very heavily against the respondents in considering whether their suit is a reasonable and effective means of bringing the pleaded claims forward. The *Bedford* litigation, in my view, has not

intenter une poursuite sur des questions semblables dans une autre province. Il faut donc évaluer de façon pratique et pragmatique si le fait d'avoir des instances parallèles dans des provinces différentes constitue une approche raisonnable et efficace dans les circonstances particulières de l'espèce. Deuxièmement, les questions soulevées dans l'affaire *Bedford* ne sont pas identiques à celles soulevées en l'espèce. En effet, contrairement à la présente affaire, l'affaire *Bedford* ne vise pas la contestation de l'art. 211, des al. 212(1)a), b), c), d), e), f) et h) et du par. 212(3) du *Code criminel* et ne conteste aucune disposition sur le fondement de l'al. 2d) ou sur l'art. 15 de la *Charte*. En outre, comme nous l'avons vu, le tribunal doit examiner non seulement la question juridique précise posée, mais aussi le contexte dans lequel elle l'est. Or, les contextes qui sont à l'origine des contestations dans l'affaire *Bedford* et dans la présente affaire sont très différents. Les demandresses dans l'affaire *Bedford* n'étaient pas principalement des travailleuses de l'industrie du sexe qui exerçaient leur métier dans la rue, tandis que, en l'espèce, ce sont elles qui sont au cœur du débat. Comme l'argument d'inconstitutionnalité des lois relatives à la prostitution porte principalement sur les effets qu'elles ont sur ces travailleurs, les intimées en l'espèce fondent leurs contestations dans un contexte distinctif. Troisièmement, mise à part la mesure radicale qui consiste à ne pas reconnaître la qualité pour agir, il pourrait y avoir d'autres stratégies en matière de gestion des litiges visant à assurer l'utilisation efficiente et efficace des ressources judiciaires. Par exemple, les intimées auraient suggéré que leur pourvoi devant la Cour soit suspendu dans l'attente de l'issue de l'affaire *Bedford*. La suspension des procédures jusqu'au règlement d'autres instances est, de fait, une possibilité qui devrait être prise en compte lors de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de reconnaître ou non la qualité pour agir.

[65] En tenant compte de ce qui précède, l'existence de l'affaire *Bedford* en Ontario, dans les circonstances de la présente affaire, ne me semble pas peser très lourd contre les intimées lorsqu'il s'agit de déterminer si la poursuite qu'elles ont intentée constitue une manière raisonnable et efficace de soumettre à la cour les allégations formulées. À

been shown to be a more reasonable and effective means of doing so.

[66] The second concern identified by the chambers judge was that there are hundreds of prosecutions under the impugned provisions every year in British Columbia. In light of this, he reasoned that “the accused in each one of those cases would be entitled, as of right, to raise the constitutional issues that the plaintiffs seek to raise in the case at bar” (para. 77). He noted, in addition, that such challenges have been mounted by accused persons in numerous prostitution-related criminal trials (paras. 78-79). In my view, however, there are a number of points in the circumstances of this case that considerably reduce the weight that should properly be given this concern here.

[67] To begin, the importance of a purposive approach to standing makes clear that the existence of a parallel claim, either potential or actual, is not conclusive. Moreover, the existence of potential plaintiffs, while of course relevant, should be considered in light of practical realities. As I will explain, the practical realities of this case are such that it is very unlikely that persons charged under these provisions would bring a claim similar to the respondents’. Finally, the fact that some challenges have been advanced by accused persons in numerous prostitution-related criminal trials is not very telling either.

[68] The cases to which we have been referred did not challenge nearly the entire legislative scheme as the respondents do. As the respondents point out, almost all the cases referred to were challenges to the communication law alone: *R. v. Stagnitta*, [1990] 1 S.C.R. 1226; *Skinner*; *R. v. Smith* (1988), 44 C.C.C. (3d) 385 (Ont. H.C.J.); *R. v. Gagne*, [1988] O.J. No. 2518 (QL) (Prov. Ct.); *R. v. Jahelka* (1987), 43 D.L.R. (4th) 111 (Alta. C.A.); *R.*

mon avis, il n’a pas été démontré que cette autre affaire constituait une manière plus raisonnable et efficace d’y arriver.

[66] Le deuxième point dont le juge en cabinet était préoccupé concernait les centaines de poursuites engagées chaque année en Colombie-Britannique en application des dispositions contestées. Il en a conclu que [TRADUCTION] « l’accusé dans chacune de ces causes pourrait de plein droit soulever les questions constitutionnelles que les demandresses tentent de soulever en l’espèce » (par. 77). En outre, il a souligné que de telles contestations avaient été formulées par des accusés dans de nombreux procès criminels en matière de prostitution (par. 78-79). À mon avis, il y a cependant un certain nombre de facteurs qui, dans les circonstances de la présente instance, réduisent considérablement l’importance qu’il convient d’accorder à cette préoccupation.

[67] Tout d’abord, compte tenu de l’importance d’adopter une approche téléologique au regard de la qualité pour agir, il est évident que l’existence d’une action parallèle, qu’elle soit éventuelle ou réelle, n’est pas déterminante. De plus, l’existence de demandeurs potentiels, bien qu’évidemment un facteur pertinent, ne devrait être prise en compte qu’en fonction de considérations d’ordre pratique. Comme je l’expliquerai plus loin, les considérations d’ordre pratique, en l’espèce, sont telles qu’il est très peu probable que des personnes accusées en application de ces dispositions engageraient une action semblable à celle des demandresses. Enfin, le fait que certaines contestations aient été formulées par des accusés dans le cadre de nombreux procès criminels en matière de prostitution n’est pas non plus très révélateur.

[68] Les causes qui ont été portées à notre attention étaient loin de contester la validité de l’ensemble du régime législatif comme les intimées le font en l’espèce. Comme celles-ci l’ont d’ailleurs souligné, la presque totalité de la jurisprudence citée renvoie à des contestations qui visaient uniquement les infractions relatives à la communication : *R. c. Stagnitta*, [1990] 1 R.C.S. 1226; *Skinner*; *R. c. Smith* (1988), 44 C.C.C. (3d) 385 (H.C.J. Ont.); *R.*

v. Kazelman, [1987] O.J. No. 1931 (QL) (Prov. Ct.); *R. v. Bavington*, 1987 [1987] O.J. No. 2728 (QL) (Prov. Ct.); *R. v. Cunningham* (1986), 31 C.C.C. (3d) 223 (Man. Prov. Ct.); *R. v. Bear* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 255 (Prov. Ct.); *R. v. McLean* (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 232 (S.C.); *R. v. Bailey*, [1986] O.J. No. 2795 (QL) (Prov. Ct.); *R. v. Cheeseman*, Sask. Prov. Ct., June 19, 1986; *R. v. Blais*, 2008 BCCA 389, 301 D.L.R. (4th) 464. Most of the other cases challenged one provision only, either the procurement provision (*R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10; *R. v. Boston*, [1988] B.C.J. No. 1185 (QL) (C.A.)), or the bawdy house provision (*R. v. DiGiuseppe* (2002), 161 C.C.C. (3d) 424 (Ont. C.A.)). From the record, the only criminal cases that challenge more than one section of the prostitution provisions were commenced *after* this case (Affidavit of Karen Howden, June 24, 2011, at para. 10 (*R. v. Mangat*) (A.R., vol. V, at p. 102; vol. IX, at pp. 31-36); paras. 4-5 (*R. v. Cho*) (A.R., vol. V, at p. 102; vol. VIII, at p. 163); paras. 2 and 11 (*R. v. To*) (A.R., vol. V, at pp. 101-3 and 104-12)). At the time of writing these reasons, one case had been dismissed, the other held in abeyance pending the outcome of this case and the last one was set for a preliminary inquiry.

[69] Of course, an accused in a criminal case will always be able to raise a constitutional challenge to the provisions under which he or she is charged. But that does not mean that this will necessarily constitute a more reasonable and effective alternative way to bring the issue to court. The case of *Blais* illustrates this point. In that case, the accused, a client, raised a constitutional challenge to the communication provision without any evidentiary support. The result was that the Provincial Court of British Columbia dismissed the constitutional claim, without examining it in detail. Further, the inherent unpredictability of criminal trials makes it more difficult for a party raising the type of challenge raised in this instance. For instance, in *R. v. Hamilton* (Affidavit of Elizabeth Campbell, September 17, 2008, at para. 6 (A.R., vol. II, at pp. 34-35)), the Crown, for

c. Gagne, [1988] O.J. No. 2518 (QL) (C. prov.); *R. c. Jahelka* (1987), 43 D.L.R. (4th) 111 (C.A. Alb.); *R. c. Kazelman*, [1987] O.J. No. 1931 (QL) (C. prov.); *R. c. Bavington*, [1987] O.J. No. 2728 (QL) (C. prov.); *R. c. Cunningham* (1986), 31 C.C.C. (3d) 223 (C. prov. Man.); *R. c. Bear* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 255 (C. prov.); *R. c. McLean* (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 232 (C.S.); *R. c. Bailey*, [1986] O.J. No. 2795 (QL) (C. prov.); *R. c. Cheeseman*, C. prov. Sask., 19 juin 1986; *R. c. Blais*, 2008 BCCA 389, 301 D.L.R. (4th) 464. La majorité des autres causes ne contestaient qu'une disposition, soit celle relative au proxénétisme (*R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10; *R. c. Boston*, [1988] B.C.J. No. 1185 (QL) (C.A.)), ou celle relative aux maisons de débauche (*R. c. DiGiuseppe* (2002), 161 C.C.C. (3d) 424 (C.A. Ont.)). Il appert du dossier que les seules causes criminelles dont la contestation porte sur plus d'une disposition relative à la prostitution ont été intentées *après* la présente affaire (affidavit de Karen Howden, 24 juin 2011, par. 10 (*R. c. Mangat*) (d.a., vol. V, p. 102; d.a., vol. IX, p. 31-36); par. 4-5 (*R. c. Cho*) (d.a., vol. V, p. 102; d.a., vol. VIII, p. 163); par. 2 et 11 (*R. c. To*) (d.a., vol. V, p. 101-103 et 104-112)). Au moment de rédiger les présents motifs, une affaire avait été rejetée, une autre avait été suspendue en attendant l'issue de la présente affaire et, dans la dernière, une date avait été fixée pour la tenue de l'enquête préliminaire.

[69] Il va de soi qu'une personne accusée dans une instance en matière criminelle peut toujours soulever une contestation constitutionnelle des dispositions en application desquelles elle est accusée. Mais, cela ne signifie pas que cette éventualité constituera nécessairement une manière plus raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour. L'affaire *Blais* illustre ce point. Dans cette affaire, l'accusé, un client, a soulevé une contestation constitutionnelle à l'encontre de la disposition relative à la communication, et ce, sans aucune preuve à l'appui. La Cour provinciale de la Colombie-Britannique a donc rejeté la revendication constitutionnelle sans l'examiner en détail. De plus, le caractère imprévisible inhérent aux procès criminels rend les choses encore plus difficiles pour une partie soulevant une contestation de la nature de celle engagée en l'espèce. Par exemple,

unrelated reasons, entered a stay of proceedings after the accused filed a constitutional challenge to a bawdy house provision. Thus, the challenge could not proceed.

[70] Moreover, the fact that many challenges could be or have been brought in the context of criminal prosecutions may in fact support the view that a comprehensive declaratory action is a more reasonable and effective means of obtaining final resolution of the issues raised. There could be a multitude of similar challenges in the context of a host of criminal prosecutions. Encouraging that approach does not serve the goal of preserving scarce judicial resources. Moreover, a summary conviction proceeding may not necessarily be a more appropriate setting for a complex constitutional challenge.

[71] The third concern identified by the chambers judge was that he could not understand how the vulnerability of the Society's constituency made it impossible for them to come forward as plaintiffs, given that they were prepared to testify as witnesses (para. 76). However, being a witness and a party are two very different things. In this case, the record shows that there were no sex workers in the Downtown Eastside neighbourhood of Vancouver willing to bring a comprehensive challenge forward. They feared loss of privacy and safety and increased violence by clients. Also, their spouses, friends, family members and/or members of their community may not know that they are or were involved in sex work or that they are or were drug users. They have children that they fear will be removed by child protection authorities. Finally, bringing such challenge, they fear, may limit their current or future education or employment opportunities (Affidavit of Jill Chettiar, September 26, 2008, at paras. 16-18 (A.R., vol. IV, at pp. 184-85)).

dans l'affaire *R. c. Hamilton* (affidavit d'Elizabeth Campbell, 17 septembre 2008, par. 6 (d.a., vol. II, p. 34-35)), le ministère public a demandé, pour des raisons distinctes, la suspension des procédures à la suite du dépôt par l'accusé d'une contestation constitutionnelle de la disposition concernant les maisons de débauche. La contestation n'a donc pas pu suivre son cours.

[70] En outre, le fait que de nombreuses contestations pourraient être ou aient été engagées, ou l'ont été, dans le cadre de poursuites en matière criminelle pourrait en fait corroborer la thèse selon laquelle une demande exhaustive de jugement déclaratoire est en fait une manière plus raisonnable et efficace d'en arriver à un règlement définitif des questions soulevées. Il pourrait y avoir une multitude de contestations semblables engagées dans le cadre d'une myriade de poursuites criminelles. En favorisant cette approche, on ne satisferait pas à l'objectif visant à préserver les ressources judiciaires limitées. En outre, une procédure par voie de déclaration sommaire de culpabilité ne constitue pas nécessairement un cadre plus approprié pour le traitement d'une contestation constitutionnelle complexe.

[71] La troisième préoccupation exposée par le juge en cabinet portait sur le fait qu'il ne pouvait pas s'expliquer comment la vulnérabilité des membres de la Société les empêchait de comparaître en qualité de demandresses, étant donné qu'elles étaient prêtes à témoigner au procès (par. 76). Or, être témoin et être partie à une action sont deux choses bien différentes. Il appert du dossier en l'espèce qu'aucun travailleur de l'industrie du sexe du quartier Downtown Eastside de Vancouver n'était prêt à intenter une contestation exhaustive. Ils craignent une atteinte à leur vie privée et à leur sécurité ainsi qu'un accroissement des actes de violence de la part des clients. De plus, leurs conjoints, leurs amis, les membres de leur famille ou de leur collectivité pourraient ne pas savoir qu'ils travaillent ou ont travaillé dans l'industrie du sexe et qu'ils consomment ou ont consommé des drogues. Ils craignent que leurs enfants leur soient retirés par les autorités responsables de la protection des enfants. Enfin, en engageant une contestation de cette

As I see it, the willingness of many of these same persons to swear affidavits or to appear to testify does not undercut their evidence to the effect that they would not be willing or able to bring a challenge of this nature in their own names. There are also the practical aspects of running a major constitutional law suit. Counsel needs to be able to communicate with his or her clients and the clients must be able to provide timely and appropriate instructions. Many difficulties might arise in the context of individual challenges given the evidence about the circumstances of many of the individuals most directly affected by the challenged provisions.

[72] I conclude, therefore, that these three concerns identified by the chambers judge were not entitled to the decisive weight which he gave them.

[73] I turn now to other considerations that should be taken into account in considering the reasonable and effective means factor. This case constitutes public interest litigation: the respondents have raised issues of public importance that transcend their immediate interests. Their challenge is comprehensive, relating as it does to nearly the entire legislative scheme. It provides an opportunity to assess through the constitutional lens the overall effect of this scheme on those most directly affected by it. A challenge of this nature may prevent a multiplicity of individual challenges in the context of criminal prosecutions. There is no risk of the rights of others with a more personal or direct stake in the issue being adversely affected by a diffuse or badly advanced claim. It is obvious that the claim is being pursued with thoroughness and skill. There is no suggestion that others who are more directly or personally affected have deliberately chosen not to challenge these provisions. The presence of the individual respondent, as well as the Society, will

nature, ils craignent de nuire à leurs perspectives, actuelles ou futures, d'études et d'emploi (affidavit de Jill Chettiar, 26 septembre 2008, par. 16-18 (d.a., vol. IV, p. 184-185)). Selon moi, la volonté de bon nombre de ces personnes de souscrire des affidavits ou de comparaître pour témoigner n'affecte en rien la crédibilité de leur témoignage voulant qu'elles ne soient pas prêtes ou capables d'engager en leurs propres noms une contestation de cette nature. La conduite d'une importante poursuite judiciaire en matière constitutionnelle comporte également des aspects pratiques. Les avocats doivent être en mesure de communiquer avec leurs clients, et ces derniers doivent être en mesure de fournir en temps opportun des instructions ponctuelles et appropriées. En outre, dans le cadre de contestations individuelles, de nombreuses difficultés pourraient surgir compte tenu des éléments de preuve relatifs à la situation de plusieurs des personnes les plus directement touchées par les dispositions contestées.

[72] Par conséquent, je conclus que ces trois préoccupations décrites par le juge en cabinet ne justifiaient pas qu'il leur accorde le poids déterminant qu'il leur a accordé.

[73] Je vais maintenant aborder d'autres considérations qui devraient être prises en compte lors de l'examen du facteur relatif aux manières plus raisonnables et efficaces. La présente affaire constitue un litige d'intérêt public : les intimées ont soulevé des questions d'importance pour le public, des questions qui transcendent leurs intérêts immédiats. Leur contestation est exhaustive en ce qu'elle vise la presque totalité du régime législatif. Elle fournit l'occasion d'évaluer, du point de vue du droit constitutionnel, l'effet global de ce régime sur les personnes les plus touchées par ses dispositions. Une contestation de cette nature est susceptible de prévenir une multiplicité de contestations individuelles engagées dans le cadre de poursuites criminelles. Il n'y a aucun risque de porter atteinte aux droits d'autres individus ayant un intérêt plus personnel ou plus direct dans la question du fait d'une action trop générale ou mal présentée. Il est évident que la demande est plaidée avec rigueur et habileté. Rien ne laisse croire que d'autres personnes

ensure that there is both an individual and collective dimension to the litigation.

[74] The record supports the respondents' position that they have the capacity to undertake this litigation. The Society is a well-organized association with considerable expertise with respect to sex workers in the Downtown Eastside, and Ms. Kiselbach, a former sex worker in this neighbourhood, is supported by the resources of the Society. They provide a concrete factual background and represent those most directly affected by the legislation. For instance, the respondents' evidence includes affidavits from more than 90 current or past sex workers from the Downtown Eastside neighbourhood of Vancouver (R.F., at para. 20). Further, the Society is represented by experienced human rights lawyers, as well as by the Pivot Legal Society, a non-profit legal advocacy group working in Vancouver's Downtown Eastside and focusing predominantly on the legal issues that affect this community (Affidavit of Peter Wrinch, January 30, 2011, at para. 3 (A.R., vol. V, at p. 137)). It has conducted research on the subject, generated various reports and presented the evidence it has gathered before government officials and committees (see Wrinch Affidavit, at paras. 6-21 (A.R., vol. V, at pp. 137-44)). This in turn, suggests that the present litigation constitutes an effective means of bringing the issue to court in that it will be presented in a context suitable for adversarial determination.

[75] Finally, other litigation management tools and strategies may be alternatives to a complete denial of standing, and may be used to ensure that the proposed litigation is a reasonable and effective way of getting the issues before the court.

touchées de façon plus directe ou personnelle aient choisi de plein gré de ne pas contester ces dispositions. La présence de l'intimée qui agit à titre individuel de même que de la Société garantira que le litige aura une dimension à la fois individuelle et collective.

[74] Le dossier appuie la position des intimées selon laquelle elles ont la capacité d'engager la présente action. La Société est bien organisée et dotée d'une expertise considérable en ce qui concerne les travailleurs de l'industrie du sexe qui exercent leur métier dans le quartier Downtown Eastside, et M^{me} Kiselbach, une ancienne travailleuse du sexe dans ce quartier, est soutenue par les ressources de la Société. Elles apportent un contexte factuel concret et représentent les personnes qui sont le plus directement touchées par les dispositions législatives contestées. À titre d'exemple, la preuve des intimées comprend des affidavits de plus de 90 travailleurs du sexe, actifs ou retirés, du quartier Downtown Eastside de Vancouver (m.i., par. 20). De plus, la Société est représentée par des avocats expérimentés en droit de la personne, ainsi que par la Pivot Legal Society, un organisme sans but lucratif d'intervention juridique qui travaille dans le quartier en cause et dont les activités sont principalement centrées sur les questions juridiques touchant cette collectivité (affidavit de Peter Wrinch, 30 janvier 2011, par. 3 (d.a., vol. V, p. 137)). Cet organisme a effectué des recherches sur le sujet, a produit divers rapports et a présenté les éléments de preuve qu'elle a recueillis à des représentants et à des comités gouvernementaux (voir l'affidavit de Peter Wrinch, par. 6-21 (d.a., vol. V, p. 137-144)). Cela laisse entendre que la présente instance constitue une manière efficace de soumettre la question à la cour en ce sens qu'elle sera présentée dans un contexte qui permettra sa détermination dans un système contradictoire.

[75] Enfin, d'autres outils de gestion des litiges et d'autres solutions moins catégoriques qu'un déni total de la qualité pour agir peuvent être utilisés pour faire en sorte que le litige projeté constitue une manière raisonnable et efficace de soumettre les questions à la cour.

(7) Conclusion With Respect to Public Interest Standing

[76] All three factors, applied purposively, favour exercising discretion to grant public interest standing to the respondents to bring their claim. Granting standing will not only serve to enhance the principle of legality with respect to serious issues of direct concern to some of the most marginalized members of society, but it will also promote the economical use of scarce judicial resources: *Canadian Council of Churches*, at p. 252.

B. *Private Interest Standing*

[77] Having found that the respondents have public interest standing to pursue their claims, it is not necessary to address the issue of whether Ms. Kiselbach has private interest standing.

V. Disposition

[78] I would dismiss the appeal with costs. However, I would not grant special costs to the respondents. The Court of Appeal declined to do so (2011 BCCA 515, 314 B.C.A.C. 137) and we ought not to interfere with that exercise of discretion unless there are clear and compelling reasons to do so which in my view do not exist here: *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263, at para. 77.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Arvay Finlay, Vancouver; Pivot Legal, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener the Community Legal Assistance Society: Community Legal Assistance Society, Vancouver.

(7) Conclusion en ce qui concerne la qualité pour agir dans l'intérêt public

[76] Appliqués selon une approche téléologique, les trois facteurs militent en faveur de l'exercice du pouvoir discrétionnaire pour reconnaître aux intimées la qualité pour agir dans l'intérêt public afin qu'elles présentent leur demande. La reconnaissance de cette qualité servira non seulement à renforcer le principe de la légalité en ce qui concerne des questions sérieuses touchant directement certains des membres les plus marginalisés de la société, mais aussi à faire la promotion d'une utilisation efficiente des ressources judiciaires limitées : *Conseil canadien des Églises*, p. 252.

B. *Qualité pour agir dans l'intérêt privé*

[77] Ayant conclu que les intimées ont la qualité pour agir dans l'intérêt public afin de poursuivre leur action, il n'est pas nécessaire d'aborder la question de savoir si M^{me} Kiselbach a la qualité pour agir dans l'intérêt privé.

V. Dispositif

[78] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens. Toutefois, je n'accorderai pas de dépens spéciaux aux intimées. La Cour d'appel a refusé de le faire (2011 BCCA 515, 314 B.C.A.C. 137) et nous ne devrions pas nous immiscer dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire à moins d'avoir des motifs clairs et impérieux de le faire, ce qui, à mon avis, n'est pas le cas en l'espèce : *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263, par. 77.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelant : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureurs des intimées : Arvay Finlay, Vancouver; Pivot Legal, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenante Community Legal Assistance Society : Community Legal Assistance Society, Vancouver.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Gratl & Company, Vancouver; Megan Vis-Dunbar, Vancouver.

Solicitor for the intervener Ecojustice Canada: Ecojustice Canada, Toronto.

Solicitors for the interveners the Coalition of West Coast Women's Legal Education and Action Fund (West Coast LEAF), Justice for Children and Youth and the ARCH Disability Law Centre: West Coast Women's Legal Education and Action Fund (West Coast LEAF), Vancouver; Justice for Children and Youth, Toronto; ARCH Disability Law Centre, Toronto.

Solicitors for the intervener Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique: Heenan Blaikie, Ottawa.

Solicitor for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: University of Toronto, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Canadian Civil Liberties Association, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Association of Refugee Lawyers and the Canadian Council for Refugees: Waldman & Associates, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario and the Positive Living Society of British Columbia: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Gratl & Company, Vancouver; Megan Vis-Dunbar, Vancouver.

Procureur de l'intervenant Ecojustice Canada : Ecojustice Canada, Toronto.

Procureurs des intervenants Coalition of West Coast Women's Legal Education and Action Fund (West Coast LEAF), Justice for Children and Youth et ARCH Disability Law Centre : West Coast Women's Legal Education and Action Fund (West Coast LEAF), Vancouver; Justice for Children and Youth, Toronto; ARCH Disability Law Centre, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique : Heenan Blaikie, Ottawa.

Procureur de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : Université de Toronto, Toronto.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Association canadienne des libertés civiles, Toronto.

Procureurs des intervenants l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés et le Conseil canadien pour les réfugiés : Waldman & Associates, Toronto.

Procureurs des intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario et Positive Living Society of British Columbia : McCarthy Tétrault, Vancouver.

**A.B., by her Litigation Guardian,
C.D. Appellant**

v.

**Bragg Communications Incorporated, a body
corporate, and Halifax Herald Limited, a
body corporate Respondents**

and

**BullyingCanada Inc., British Columbia Civil
Liberties Association, Kids Help Phone,
Canadian Civil Liberties Association, Privacy
Commissioner of Canada, Newspapers
Canada, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers
Association, Canadian Association of
Journalists, Professional Writers Association
of Canada, Book and Periodical Council,
Samuelson-Glushko Canadian Internet
Policy and Public Interest Clinic, Canadian
Unicef Committee, Information and Privacy
Commissioner of Ontario and Beyond
Borders Interveners**

INDEXED AS: A.B. v. BRAGG COMMUNICATIONS INC.

2012 SCC 46

File No.: 34240.

2012: May 10; 2012: September 27.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish,
Abella, Rothstein and Karakatsanis JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NOVA SCOTIA**

*Courts — Open court principle — Publication
bans — Children — 15-year-old victim of sexualized
cyberbullying applying for order requiring Internet pro-
vider to disclose identity of person(s) using IP address
to publish fake and allegedly defamatory Facebook
profile — Victim requesting to proceed anonymously in
application and seeking publication ban on contents of
fake profile — Whether victim required to demonstrate*

**A.B., représentée par son tuteur à l'instance,
C.D. Appelante**

c.

**Bragg Communications Incorporated, une
personne morale, et Halifax Herald Limited,
une personne morale Intimées**

et

**BullyingCanada Inc., Association des libertés
civiles de la Colombie-Britannique, Jeunesse
J'écoute, Association canadienne des libertés
civiles, Commissaire à la protection de la vie
privée du Canada, Journaux canadiens, Ad
IDEM/Canadian Media Lawyers Association,
Association canadienne des journalistes,
Professional Writers Association of Canada,
Book and Periodical Council, Clinique
d'intérêt public et de politique d'internet du
Canada Samuelson-Glushko, Comité Unicef
Canada, Commissaire à l'information et à la
protection de la vie privée de l'Ontario et
Au-delà des frontières Intervenants**

**RÉPERTORIÉ : A.B. c. BRAGG COMMUNICATIONS
INC.**

2012 CSC 46

N^o du greffe : 34240.

2012 : 10 mai; 2012 : 27 septembre.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
NOUVELLE-ÉCOSSE**

*Tribunaux — Principe de la publicité des débats judi-
ciaires — Interdictions de publication — Enfants — De-
mande d'une victime de cyberintimidation à caractère
sexuel âgée de 15 ans en vue d'obtenir une ordonnance
obligeant un fournisseur de services Internet à divul-
guer l'identité de la personne ou des personnes qui ont
utilisé une adresse IP pour publier un faux profil Face-
book censément diffamatoire — Demande de la victime*

specific harm or whether court may find objectively discernable harm.

A 15-year-old girl found out that someone had posted a fake Facebook profile using her picture, a slightly modified version of her name, and other particulars identifying her. The picture was accompanied by unflattering commentary about the girl's appearance along with sexually explicit references. Through her father as guardian, the girl brought an application for an order requiring the Internet provider to disclose the identity of the person(s) who used the IP address to publish the profile so that she could identify potential defendants for an action in defamation. As part of her application, she asked for permission to anonymously seek the identity of the creator of the profile and for a publication ban on the content of the profile. Two media groups opposed the request for anonymity and the ban. The Supreme Court of Nova Scotia granted the request that the Internet provider disclose the information about the publisher of the profile, but denied the request for anonymity and the publication ban because there was insufficient evidence of specific harm to the girl. The judge stayed that part of his order requiring the Internet provider to disclose the publisher's identity until either a successful appeal allowed the girl to proceed anonymously or until she filed a draft order which used her own and her father's real names. The Court of Appeal upheld the decision primarily on the ground that the girl had not discharged the onus of showing that there was evidence of harm to her which justified restricting access to the media.

Held: The appeal should be allowed in part.

The critical importance of the open court principle and a free press has been tenaciously embedded in the jurisprudence. In this case, however, there are interests that are sufficiently compelling to justify restricting such access: privacy and the protection of children from cyberbullying.

Recognition of the inherent vulnerability of children has consistent and deep roots in Canadian law and results in the protection of young people's privacy rights based on age, not the sensitivity of the particular child. In an application involving cyberbullying, there is no

en vue de procéder de façon anonyme et d'obtenir une ordonnance de non-publication du contenu du faux profil — La victime doit-elle faire la preuve d'un préjudice particulier, ou la Cour peut-elle conclure à l'existence d'un préjudice objectivement discernable?

Une adolescente de 15 ans a découvert que quelqu'un avait affiché sur Facebook un faux profil en utilisant sa photographie, une version légèrement modifiée de son nom et d'autres détails qui l'identifiaient. À la photographie s'ajoutaient des commentaires désobligeants sur l'apparence physique de l'adolescente ainsi que des allusions sexuellement explicites. Représentée par son père en qualité de tuteur, l'adolescente a demandé une ordonnance obligeant le fournisseur de services Internet à divulguer l'identité de la personne ou des personnes qui ont utilisé l'adresse IP pour publier le profil de sorte qu'elle puisse identifier les défendeurs potentiels en vue d'une action en diffamation. Dans le cadre de sa demande, elle a sollicité la permission de chercher de façon anonyme l'identité de l'auteur du profil ainsi qu'une ordonnance de non-publication visant le contenu du profil. Deux représentants des médias ont contesté la demande visant le respect de l'anonymat et la non-publication. La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a ordonné au fournisseur de services Internet de communiquer les renseignements au sujet de l'auteur du profil mais a rejeté la demande relative au respect de l'anonymat et à la non-publication en raison de l'insuffisance de la preuve d'un préjudice particulier causé à l'adolescente. Le juge a sursis à l'exécution de cette partie de l'ordonnance obligeant le fournisseur de services Internet à divulguer l'identité de l'auteur jusqu'à ce que l'adolescente obtienne en appel l'autorisation de procéder de façon anonyme ou qu'elle dépose un projet d'ordonnance en utilisant son propre nom et celui de son père. La Cour d'appel a confirmé la décision pour le motif principal que l'adolescente ne s'était pas acquittée du fardeau de démontrer l'existence d'un préjudice justifiant la restriction de l'accès des médias.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie.

La jurisprudence a reconnu avec ténacité l'importance cruciale du principe de la publicité des débats judiciaires et de la liberté de la presse. En l'espèce toutefois, la protection de la vie privée et la protection des enfants contre la cyberintimidation constituent des intérêts qui justifient la restriction de l'accès des médias.

La reconnaissance de la vulnérabilité inhérente des enfants demeure profondément enracinée en droit canadien et elle se manifeste par la protection des droits au respect de la vie privée des jeunes. Cette protection est fondée sur l'âge et non sur la sensibilité de l'enfant en

need for a child to demonstrate that he or she personally conforms to this legal paradigm. The law attributes the heightened vulnerability based on chronology, not temperament.

While evidence of a direct, harmful consequence to an individual applicant is relevant, courts may also conclude that there is objectively discernable harm. It is logical to infer that children can suffer harm through cyberbullying, given the psychological toxicity of the phenomenon. Since children are entitled to protect themselves from bullying, cyber or otherwise, there is inevitable harm to them — and to the administration of justice — if they decline to take steps to protect themselves because of the risk of further harm from public disclosure. Since common sense and the evidence show that young victims of sexualized bullying are particularly vulnerable to the harms of revictimization upon publication, and since the right to protection will disappear for most children without the further protection of anonymity, the girl's anonymous legal pursuit of the identity of her cyberbully should be allowed.

In *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122, prohibiting identity disclosure was found to represent only minimal harm to press freedom. The serious harm in failing to protect young victims of bullying through anonymity, as a result, outweighs this minimal harm. But once the girl's identity is protected through her right to proceed anonymously, there is little justification for a publication ban on the non-identifying content of the profile. If the non-identifying information is made public, there is no harmful impact on the girl since the information cannot be connected to her. The public's right to open courts — and press freedom — therefore prevails with respect to the non-identifying Facebook content.

Cases Cited

Referred to: *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Canadian*

particulier. Dans le cadre d'une demande relative à la cyberintimidation, un enfant n'a pas à démontrer qu'il se conforme à ce paradigme juridique. Le droit attribue la vulnérabilité accrue en fonction de l'âge et non du tempérament.

Bien que la preuve des conséquences préjudiciables directes que subirait un demandeur soit pertinente, les tribunaux peuvent aussi conclure à l'existence d'un préjudice objectivement discernable. Il est logique d'inférer que la cyberintimidation peut causer un préjudice aux enfants compte tenu de la toxicité psychologique de ce phénomène. Puisque les enfants ont le droit de se protéger contre l'intimidation, qu'elle se manifeste sur l'Internet ou sous d'autres formes, ils subissent — tout comme l'administration de la justice — un préjudice inévitable s'ils refusent de prendre des mesures de protection en raison du risque de préjudice supplémentaire découlant de la divulgation publique. Comme le bon sens et la preuve montrent que les jeunes victimes de harcèlement à caractère sexuel sont particulièrement vulnérables au préjudice de la revictimisation consécutive à la publication, et puisqu'en l'absence de la protection conférée par l'anonymat, la plupart des enfants ne pourront pas se prévaloir du droit à la protection, il y a lieu d'autoriser l'adolescente à procéder de façon anonyme à la recherche de l'identité de l'auteur de la cyberintimidation.

Dans l'arrêt *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122, la Cour a jugé que l'interdiction de la divulgation de l'identité du plaignant ne causait à la liberté de la presse qu'un préjudice minime. Par conséquent, le préjudice grave découlant du refus de protéger par l'anonymat les jeunes victimes de la cyberintimidation l'emporte sur ce préjudice minime. Mais dès lors que l'identité de l'adolescente est protégée par son droit de procéder dans l'anonymat, une ordonnance de non-publication du contenu du profil qui ne permet pas d'identifier l'adolescente semble difficilement justifiable. La publication de ces renseignements n'entraîne pour l'adolescente aucun effet préjudiciable puisque ceux-ci ne révèlent pas son identité. Le droit du public à la publicité des débats judiciaires — et à la liberté de la presse — prévaut donc en ce qui concerne le contenu du profil Facebook qui ne permet pas d'identifier la victime.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c.*

Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General), 2011 SCC 2, [2011] 1 S.C.R. 19; *Canadian Broadcasting Corp. v. The Queen*, 2011 SCC 3, [2011] 1 S.C.R. 65; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *Toronto Star Newspaper Ltd. v. Ontario*, 2012 ONCJ 27 (CanLII); *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *Doe v. Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints in Canada*, 2003 ABQB 794, 341 A.R. 395; *R. v. R.(W.)*, 2010 ONCJ 526 (CanLII); *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; *R. v. D.H.*, 2002 BCPC 464 (CanLII); *F.N. (Re)*, 2000 SCC 35, [2000] 1 S.C.R. 880.

Statutes and Regulations Cited

Civil Procedure Rules, N.S. Reg. 370/2008.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 486.
Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, s. 110.

Treaties and Other International Instruments

Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3.

Authors Cited

“Cyberbullying: A Growing Problem”, *Science Daily*, February 22, 2010 (online: www.sciencedaily.com/releases/2010/02/100222104939.htm).

Eltis, Karen. “The Judicial System in the Digital Age: Revisiting the Relationship between Privacy and Accessibility in the Cyber Context” (2011), 56 *McGill L.J.* 289.

Jones, Lisa M., David Finkelhor and Jessica Beckwith. “Protecting victims’ identities in press coverage of child victimization” (2010), 11 *Journalism* 347.

Lucock, Carole, and Michael Yeo. “Naming Names: The Pseudonym in the Name of the Law” (2006), 3 *U. Ottawa L. & Tech. J.* 53.

Nova Scotia. Task Force on Bullying and Cyberbullying. *Respectful and Responsible Relationships: There’s No App for That: The Report of the Nova Scotia Task Force on Bullying and Cyberbullying*. Nova Scotia: The Task Force, 2012.

UNICEF Innocenti Research Centre. *Child Safety Online: Global challenges and strategies*. Florence, Italy: UNICEF, 2011.

Winn, Peter A. “Online Court Records: Balancing Judicial Accountability and Privacy in an Age of Electronic Information” (2004), 79 *Wash. L. Rev.* 307.

MacIntyre, [1982] 1 R.C.S. 175; *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19; *Société Radio-Canada c. La Reine*, 2011 CSC 3, [2011] 1 R.C.S. 65; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *Toronto Star Newspaper Ltd. c. Ontario*, 2012 ONCJ 27 (CanLII); *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *Doe c. Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints in Canada*, 2003 ABQB 794, 341 A.R. 395; *R. c. R.(W.)*, 2010 ONCJ 526 (CanLII); *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *R. c. D.H.*, 2002 BCPC 464 (CanLII); *F.N. (Re)*, 2000 CSC 35, [2000] 1 R.C.S. 880.

Lois et règlements cités

Civil Procedure Rules, N.S. Reg. 370/2008.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 486.
Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 110.

Traités et autres instruments internationaux

Convention relative aux droits de l’enfant, R.T. Can. 1992 n^o 3.

Doctrine citée

« Cyberbullying : A Growing Problem », *Science Daily*, February 22, 2010 (online : www.sciencedaily.com/releases/2010/02/100222104939.htm).

Eltis, Karen. « The Judicial System in the Digital Age : Revisiting the Relationship between Privacy and Accessibility in the Cyber Context » (2011), 56 *R.D. McGill* 289.

Jones, Lisa M., David Finkelhor and Jessica Beckwith. « Protecting victims’ identities in press coverage of child victimization » (2010), 11 *Journalism* 347.

Lucock, Carole, and Michael Yeo. « Naming Names : The Pseudonym in the Name of the Law » (2006), 3 *R.D. et tech. U.O.* 53.

Nouvelle-Écosse. Commission d’étude sur l’intimidation et la cyberintimidation. *Respect et responsabilité dans les relations : il n’y a pas d’app pour ça : Rapport de la Commission d’étude sur l’intimidation et la cyberintimidation*. Nouvelle-Écosse : La Commission, 2012.

UNICEF, Centre de recherche Innocenti. *La sécurité des enfants en ligne : Défis et stratégies mondiaux*. Florence, Italie : UNICEF, 2011.

Winn, Peter A. « Online Court Records : Balancing Judicial Accountability and Privacy in an Age of Electronic Information » (2004), 79 *Wash. L. Rev.* 307.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (MacDonald C.J.N.S. and Saunders and Oland J.J.A.), 2011 NSCA 26, 301 N.S.R. (2d) 34, 953 A.P.R. 34, 228 C.R.R. (2d) 181, 97 C.P.C. (6th) 54, 80 C.C.L.T. (3d) 180, [2011] N.S.J. No. 113 (QL), 2011 CarswellNS 135, affirming a decision of LeBlanc J., 2010 NSSC 215, 293 N.S.R. (2d) 222, 928 A.P.R. 222, 97 C.P.C. (6th) 24, [2010] N.S.J. No. 360 (QL), 2010 CarswellNS 397. Appeal allowed in part.

Michelle C. Awad, Q.C., and Jane O'Neill, for the appellant.

Daniel W. Burnett and Paul Brackstone, for the *amicus curiae*.

Written submissions only by *Brian F. P. Murphy* and *Wanda M. Severns*, for the intervener BullyingCanada Inc.

Marko Vesely and *M. Toby Kruger*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Mahmud Jamal, Jason MacLean, Carly Fidler and *Steven Golick*, for the intervener Kids Help Phone.

Iris Fischer and *Dustin Kenall*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Joseph E. Magnet and *Patricia Kosseim*, for the intervener the Privacy Commissioner of Canada.

Ryder Gilliland and *Adam Lazier*, for the interveners Newspapers Canada, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, the Canadian Association of Journalists, the Professional Writers Association of Canada and the Book and Periodical Council.

Tamir Israel, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Jeffrey S. Leon, Ranjan K. Agarwal and *Daniel Holden*, for the intervener the Canadian Unicef Committee.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (le juge en chef MacDonald et les juges Saunders et Oland), 2011 NSCA 26, 301 N.S.R. (2d) 34, 953 A.P.R. 34, 228 C.R.R. (2d) 181, 97 C.P.C. (6th) 54, 80 C.C.L.T. (3d) 180, [2011] N.S.J. No. 113 (QL), 2011 CarswellNS 135, qui a confirmé une décision du juge LeBlanc, 2010 NSSC 215, 293 N.S.R. (2d) 222, 928 A.P.R. 222, 97 C.P.C. (6th) 24, [2010] N.S.J. No. 360 (QL), 2010 CarswellNS 397. Pourvoi accueilli en partie.

Michelle C. Awad, c.r., et Jane O'Neill, pour l'appelante.

Daniel W. Burnett et Paul Brackstone, pour l'*amicus curiae*.

Argumentation écrite seulement par *Brian F. P. Murphy* et *Wanda M. Severns*, pour l'intervenante BullyingCanada Inc.

Marko Vesely et *M. Toby Kruger*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Mahmud Jamal, Jason MacLean, Carly Fidler et *Steven Golick*, pour l'intervenante Jeunesse J'écoute.

Iris Fischer et *Dustin Kenall*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Joseph E. Magnet et *Patricia Kosseim*, pour l'intervenant le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada.

Ryder Gilliland et *Adam Lazier*, pour les intervenants Journaux canadiens, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, l'Association canadienne des journalistes, Professional Writers Association of Canada et Book and Periodical Council.

Tamir Israel, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique internet du Canada Samuelson-Glushko.

Jeffrey S. Leon, Ranjan K. Agarwal et *Daniel Holden*, pour l'intervenant le Comité Unicef Canada.

Written submissions only by *William S. Challis* and *Stephen McCammon*, for the intervener the Information and Privacy Commissioner of Ontario.

Written submissions only by *Jonathan M. Rosenthal*, for the intervener Beyond Borders.

No one appeared for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — On March 4, 2010, a 15-year-old girl, A.B., found out that someone had posted a Facebook profile using her picture, a slightly modified version of her name, and other particulars identifying her. Accompanying the picture was some unflattering commentary about the girl's appearance along with sexually explicit references. The page was removed by the internet provider later that month.

[2] Once notified of the situation, Facebook's counsel in Palo Alto, California provided the IP address associated with the account, which was said to be located in Dartmouth, Nova Scotia. The girl's counsel determined that it was an "Eastlink address" in Dartmouth, Nova Scotia. Further inquiry confirmed that the respondent Bragg Communications owns Eastlink, a provider of Internet and entertainment services in Atlantic Canada.

[3] Eastlink consented to giving more specific information about the address if it had authorization from a court to do so. As a result, A.B., through her father as guardian, brought a preliminary application under Nova Scotia's *Civil Procedure Rules*, N.S. Reg. 370/2008, for an order requiring Eastlink to disclose the identity of the person(s) who used the IP address to publish the profile to assist her in identifying potential defendants for an action in defamation. She stated in her Notice of Application that she had "suffered harm and seeks to minimize the chance of further harm" (A.R., at p. 98). As part

Argumentation écrite seulement par *William S. Challis* et *Stephen McCammon*, pour l'intervenant le Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Jonathan M. Rosenthal*, pour l'intervenante Au-delà des frontières.

Personne n'a comparu pour les intimées.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Le 4 mars 2010, A.B., une adolescente de 15 ans, a découvert que quelqu'un avait affiché un profil sur Facebook en utilisant sa photographie, une version légèrement modifiée de son nom et d'autres détails qui l'identifiaient. À la photographie s'ajoutaient des commentaires désobligeants sur l'apparence physique de l'adolescente ainsi que des allusions sexuellement explicites. La page a été supprimée par le fournisseur Internet plus tard ce mois-là.

[2] Une fois avisé de la situation, l'avocat de Facebook à Palo Alto, en Californie, a fourni l'adresse IP associée au compte qui aurait été située à Dartmouth, en Nouvelle-Écosse. L'avocate de l'adolescente a établi qu'il s'agissait d'une « adresse Eastlink » située à Dartmouth, en Nouvelle-Écosse. Une enquête plus poussée a confirmé que l'intimée Bragg Communications est la propriétaire d'Eastlink, un fournisseur de services Internet et de divertissement au Canada atlantique.

[3] Eastlink a consenti à donner des renseignements plus précis au sujet de l'adresse si un tribunal l'autorisait à le faire. Par conséquent, A.B., représentée par son père en qualité de tuteur, a présenté, en vertu des *Civil Procedure Rules*, N.S. Reg. 370/2008 de la Nouvelle-Écosse, une demande préliminaire en vue d'obtenir une ordonnance obligeant Eastlink à divulguer l'identité de la personne ou des personnes qui ont utilisé l'adresse IP pour publier le profil afin de l'aider à identifier les défendeurs potentiels en vue d'une action en diffamation. Dans son avis de demande, elle a

of her application, she asked the court for permission to seek the identity of the creator of the fake profile anonymously and for a publication ban on the content of the fake Facebook profile. She did not ask that the hearing be held in camera.

[4] Eastlink did not oppose her motion. The Halifax Herald and Global Television became aware of the girl's application when notice of the request for a publication ban appeared as an automatic advisory on the Nova Scotia publication ban media advisory website. They advised the court that they opposed both of the girl's requests: the right to proceed anonymously and a publication ban.

[5] The court granted the order requiring Eastlink to disclose the information about the publisher of the fake Facebook profile on the basis that a *prima facie* case of defamation had been established and there were no other means of identifying the person who published the defamation. But it denied the request for anonymity and the publication ban because there was insufficient evidence of specific harm to the girl.

[6] The judge stayed that part of his order requiring Eastlink to disclose the publisher's identity until either a successful appeal allowed the girl to proceed anonymously, or until she filed a draft order which used her own and her father's real names.

[7] The decision was upheld by the Court of Appeal primarily on the ground that the girl had not discharged the onus of showing that there was real and substantial harm to her which justified restricting access to the media.

déclaré qu'elle [TRADUCTION] « a subi un préjudice et qu'elle cherche à minimiser le risque de préjudice supplémentaire » (d.a., p. 98). Dans le cadre de sa demande, elle a sollicité de la cour la permission de chercher de façon anonyme l'identité de l'auteur du faux profil ainsi qu'une ordonnance de non-publication visant le contenu du faux profil Facebook. Elle n'a pas demandé que l'audience soit tenue à huis clos.

[4] Eastlink n'a pas contesté la demande. Le Halifax Herald et Global Television ont pris connaissance de la demande de l'adolescente lorsque l'avis de la demande en vue d'obtenir une ordonnance de non-publication a été affiché automatiquement sur le site Web de la Nouvelle-Écosse sur les avis aux médias concernant les ordonnances de non-publication. Ils ont informé la cour qu'ils contestaient les deux demandes de l'adolescente, soit la demande concernant le droit de procéder de façon anonyme et la demande en vue d'obtenir une ordonnance de non-publication.

[5] La cour a accordé l'ordonnance obligeant Eastlink à communiquer des renseignements sur l'auteur du faux profil Facebook au motif qu'une preuve *prima facie* de diffamation avait été établie et qu'il n'y avait aucun autre moyen pour établir l'identité de la personne qui avait publié la diffamation. La cour a toutefois refusé la demande de procéder de façon anonyme ainsi que l'ordonnance de non-publication parce qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve d'un préjudice particulier causé à l'adolescente.

[6] Le juge a sursis à l'exécution de cette partie de l'ordonnance obligeant Eastlink à divulguer l'identité de l'auteur jusqu'à ce que l'adolescente obtienne en appel l'autorisation de procéder de façon anonyme ou qu'elle dépose un projet d'ordonnance en utilisant son propre nom et celui de son père.

[7] La Cour d'appel a confirmé cette décision pour le motif principal que l'adolescente ne s'était pas acquittée du fardeau de démontrer l'existence d'un véritable préjudice important justifiant la restriction de l'accès des médias.

[8] Both courts ordered costs against the girl in favour of the two media outlets.

[9] In my view, both courts erred in failing to consider the objectively discernable harm to A.B. I agree with her that she should be entitled to proceed anonymously, but once her identity has been protected, I see no reason for a further publication ban preventing the publication of the non-identifying content of the fake Facebook profile.

Analysis

[10] A.B.'s appeal to this Court is based on what she says is the failure to properly balance the competitive risks in this case: the harm inherent in revealing her identity versus the risk of harm to the open court principle in allowing her to proceed anonymously and under a publication ban. Unless her privacy is protected, she argued, young victims of sexualized cyberbullying like her will refuse to proceed with their protective claims and will, as a result, be denied access to justice.

[11] The open court principle requires that court proceedings presumptively be open and accessible to the public and to the media. This principle has been described as a “hallmark of a democratic society” (*Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332, at para. 23) and is inextricably tied to freedom of expression. A.B. requested two restrictions on the open court principle: the right to proceed anonymously and a publication ban on the content of the fake Facebook profile. The inquiry is into whether each of these measures is necessary to protect an important legal interest and impairs free expression as little as possible. If alternative measures can just as effectively protect the interests engaged, the restriction is unjustified. If no such alternatives exist, the inquiry turns to whether the proper balance was struck between the open court principle

[8] Les deux cours ont condamné l'adolescente aux dépens en faveur des deux médias.

[9] Je suis d'avis que les tribunaux inférieurs ont eu tort de ne pas tenir compte du préjudice objectivement discernable causé à A.B. Je conviens avec cette dernière qu'elle devrait se voir conférer le droit de procéder de façon anonyme, mais une fois son identité protégée, je ne vois aucune raison de rendre une autre ordonnance interdisant la publication du contenu du faux profil Facebook qui ne permet pas d'identifier A.B.

Analyse

[10] Le pourvoi de A.B. devant notre Cour se fonde sur ce qu'elle affirme être l'incapacité des tribunaux inférieurs d'établir un juste équilibre entre les risques concurrentiels en l'espèce, à savoir le préjudice inhérent à la divulgation de son identité par rapport au risque d'atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires si A.B. obtient la permission de procéder de façon anonyme et d'être protégée par une ordonnance de non-publication. A.B. plaide que si sa vie privée n'est pas protégée, les jeunes qui, comme elle, sont victimes de cyberintimidation à caractère sexuel refuseront de faire valoir leur droit à une protection et se verront en conséquence refuser l'accès à la justice.

[11] Le principe de la publicité des débats judiciaires exige qu'en règle générale, les procédures judiciaires soient accessibles au public et aux médias. On a dit de ce principe qu'il est une « caractéristique d'une société démocratique » (*Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, par. 23) et il est inextricablement lié à la liberté d'expression. A.B. a demandé deux mesures qui restreignent le principe de la publicité des débats judiciaires, à savoir le droit de procéder de façon anonyme et une ordonnance de non-publication visant le contenu du faux profil Facebook. Il s'agit de déterminer si chacune de ces mesures est nécessaire pour assurer la protection d'un intérêt juridique important et porte le moins possible atteinte à la libre expression. Si d'autres moyens permettent d'assurer tout aussi efficacement la protection des intérêts en

and the privacy rights of the girl: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442.

[12] The Halifax Herald and Global Television did not appear in the proceedings before this Court. Their “position” was, however, ably advanced by an *amicus curiae*. In his view, like the Court of Appeal, the mere fact of the girl’s age did not, in the absence of evidence of specific harm to her, trump the open court principle and freedom of the press.

[13] Since *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, the critical importance of the open court principle and a free press has been tenaciously embedded in the jurisprudence and need not be further revisited here. What does need some exploration, however, are the interests said to justify restricting such access in this case: privacy and the protection of children from cyberbullying. These interests must be shown to be sufficiently compelling to warrant restrictions on freedom of the press and open courts. As Dickson J. noted in *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, there are cases in which the protection of social values must prevail over openness (pp. 186-87).

[14] The girl’s privacy interests in this case are tied both to her age and to the nature of the victimization she seeks protection from. It is not merely a question of her privacy, but of her privacy from the relentlessly intrusive humiliation of sexualized online bullying: Carole Lucock and Michael Yeo, “Naming Names: The Pseudonym in the Name of the Law” (2006), 3 *U. Ottawa L. & Tech. J.* 53, at pp. 72-73; Karen Eltis, “The Judicial System in the Digital Age: Revisiting the Relationship

jeu, la restriction est injustifiée. S’il n’existe pas d’autres moyens d’assurer cette protection, il faut se demander si le juste équilibre a été établi entre le principe de la publicité des débats judiciaires et les droits de l’adolescente en matière de vie privée : *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442.

[12] Le Halifax Herald et Global Television n’ont pas pris part aux débats devant la Cour. Leur « position » a toutefois été habilement présentée par un *amicus curiae*. Ce dernier s’est dit d’avis, comme la Cour d’appel, qu’en l’absence d’éléments de preuve d’un préjudice particulier causé à l’adolescente, le simple fait de l’âge de cette dernière ne supplante pas le principe de la publicité des débats judiciaires ni la liberté de la presse.

[13] Depuis l’arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, la jurisprudence a reconnu avec ténacité l’importance cruciale du principe de la publicité des débats judiciaires et de la liberté de la presse et il n’y a pas lieu d’y revenir. Il convient, par contre, d’examiner les intérêts qui justifieraient la restriction de l’accès aux tribunaux en l’espèce, soit la protection de la vie privée et la protection des enfants contre la cyberintimidation. Il faut démontrer que le besoin de protéger ces intérêts justifie des restrictions à la liberté de la presse et au droit à la publicité des débats judiciaires. Comme l’a fait remarquer le juge Dickson dans *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, dans certains cas, la protection des valeurs sociales doit prévaloir sur la transparence des procédures judiciaires (p. 186-187).

[14] En l’espèce, les intérêts de l’adolescente en matière de vie privée se rattachent à son âge et à la nature de la victimisation contre laquelle elle demande la protection. Il ne s’agit pas simplement d’une question de protection de sa vie privée, mais de sa protection contre l’humiliation constamment envahissante liée à l’intimidation à caractère sexuel en ligne : Carole Lucock et Michael Yeo, « Naming Names : The Pseudonym in the Name of the Law » (2006), 3 *R.D. et tech. U.O.* 53, p. 72-73;

between Privacy and Accessibility in the Cyber Context” (2011), 56 *McGill L.J.* 289, at p. 302.

[15] The *amicus curiae* pointed to the absence of evidence of harm from the girl about her own emotional vulnerability. But, while evidence of a direct, harmful consequence to an individual applicant is relevant, courts may also conclude that there is objectively discernable harm.

[16] This Court found objective harm, for example, in upholding the constitutionality of Quebec’s *Rules of Practice* that limited the media’s ability to film, take photographs, and conduct interviews in relation to legal proceedings (in *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, [2011] 1 S.C.R. 19), and in prohibiting the media from broadcasting a video exhibit (in *Canadian Broadcasting Corp. v. The Queen*, [2011] 1 S.C.R. 65). In the former, Deschamps J. held (at para. 56) that the *Dagenais/Mentuck* test requires neither more nor less than the one from *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. In other words, absent scientific or empirical evidence of the necessity of restricting access, the court can find harm by applying reason and logic: *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 72; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 91.

[17] Recognition of the *inherent* vulnerability of children has consistent and deep roots in Canadian law. This results in protection for young people’s privacy under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (s. 486), the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1 (s. 110), and child welfare legislation, not to mention international protections such as the *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, all based on age, not the sensitivity of the particular child. As a result, in an application involving sexualized cyberbullying, there is no need for a particular child to demonstrate that she

Karen Eltis, « The Judicial System in the Digital Age : Revisiting the Relationship between Privacy and Accessibility in the Cyber Context » (2011), 56 *R.D. McGill* 289, p. 302.

[15] L’*amicus curiae* a souligné que l’adolescente n’avait fourni aucune preuve de préjudice concernant sa vulnérabilité émotive. Or, bien que la preuve des conséquences préjudiciables directes que subirait un demandeur soit pertinente, les tribunaux peuvent aussi conclure à l’existence d’un préjudice objectivement discernable.

[16] Notre Cour a conclu à l’existence d’un préjudice objectif, par exemple, lorsqu’elle a confirmé la constitutionnalité des *Règles de procédure* du Québec qui limitaient la capacité des médias de prendre des images et de tenir des entrevues concernant une instance judiciaire (dans *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 19) et lorsqu’elle a interdit aux médias de diffuser un enregistrement vidéo déposé en preuve (dans *Société Radio-Canada c. La Reine*, [2011] 1 R.C.S. 65). Dans le premier arrêt, la juge Deschamps a estimé (au par. 56) que la norme des arrêts *Dagenais* et *Mentuck* n’est ni plus exigeante ni moins exigeante que celle de l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. En d’autres termes, en l’absence d’une preuve scientifique ou empirique de la nécessité de restreindre l’accès, la cour peut déduire le préjudice en appliquant la logique et la raison : *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 72; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 91.

[17] La reconnaissance du principe de la vulnérabilité *inhérente* des enfants demeure profondément enracinée en droit canadien. Ainsi, la vie privée des jeunes est protégée en vertu du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (art. 486), de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1 (art. 110), et de la législation en matière de protection de l’enfance, sans oublier les ententes internationales comme la *Convention relative aux droits de l’enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, et cette protection est fondée entièrement sur l’âge et non sur la sensibilité de l’enfant en particulier. Par conséquent,

personally conforms to this legal paradigm. The law attributes the heightened vulnerability based on chronology, not temperament: See *R. v. D.B.*, [2008] 2 S.C.R. 3, at paras. 41, 61 and 84-87; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, at paras. 170-74.

[18] This led Cohen J. in *Toronto Star Newspaper Ltd. v. Ontario*, 2012 ONCJ 27 (CanLII), to explain the importance of privacy in the specific context of young persons who are participants in the justice system:

The concern to avoid labeling and stigmatization is essential to an understanding of why the protection of privacy is such an important value in the *Act*. However it is not the only explanation. The value of the privacy of young persons under the *Act* has deeper roots than exclusively pragmatic considerations would suggest. We must also look to the Charter, because the protection of privacy of young persons has undoubted constitutional significance.

Privacy is recognized in Canadian constitutional jurisprudence as implicating liberty and security interests. In *Dyment*, the court stated that privacy is worthy of constitutional protection because it is “grounded in man’s physical and moral autonomy,” is “essential for the well-being of the individual,” and is “at the heart of liberty in a modern state” (para. 17). *These considerations apply equally if not more strongly in the case of young persons*. Furthermore, the constitutional protection of privacy embraces the privacy of young persons, not only as an aspect of their rights under section 7 and 8 of the Charter, but by virtue of the presumption of their diminished moral culpability, which has been found to be a principle of fundamental justice under the *Charter*.

... the protection of the privacy of young persons fosters respect for dignity, personal integrity and autonomy of the young person. [Emphasis added; paras. 40-41 and 44.]

[19] And in *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, L’Heureux-Dubé J. upheld the constitutionality of

un enfant n’a pas à démontrer dans le cadre d’une demande relative à la cyberintimidation à caractère sexuel qu’il se conforme à ce paradigme juridique. Le droit attribue la vulnérabilité accrue en fonction de l’âge et non du tempérament : voir *R. c. D.B.*, [2008] 2 R.C.S. 3, par. 41, 61 et 84-87; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 170-174.

[18] C’est ce qui a incité la juge Cohen à expliquer, dans *Toronto Star Newspaper Ltd. c. Ontario*, 2012 ONCJ 27 (CanLII), l’importance de la protection de la vie privée dans le contexte particulier des jeunes participant au système de justice :

[TRADUCTION] Le souci d’éviter l’étiquetage et la stigmatisation est essentiel pour comprendre la raison pour laquelle la *Loi* accorde tant de valeur à la protection de la vie privée. Or, ce n’est pas la seule explication. La valeur conférée à la protection de la vie privée des jeunes en vertu de la *Loi* a des racines plus profondes que les considérations exclusivement pratiques le laisseraient croire. Il nous faut également examiner la Charte, parce que la protection de la vie privée des jeunes porte une signification constitutionnelle incontestable.

La jurisprudence constitutionnelle canadienne reconnaît que le droit à la vie privée suppose des intérêts en matière de liberté et de sécurité. Dans l’arrêt *Dyment*, la Cour a statué que la notion de vie privée mérite une protection constitutionnelle parce qu’elle est « fondée sur l’autonomie morale et physique de la personne », qu’elle est « essentielle à son bien-être », et qu’elle « est au cœur de [la notion] de la liberté dans un État moderne » (par. 17). *Ces considérations s’appliquent tout autant, voire davantage, dans le cas des jeunes*. De plus, la protection constitutionnelle de la vie privée englobe le droit à la vie privée des jeunes, non seulement par rapport aux droits garantis par les art. 7 et 8 de la Charte, mais aussi en raison de la présomption de culpabilité morale moins élevée, qui a été reconnue à titre de principe de justice fondamentale garanti par la *Charte*.

... la protection de la vie privée des jeunes favorise le respect de leur dignité, de leur intégrité personnelle et de leur autonomie. [Italiques ajoutés; par. 40, 41 et 44.]

[19] Et dans *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, la juge L’Heureux-Dubé a confirmé la

the *Criminal Code* provisions that allowed for the admission of videotape evidence from child complainants in sexual assault cases, based on the need to reduce the stress and trauma suffered by child complainants in the criminal justice system: pp. 445-46; see also *Doe v. Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints in Canada*, 2003 ABQB 794, 341 A.R. 395, at para. 9.

[20] It is logical to infer that children may suffer harm through cyberbullying. Such a conclusion is consistent with the psychological toxicity of the phenomenon described in the Report of the Nova Scotia Task Force on Bullying and Cyberbullying, chaired by Prof. A. Wayne MacKay, the first provincial task force focussed on online bullying: (*Respectful and Responsible Relationships: There's No App for That: The Report of the Nova Scotia Task Force on Bullying and Cyberbullying* (2012)). The Task Force was created as a result of “[a] tragic series of youth suicides” (p. 4).

[21] The Report defined bullying as

... behaviour that is intended to cause, or should be known to cause, fear, intimidation, humiliation, distress or other forms of harm to another person's body, feelings, self-esteem, reputation or property. Bullying can be direct or indirect, and can take place by written, verbal, physical or electronic means, or any other form of expression. [pp. 42-43]

Its harmful consequences were described as “extensive”, including loss of self-esteem, anxiety, fear and school drop-outs (p. 4). Moreover, victims of bullying were almost twice as likely to report that they attempted suicide compared to young people who had not been bullied (p. 86): See also *R. v. R.(W.)*, 2010 ONCJ 526 (CanLII), at paras. 11 and 16, and “Cyberbullying: A Growing Problem”, *Science Daily* (February 22, 2010, online).

[22] The Report also noted that cyberbullying can be particularly harmful because the

constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* qui permettraient l'utilisation du témoignage sur bande vidéo des enfants plaignants dans des affaires d'agression sexuelle, en raison de la nécessité de diminuer le stress et le traumatisme que subissent les enfants dans le système de justice pénale : p. 445-446; voir également *Doe c. Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints in Canada*, 2003 ABQB 794, 341 A.R. 395, par. 9.

[20] Il est logique d'inférer que la cyberintimidation peut causer un préjudice aux enfants. Cette conclusion est compatible avec la toxicité psychologique de ce phénomène décrit dans le rapport de la Commission d'étude sur l'intimidation et la cyberintimidation de la Nouvelle-Écosse présidée par le professeur A. Wayne MacKay, la première commission provinciale qui a examiné l'intimidation en ligne (*Respect et responsabilité dans les relations : il n'y a pas d'app pour ça : Rapport de la Commission d'étude sur l'intimidation et la cyberintimidation de la Nouvelle-Écosse* (2012)). La commission d'étude a été mise sur pied à la suite d'une « série tragique de suicides de jeunes » (p. 4).

[21] Le rapport a défini ainsi l'intimidation :

... comportement répété qui a pour intention de causer — ou dont on devrait savoir qu'il va causer — un sentiment de peur, d'humiliation, de détresse ou d'autres formes de préjudices à une autre personne en ce qui a trait à sa condition physique, ses sentiments, son estime de soi, sa réputation ou ses biens. L'intimidation peut être directe ou indirecte et peut se dérouler sous forme écrite, orale, physique ou électronique ou par tout autre moyen d'expression. [p. 46]

Les conséquences préjudiciables de l'intimidation sont qualifiées de « profondes » et comprennent la perte d'estime de soi, l'anxiété, la peur et l'abandon des études (p. 4). En outre, les victimes d'intimidation sont, deux fois plus que les jeunes qui n'en ont pas été victimes, susceptibles de signaler qu'elles ont tenté de se suicider (p. 93); voir également *R. c. R.(W.)*, 2010 ONCJ 526 (CanLII), par. 11 et 16, et « Cyberbullying : A Growing Problem », *Science Daily* (22 février 2010, en ligne).

[22] Le rapport indiquait également que la cyberintimidation peut avoir un effet particulièrement

content can be spread widely, quickly — and anonymously:

... The immediacy and broad reach of modern electronic technology has made bullying easier, faster, more prevalent, and crueler than ever before. . . .

... cyberbullying follows you home and into your bedroom; you can never feel safe, it is “non-stop bullying”. . . . cyberbullying is particularly insidious because it invades the home where children normally feel safe, and it is constant and inescapable because victims can be reached at all times and in all places. . . .

The anonymity available to cyberbullies complicates the picture further as it removes the traditional requirement for a power imbalance between the bully and victim, and makes it difficult to prove the identity of the perpetrator. Anonymity allows people who might not otherwise engage in bullying behaviour the opportunity to do so with less chance of repercussion. . . .

... The cyber-world provides bullies with a vast unsupervised public playground [pp. 11-12]

[23] In addition to the psychological harm of cyberbullying, we must consider the resulting inevitable harm to children — and the administration of justice — if they decline to take steps to protect themselves because of the risk of further harm from public disclosure.

[24] Professor MacKay’s Report is consistent with the inference that, absent a grant of anonymity, a bullied child may not pursue responsive legal action. He notes that half of all bullying goes unreported, largely out of fear that reporting will not be met with solutions or understanding sufficient to overcome the fear of retaliation: p. 10. One of his recommendations, as a result, was that mechanisms be developed to report cyberbullying *anonymously* (p. 66; Appendix E; see also Peter A. Winn, “Online Court Records: Balancing Judicial Accountability and Privacy in an Age of Electronic

préjudiciable parce que sa teneur peut être diffusée sur une grande échelle, très rapidement et dans l’anonymat :

... Le caractère immédiat et omniprésent de la technologie électronique moderne fait que l’intimidation est plus facile, plus rapide, plus répandue et plus cruelle que jamais. . . .

... elle vous suit à la maison et dans votre chambre à coucher : vous ne vous sentez jamais à l’abri, l’intimidation est constante. [. . .] [L]a cyberintimidation est tout particulièrement insidieuse parce qu’elle envahit le domicile de l’enfant, qui est un endroit où il se sent normalement en sécurité, qu’elle est constante et qu’on ne peut y échapper, parce que la victime peut être rejointe en tout temps et en tout lieu. . . .

Le fait que les auteurs des cyberintimidations peuvent rester anonymes complique encore davantage la situation, parce qu’il élimine l’exigence traditionnelle d’un déséquilibre dans le rapport de force entre l’auteur et la victime et qu’elle fait qu’il est difficile de prouver l’identité de l’auteur. L’anonymat permet à des gens qui n’oseraient pas sinon se livrer à des comportements intimidants de le faire en courant peu de risques de subir des répercussions. . . .

... Le monde virtuel offre aux auteurs des intimidations un vaste terrain de jeu public sans surveillance . . . [p. 12-13]

[23] Outre le préjudice psychologique de la cyberintimidation, nous devons examiner le préjudice inévitable qu’elle cause à l’enfant — et à l’administration de la justice — si ces derniers refusent de prendre des mesures de protection en raison du risque de préjudice supplémentaire découlant de la divulgation publique.

[24] Le rapport du professeur MacKay permet d’inférer que, si on lui refuse l’anonymat, l’enfant intimidé pourra s’abstenir d’engager une poursuite. Selon l’auteur, la moitié des incidents d’intimidation ne sont pas signalés, dans une large mesure par crainte que le signalement n’apportera pas les solutions ni la compréhension suffisantes pour surmonter la peur des représailles : p. 10-11. Par conséquent, l’une des recommandations formulées portait sur l’établissement de mécanismes de signalement *anonyme* de la cyberintimidation (annexe E, p. 10; voir également, Peter A.

Information” (2004), 79 *Wash. L. Rev.* 307, at p. 328).

[25] In the context of sexual assault, this Court has already recognized that protecting a victim’s privacy encourages reporting: *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122. It does not take much of an analytical leap to conclude that the likelihood of a child protecting himself or herself from bullying will be greatly enhanced if the protection can be sought anonymously. As the Kids Help Phone factum constructively notes (at para. 16), protecting children’s anonymity could help ensure that they will seek therapeutic assistance and other remedies, including legal remedies where appropriate. In particular, “[w]hile media publicity is likely to have a negative effect on all victims, there is evidence to be particularly concerned about child victims. . . . Child victims need to be able to trust that their privacy will be protected as much as possible by those whom they have turned to for help”: Lisa M. Jones, David Finkelhor and Jessica Beckwith, “Protecting victims’ identities in press coverage of child victimization” (2010), 11 *Journalism* 347, at pp. 349-50.

[26] Studies have confirmed that allowing the names of child victims and other identifying information to appear in the media can exacerbate trauma, complicate recovery, discourage future disclosures, and inhibit cooperation with authorities. (See, e.g., UNICEF Innocenti Research Centre, *Child Safety Online: Global challenges and strategies* (2011), at pp. 15-16; and *R. v. D.H.*, 2002 BCPC 464 (CanLII), at para. 8).

[27] If we value the right of children to protect themselves from bullying, cyber or otherwise, if common sense and the evidence persuade us that young victims of sexualized bullying are particularly vulnerable to the harms of revictimization

Winn, « Online Court Records : Balancing Judicial Accountability and Privacy in an Age of Electronic Information » (2004), 79 *Wash. L. Rev.* 307, p. 328).

[25] Dans le contexte d’une agression sexuelle, notre Cour a déjà reconnu que la protection de la vie privée d’une victime favorise la dénonciation : *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122. Il n’est pas nécessaire de recourir à une analyse approfondie pour conclure que la probabilité qu’un enfant se protège contre l’intimidation sera grandement favorisée s’il peut demander la protection de façon anonyme. Comme l’indique de façon constructive le mémoire de Jeunesse J’écoute (au par. 16), la protection de l’anonymat des enfants pourrait faire en sorte que ceux-ci demandent une assistance thérapeutique et d’autres mesures correctives, notamment des mesures prévues par le droit s’il y a lieu. Plus particulièrement, [TRADUCTION] « [b]ien que la couverture médiatique soit susceptible d’avoir un effet négatif sur toutes les victimes, il y a lieu de porter en particulier l’attention sur les enfants victimes. [. . .] Les enfants victimes doivent être en mesure de compter que leur vie privée sera protégée le mieux possible par les personnes auxquelles ils se sont adressés pour obtenir de l’aide » : Lisa M. Jones, David Finkelhor et Jessica Beckwith, « Protecting victims’ identities in press coverage of child victimization » (2010), 11 *Journalism* 347, p. 349-350.

[26] Des études ont confirmé que le fait d’autoriser les médias à diffuser les noms des enfants victimes et d’autres renseignements permettant de les identifier peut aggraver le traumatisme subi, compliquer le rétablissement, dissuader les dénonciations futures et faire obstacle à la collaboration avec les autorités. (Voir, par exemple, Centre de recherche Innocenti de l’UNICEF, *La sécurité des enfants en ligne : Défis et stratégies mondiaux* (2011), p. 15-16; et *R. c. D.H.*, 2002 BCPC 464 (CanLII), par. 8).

[27] Si nous attachons de l’importance au droit des enfants de se protéger contre l’intimidation, qu’elle se manifeste sur l’Internet ou sous d’autres formes, si le bon sens et la preuve nous persuadent que les jeunes victimes de harcèlement à caractère

upon publication, and if we accept that the right to protection will disappear for most children without the further protection of anonymity, we are compellingly drawn in this case to allowing A.B.'s anonymous legal pursuit of the identity of her cyberbully.

[28] The answer to the other side of the balancing inquiry — what are the countervailing harms to the open courts principle and freedom of the press — has already been decided by this Court in *Canadian Newspapers*. In that case, the constitutionality of the provision in the *Criminal Code* prohibiting disclosure of the identity of sexual assault complainants was challenged on the basis that its mandatory nature unduly restricted freedom of the press. In upholding the constitutionality of the provision, Lamer J. observed that:

While freedom of the press is nonetheless an important value in our democratic society which should not be hampered lightly, it must be recognized that the limits imposed by [prohibiting identity disclosure] on the media's rights are *minimal*. . . . Nothing prevents the media from being present at the hearing and reporting the facts of the case and the conduct of the trial. Only information likely to reveal the complainant's identity is concealed from the public. [Emphasis added; p. 133.]

In other words, the harm has been found to be “minimal”. This perspective of the relative insignificance of knowing a party's identity was confirmed by Binnie J. in *F.N.* where he referred to identity in the context of the Young Offenders legislation as being merely a “sliver of information”: *F.N. (Re)*, [2000] 1 S.C.R. 880, at para. 12.

[29] The acknowledgment of the relative unimportance of the identity of a sexual assault victim is a complete answer to the argument that the non-disclosure of the identity of a young victim of online sexualized bullying is harmful to the exercise of press freedom or the open courts principle. *Canadian Newspapers* clearly establishes that the

sexuel sont particulièrement vulnérables au préjudice de la revictimisation consécutive à la publication, et si nous admettons que, en l'absence de la protection conférée par l'anonymat, la plupart des enfants ne pourront pas se prévaloir du droit à la protection, nous sommes fortement portés en l'espèce à autoriser A.B. à procéder de façon anonyme à la recherche de l'identité de l'auteur de la cyberintimidation.

[28] La question relative à l'autre aspect de la pondération des effets — les effets préjudiciables au principe de la publicité des débats judiciaires et à la liberté de la presse — a déjà été tranchée par notre Cour dans *Canadian Newspapers*. Dans cette affaire, la constitutionnalité de la disposition du *Code criminel* interdisant la divulgation de l'identité du plaignant dans une affaire d'agression sexuelle était contestée au motif que son caractère impératif restreignait indûment la liberté de la presse. En confirmant la validité de cette disposition, le juge Lamer a fait remarquer ce qui suit :

La liberté de la presse représente néanmoins une valeur importante dans notre société démocratique, et on ne doit pas y toucher à la légère. Il faut toutefois reconnaître que les limites imposées aux droits des médias par [l'interdiction de divulguer l'identité] sont *minimes*. [. . .] Rien n'empêche les médias d'assister à l'audience et de relater les faits de l'affaire ainsi que le déroulement du procès. Les seuls renseignements cachés au public sont ceux qui risqueraient de révéler l'identité du plaignant. [Italiques ajoutés; p. 133.]

En d'autres termes, le préjudice a été jugé « minime ». Ce point de vue concernant l'insignifiance relative de la connaissance de l'identité d'une partie a été confirmée par le juge Binnie dans *F.N.* où, dans le contexte de la législation relative aux jeunes contrevenants, il a qualifié de simple « parcelle d'information » les renseignements concernant l'identité : *F.N. (Re)*, [2000] 1 R.C.S. 880, para. 12.

[29] Le fait de reconnaître que l'identité des victimes d'agression sexuelle a relativement peu d'importance répond complètement à l'argument selon lequel la non-divulgation de l'identité d'une jeune victime d'intimidation à caractère sexuel en ligne est préjudiciable à l'exercice de la liberté de la presse ou au principe de la publicité des débats

benefits of protecting such victims through anonymity outweigh the risk to the open court principle.

[30] On the other hand, as in *Canadian Newspapers*, once A.B.'s identity is protected through her right to proceed anonymously, there seems to me to be little justification for a publication ban on the non-identifying content of the fake Facebook profile. If the non-identifying information is made public, there is no harmful impact since the information cannot be connected to A.B. The public's right to open courts and press freedom therefore prevail with respect to the non-identifying Facebook content.

[31] I would allow the appeal in part to permit A.B. to proceed anonymously in her application for an order requiring Eastlink to disclose the identity of the relevant IP user(s). I would, however, not impose a publication ban on that part of the fake Facebook profile that contains no identifying information. I would set aside the costs orders against A.B. in the prior proceedings but would not make a costs order in this Court.

Appeal allowed in part.

Solicitors for the appellant: McInnes Cooper, Halifax.

Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

Solicitors for the intervener BullyingCanada Inc.: Murphy Group, Moncton.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Lawson Lundell, Vancouver.

Solicitors for the intervener Kids Help Phone: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

judiciaires. L'arrêt *Canadian Newspapers* établit clairement que les avantages de la protection de ces victimes au moyen de l'anonymat l'emportent sur le risque pour le principe de la publicité des débats.

[30] Par contre, tout comme dans *Canadian Newspapers*, dès lors que l'identité de A.B. est protégée par son droit de procéder dans l'anonymat, une ordonnance de non-publication du contenu du faux profil Facebook qui ne permet pas d'identifier A.B. me semble difficilement justifiable. La publication de ces renseignements n'entraîne aucun effet préjudiciable puisque ceux-ci ne révèlent pas l'identité de A.B. Le droit du public à la publicité des débats judiciaires et à la liberté de la presse prévaut donc en ce qui concerne le contenu du profil Facebook qui ne permet pas d'identifier A.B.

[31] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de permettre à A.B. de procéder de façon anonyme dans le cadre de sa demande d'une ordonnance obligeant Eastlink à divulguer l'identité de l'utilisateur ou des utilisateurs de l'adresse IP. Toutefois, je n'imposerais pas une ordonnance de publication concernant la partie du faux profil Facebook qui ne contient pas de renseignements permettant d'établir l'identité de A.B. Je suis d'avis d'annuler les ordonnances relatives aux dépens rendues contre A.B. dans les instances antérieures, mais de ne pas adju-ger les dépens dans notre Cour.

Pourvoi accueilli en partie.

Procureurs de l'appelante : McInnes Cooper, Halifax.

Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae : Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante BullyingCanada Inc. : Murphy Group, Moncton.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Lawson Lundell, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Jeunesse J'écoute : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the intervener the Privacy Commissioner of Canada: Office of the Privacy Commissioner of Canada, Ottawa; University of Ottawa, Ottawa.

Solicitors for the intervener Newspapers Canada, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, the Canadian Association of Journalists, the Professional Writers Association of Canada and the Book and Periodical Council: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitor for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: University of Ottawa, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Unicef Committee: Bennett Jones, Toronto.

Solicitor for the intervener the Information and Privacy Commissioner of Ontario: Information and Privacy Commissioner of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener Beyond Borders: Jonathan M. Rosenthal, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada : Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, Ottawa; Université d'Ottawa, Ottawa.

Procureurs des intervenants Journaux canadiens, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, l'Association canadienne des journalistes, Professional Writers Association of Canada et Book and Periodical Council : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique internet du Canada Samuelson-Glushko : Université d'Ottawa, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Comité Unicef Canada : Bennett Jones, Toronto.

Procureur de l'intervenant le Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario : Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenante Au-delà des frontières : Jonathan M. Rosenthal, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Clato Lual Mabior *Respondent*

and

Canadian HIV/AIDS Legal Network, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, Positive Living Society of British Columbia, Canadian AIDS Society, Toronto People With AIDS Foundation, Black Coalition for AIDS Prevention, Canadian Aboriginal AIDS Network, British Columbia Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association of Ontario, Association des avocats de la défense de Montréal and Institut national de santé publique du Québec *Interveners*

INDEXED AS: R. v. MABIOR

2012 SCC 47

File No.: 33976.

2012: February 8; 2012: October 5.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Aggravated assault — Consent — Fraud — Non-disclosure of HIV status — Accused undergoing antiretroviral therapy and having protected and unprotected sexual relations knowing he was HIV-positive — Whether approach outlined in R. v. Cuerrier, [1998] 2 S.C.R. 371, remains valid in determining whether fraud vitiates consent to sexual relations — Whether non-disclosure of HIV status in circumstances where no realistic possibility of transmission exists can constitute fraud vitiating consent — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3)(c), 268, 273.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Clato Lual Mabior *Intimé*

et

Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, Positive Living Society of British Columbia, Société canadienne du sida, Toronto People With AIDS Foundation, Black Coalition for AIDS Prevention, Réseau canadien autochtone du sida, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Criminal Lawyers' Association of Ontario, Association des avocats de la défense de Montréal et Institut national de santé publique du Québec *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. MABIOR

2012 CSC 47

N° du greffe : 33976.

2012 : 8 février; 2012 : 5 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Agression sexuelle grave — Consentement — Fraude — Omission de révéler la séropositivité — Accusé sous traitement aux antirétroviraux ayant des rapports sexuels protégés et non protégés tout en se sachant séropositif — La démarche établie dans R. c. Cuerrier, [1998] 2 R.C.S. 371, demeure-t-elle valable pour déterminer si la fraude vicie le consentement aux rapports sexuels? — L'omission de révéler la séropositivité lorsqu'il n'existe aucune possibilité réaliste de transmission du VIH peut-elle constituer une fraude viciant le consentement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265(3)c, 268, 273.

M was charged with nine counts of aggravated sexual assault based on his failure to disclose his HIV-positive status to nine complainants before having sex with them (ss. 265(3)(c) and 273 Cr. C.). None of the complainants contracted HIV. The trial judge convicted him on six of the counts and acquitted him on the other three, on the basis that sexual intercourse using a condom when viral loads are undetectable does not place a sexual partner at “significant risk of serious bodily harm”, as required by *Cuerrier*. The Court of Appeal varied the decision, holding that either low viral loads or condom use could negate significant risk. This reduced to two the counts on which M could be convicted, and the Court of Appeal entered acquittals on the four remaining counts. The Crown appealed the acquittals.

Held: The appeal should be allowed in part and the convictions in respect of the complaints by S.H., D.C.S. and D.H. should be restored. The appeal should be dismissed in respect of the complaint by K.G.

This Court, in *Cuerrier*, established that failure to disclose that one has HIV may constitute fraud vitiating consent to sexual relations under s. 265(3)(c) Cr. C. Because HIV poses a risk of serious bodily harm, the operative offence is one of aggravated sexual assault (s. 273 Cr. C.). To obtain a conviction under ss. 265(3)(c) and 273, the Crown must show, beyond a reasonable doubt, that the complainant’s consent to sexual intercourse was vitiated by the accused’s fraud as to his HIV status. The test boils down to two elements: (1) a *dishonest act* (either falsehoods or failure to disclose HIV status); and (2) *deprivation* (denying the complainant knowledge which would have caused him or her to refuse sexual relations that exposed him or her to a significant risk of serious bodily harm). Failure to disclose may amount to fraud where the complainant would not have consented had he or she known the accused was HIV-positive, and where sexual contact poses a significant risk of or causes actual serious bodily harm.

Two main criticisms of the *Cuerrier* test have been advanced: first, that it is uncertain, failing to draw a clear line between criminal and non-criminal conduct, and second, that it either overextends the criminal law or confines it too closely — the problem of breadth. While it may be difficult to apply, the *Cuerrier* approach is in principle valid. It carves out an appropriate

M a été inculpé de neuf chefs d’agression sexuelle grave par suite de son omission d’informer les neuf plaignantes de sa séropositivité avant d’avoir des rapports sexuels avec elles (al. 265(3)c) et art. 273 C. cr.). Aucune des plaignantes n’a contracté le VIH. La juge du procès a déclaré M coupable de six des chefs d’accusation et l’a acquitté des trois autres au motif qu’avoir des rapports sexuels en utilisant un condom lorsque la charge virale est indétectable n’expose pas le partenaire sexuel à un « risque important de lésions corporelles graves » comme l’exige l’arrêt *Cuerrier*. La Cour d’appel a modifié la décision, concluant qu’une faible charge virale ou l’utilisation du condom pouvait écarter tout risque important. Dès lors, M ne pouvait être déclaré coupable que de deux chefs, et la Cour d’appel a inscrit des acquittements pour les quatre autres. Le ministère public a interjeté appel de ces acquittements.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie, et les déclarations de culpabilité pour agression sexuelle grave sont rétablies relativement aux plaignantes S.H., D.C.S. et D.H. Le pourvoi est rejeté en ce qui concerne la plaignante K.G.

Dans l’arrêt *Cuerrier*, notre Cour établit que l’omission de révéler sa séropositivité peut constituer une fraude viciant le consentement aux relations sexuelles pour l’application de l’al. 265(3)c) C. cr. Étant donné que le VIH présente un risque de lésions corporelles graves, l’infraction applicable est celle d’agression sexuelle grave (art. 273 C. cr.). Pour obtenir une déclaration de culpabilité sous le régime de l’al. 265(3)c) et de l’art. 273, le ministère public doit démontrer, hors de tout doute raisonnable, que le consentement du plaignant aux relations sexuelles est vicié par la fraude de l’accusé concernant sa séropositivité. Le critère exige essentiellement deux choses : (1) un *acte malhonnête* (le mensonge sur l’état de santé ou l’omission de révéler la séropositivité) et (2) la *privation* (d’éléments d’information qui auraient causé le refus du plaignant d’avoir des relations sexuelles l’exposant à un risque important de lésions corporelles graves). L’omission de révéler peut constituer une fraude lorsque le plaignant n’aurait pas donné son consentement s’il avait su que l’accusé était séropositif et lorsqu’un contact sexuel présente un risque important de lésions corporelles graves ou inflige effectivement de telles lésions.

Le critère issu de l’arrêt *Cuerrier* fait l’objet de deux critiques principales. Premièrement, on lui reproche son caractère incertain en ce qu’il ne permet pas de départager clairement actes criminels et actes non criminels. Deuxièmement, il confère au droit criminel une portée soit trop grande, soit trop restreinte (le problème de la portée). Bien qu’il puisse être difficile à appliquer,

area for the criminal law — one restricted to “significant risk of serious bodily harm”. The test’s approach to consent accepts the wisdom of the common law that not every deception that leads to sexual intercourse should be criminalized, while still according consent meaningful scope.

The *Cuerrier* requirement of “significant risk of serious bodily harm” should be read as requiring disclosure of HIV status if there is a realistic possibility of transmission of HIV. This view is supported by the common law and statutory history of fraud vitiating consent to sexual relations, and is in line with *Charter* values of autonomy and equality that respect the interest of a person to choose whether to consent to sex with a particular person or not. It also gives adequate weight to the nature of the harm involved in HIV transmission, and avoids setting the bar for criminal conviction too high or too low. If there is no realistic possibility of transmission of HIV, failure to disclose that one has HIV will not constitute fraud vitiating consent to sexual relations under s. 265(3)(c).

The evidence adduced in this case leads to the conclusion that, as a general matter, a realistic possibility of transmission of HIV is negated if: (i) the accused’s viral load at the time of sexual relations was low *and* (ii) condom protection was used. This general proposition does not preclude the common law from adapting to future advances in treatment and to circumstances where risk factors other than those considered in this case are at play.

Here, the four complainants all consented to sexual intercourse with M, and testified that they would not have had sex with him had they known he was HIV-positive. M had intercourse by vaginal penetration with the four complainants, during which he ejaculated. At the time of intercourse with the complainants S.H., D.C.S. and D.H., M had a low viral load but did not use a condom. Consequently, those convictions should be maintained. As regards K.G., the record shows that M’s viral load was low. When combined with condom protection, this did not expose K.G. to a significant risk of serious bodily harm. This conviction must accordingly be reversed.

le critère de l’arrêt *Cuerrier* demeure valable sur le plan des principes. Il circonscrit avec justesse la portée du droit criminel — réprimer les actes qui exposent à un « risque important de lésions corporelles graves ». La notion de consentement qui le sous-tend s’inspire de la sagesse de la common law (qui s’abstient de criminaliser toute tromperie incitant à consentir à un rapport sexuel) tout en accordant une grande importance au consentement.

L’exigence d’un « risque important de lésions corporelles graves » formulée dans l’arrêt *Cuerrier* doit être interprétée comme obligeant une personne à révéler sa séropositivité lorsqu’il existe une possibilité réaliste de transmission du VIH. Cette interprétation est étayée par l’évolution de la common law et des lois en matière de fraude viciant le consentement aux relations sexuelles. Elle est en outre dans le droit fil des valeurs d’autonomie et d’égalité de la *Charte* qui ont pour effet de protéger le droit de chacun de consentir ou non à des rapports sexuels avec une personne en particulier. Aussi, cette interprétation tient dûment compte de la nature du préjudice causé par la transmission du VIH et elle ne place la barre ni trop haut ni trop bas pour qu’il puisse y avoir déclaration de culpabilité. En l’absence de possibilité réaliste de transmission du VIH, l’omission de dévoiler sa séropositivité ne constitue pas une fraude viciant le consentement aux relations sexuelles pour l’application de l’al. 265(3)c).

Il appert généralement de la preuve admise au procès que la possibilité réaliste de transmission du VIH n’est pas établie dans la mesure où, (i) au moment considéré, la charge virale de l’accusé était faible *et* (ii) un condom a été utilisé. Cet énoncé général n’empêche pas la common law de s’adapter aux futures avancées thérapeutiques et aux circonstances où des facteurs de risque différents sont en cause.

En l’espèce, les quatre plaignantes ont toutes consenti aux rapports sexuels avec M et témoigné qu’elles n’auraient pas eu ces rapports si elles avaient su que M était séropositif. Il y a eu pénétration vaginale et éjaculation lors des rapports sexuels avec les quatre plaignantes. Lors de ses relations sexuelles avec S.H., D.C.S. et D.H., M avait une charge virale faible, mais il n’a pas utilisé de condom. Les déclarations de culpabilité doivent donc être confirmées dans ces cas. En ce qui concerne K.G., le dossier révèle que la charge virale de M était faible. Combinée à l’utilisation du condom, cette charge virale faible n’a pas exposé K.G. à un risque important de lésions corporelles graves. Par conséquent, la déclaration de culpabilité prononcée dans ce cas doit être annulée.

Cases Cited

Applied: *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; **referred to:** *R. v. D.C.*, 2012 SCC 48, [2012] 2 S.C.R. 626; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, aff'd [1951] A.C. 179; *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497; *The Queen v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 49; *Skoke-Graham v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 106; *R. v. Roy*, 2012 SCC 26, [2012] 2 S.C.R. 60; *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49; *The Queen v. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23; *R. v. Flattery* (1877), 13 Cox C.C. 388; *R. v. Dee* (1884), 15 Cox C.C. 579; *R. v. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925; *R. v. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28; *Hegarty v. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 124, aff'd 14 Cox C.C. 145; *Papadimitropoulos v. The Queen* (1957), 98 C.L.R. 249; *R. v. Harms* (1943), 81 C.C.C. 4; *Bolduc v. The Queen*, [1967] S.C.R. 677; *R. v. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528; *R. v. Lee* (1991), 3 O.R. (3d) 726; *R. v. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257; *State v. Marcks*, 41 S.W. 973 (1897), and 43 S.W. 1095 (1898); *State v. Lankford*, 102 A. 63 (1917); *United States v. Johnson*, 27 M.J. 798 (1988); *United States v. Dumford*, 28 M.J. 836 (1989); *R. v. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. B.*, [2006] EWCA Crim 2945, [2007] 1 W.L.R. 1567; *R. v. Mwai*, [1995] 3 N.Z.L.R. 149; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *Twining v. Morrice* (1788), 2 Bro. C.C. 326, 29 E.R. 182; *Conolly v. Parsons* (1797), 3 Ves. 625n; *Walters v. Morgan* (1861), 3 De G. F. & J. 718, 45 E.R. 1056; *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72; *R. v. Jones*, 2002 NBQB 340, [2002] N.B.J. No. 375 (QL); *R. v. J.A.T.*, 2010 BCSC 766 (CanLII).

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Crimes Act 1958 (Vic.), ss. 22, 23.

Crimes Act 1961 (N.Z.), 1961, No. 43, ss. 145, 188(2).

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265, 268, 271(1), 273.

Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, ss. 259(b), 266.

Criminal Code Act (N.T.), ss. 174C, 174D.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; **arrêts mentionnés :** *R. c. D.C.*, 2012 CSC 48, [2012] 2 R.C.S. 626; *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, conf. par [1951] A.C. 179; *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497; *La Reine c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49; *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106; *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60; *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49; *The Queen c. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23; *R. c. Flattery* (1877), 13 Cox C.C. 388; *R. c. Dee* (1884), 15 Cox C.C. 579; *R. c. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925; *R. c. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28; *Hegarty c. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 124, conf. par 14 Cox C.C. 145; *Papadimitropoulos c. The Queen* (1957), 98 C.L.R. 249; *R. c. Harms* (1943), 81 C.C.C. 4; *Bolduc c. The Queen*, [1967] R.C.S. 677; *R. c. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528; *R. c. Lee* (1991), 3 O.R. (3d) 726; *R. c. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257; *State c. Marcks*, 41 S.W. 973 (1897), et 43 S.W. 1095 (1898); *State c. Lankford*, 102 A. 63 (1917); *United States c. Johnson*, 27 M.J. 798 (1988); *United States c. Dumford*, 28 M.J. 836 (1989); *R. c. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. B.*, [2006] EWCA Crim 2945, [2007] 1 W.L.R. 1567; *R. c. Mwai*, [1995] 3 N.Z.L.R. 149; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *Twining c. Morrice* (1788), 2 Bro. C.C. 326, 29 E.R. 182; *Conolly c. Parsons* (1797), 3 Ves. 625n; *Walters c. Morgan* (1861), 3 De G. F. & J. 718, 45 E.R. 1056; *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72; *R. c. Jones*, 2002 NBQB 340, [2002] N.B.J. No. 375 (QL); *R. c. J.A.T.*, 2010 BCSC 766 (CanLII).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265, 268, 271(1), 273.

Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 259b), 266.

Crimes Act 1958 (Vic.), art. 22, 23.

Crimes Act 1961 (N.-Z.), 1961, No. 43, art. 145, 188(2).

Criminal Code Act (N.T.), art. 174C, 174D.

Criminal Law Consolidation Act 1935 (S.A.), art. 29.

Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19.

Criminal Law Consolidation Act 1935 (S.A.), s. 29.
Offences against the Person Act, 1861 (U.K.), 24 & 25
 Vict., c. 100, ss. 18, 20.

Authors Cited

Bingham, Tom. *The Rule of Law*. London: Allen Lane, 2010.

Boily, Marie-Claude, et al. "Heterosexual risk of HIV-1 infection per sexual act: systematic review and meta-analysis of observational studies" (2009), 9 *Lancet Infect. Dis.* 118.

Burris, Scott, et al. "Do Criminal Laws Influence HIV Risk Behavior? An Empirical Trial" (2007), 39 *Ariz. St. L.J.* 467.

Cohen, Myron S., et al. "Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy" (2011), 365 *New Eng. J. Med.* 493.

Grant, Isabel. "The Prosecution of Non-disclosure of HIV in Canada: Time to Rethink *Cuerrier*" (2011), 5 *M.J.L.H.* 7.

Leigh, L. H. "Two cases on consent in rape" (2007), 5 *Arch. News* 6.

Nightingale, Brenda L. *The Law of Fraud and Related Offences*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996 (loose-leaf updated 2011, release 3).

Wainberg, Mark A. "Criminalizing HIV transmission may be a mistake" (2009), 180 *C.M.A.J.* 688.

Weller, Susan C., and Karen Davis-Beatty. "Condom effectiveness in reducing heterosexual HIV transmission" (2002), 1 *Cochrane Database Syst. Rev.* CD003255.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Steel, MacInnes and Beard J.J.A.), 2010 MBCA 93, 258 Man. R. (2d) 166, 261 C.C.C. (3d) 520, 79 C.R. (6th) 1, [2011] 2 W.W.R. 211, [2010] M.J. No. 308 (QL), 2010 CarswellMan 587, setting aside convictions for aggravated sexual assault entered by McKelvey J., 2008 MBQB 201, 230 Man. R. (2d) 184, [2008] M.J. No. 277 (QL), 2008 CarswellMan 406. Appeal allowed in part.

Elizabeth Thomson and Ami Kotler, for the appellant.

Amanda Sansregret and Corey La Berge, for the respondent.

Jonathan Shime, Corie Langdon, Richard Elliott and Ryan Peck, for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the HIV &

Offences against the Person Act, 1861 (R.-U.), 24 & 25
 Vict., ch. 100, art. 18, 20.

Doctrine et autres documents cités

Bingham, Tom. *The Rule of Law*. London : Allen Lane, 2010.

Boily, Marie-Claude, et al. « Heterosexual risk of HIV-1 infection per sexual act : systematic review and meta-analysis of observational studies » (2009), 9 *Lancet Infect. Dis.* 118.

Burris, Scott, et al. « Do Criminal Laws Influence HIV Risk Behavior? An Empirical Trial » (2007), 39 *Ariz. St. L.J.* 467.

Cohen, Myron S., et al. « Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy » (2011), 365 *New Eng. J. Med.* 493.

Grant, Isabel. « The Prosecution of Non-disclosure of HIV in Canada : Time to Rethink *Cuerrier* » (2011), 5 *R.D.S.M.* 7.

Leigh, L. H. « Two cases on consent in rape » (2007), 5 *Arch. News* 6.

Nightingale, Brenda L. *The Law of Fraud and Related Offences*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1996 (loose-leaf updated 2011, release 3).

Wainberg, Mark A. « Criminalizing HIV transmission may be a mistake » (2009), 180 *J.A.M.C.* 688.

Weller, Susan C., and Karen Davis-Beatty. « Condom effectiveness in reducing heterosexual HIV transmission » (2002), 1 *Cochrane Database Syst. Rev.* CD003255.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (les juges Steel, MacInnes et Beard), 2010 MBCA 93, 258 Man. R. (2d) 166, 261 C.C.C. (3d) 520, 79 C.R. (6th) 1, [2011] 2 W.W.R. 211, [2010] M.J. No. 308 (QL), 2010 CarswellMan 587, qui a annulé des déclarations de culpabilité d'agression sexuelle grave inscrites par la juge McKelvey, 2008 MBQB 201, 230 Man. R. (2d) 184, [2008] M.J. No. 277 (QL), 2008 CarswellMan 406. Pourvoi accueilli en partie.

Elizabeth Thomson et Ami Kotler, pour l'appelant.

Amanda Sansregret et Corey La Berge, pour l'intimé.

Jonathan Shime, Corie Langdon, Richard Elliott et Ryan Peck, pour les intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic

AIDS Legal Clinic Ontario, Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, the Positive Living Society of British Columbia, the Canadian AIDS Society, the Toronto People With AIDS Foundation, the Black Coalition for AIDS Prevention and the Canadian Aboriginal AIDS Network.

Michael A. Feder and Angela M. Juba, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

P. Andras Schreck and Candice Suter, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

François Dadour, for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal.

Lucie Joncas and François Côté, for the intervener Institut national de santé publique du Québec.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Overview

[1] This case raises the issue of whether an HIV-positive person who engages in sexual relations without disclosing his condition commits aggravated sexual assault.

[2] Sex without consent is sexual assault under s. 265 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, establishes that failure to advise a partner of one's HIV status may constitute fraud vitiating consent. Because HIV poses a risk of serious bodily harm, the operative offence is one of aggravated sexual assault, attracting a maximum sentence of life imprisonment: *Cuerrier*, at para. 95; ss. 265, 268 and 273 *Cr. C.*

Ontario, la Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, Positive Living Society of British Columbia, la Société canadienne du sida, Toronto People With AIDS Foundation, Black Coalition for AIDS Prevention et le Réseau canadien autochtone du sida.

Michael A. Feder et Angela M. Juba, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

P. Andras Schreck et Candice Suter, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

François Dadour, pour l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal.

Lucie Joncas et François Côté, pour l'intervenant l'Institut national de santé publique du Québec.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi soulève la question de savoir si une personne porteuse du VIH qui a des relations sexuelles sans révéler sa séropositivité commet une agression sexuelle grave.

[2] La personne qui a des rapports sexuels avec une autre sans le consentement de cette dernière commet une agression sexuelle suivant l'art. 265 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Dans l'arrêt *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, la Cour établit que l'omission d'informer le partenaire de sa séropositivité peut constituer une fraude viciant le consentement. Étant donné que le VIH présente un risque de lésions corporelles graves, l'infraction applicable est celle d'agression sexuelle grave, dont la perpétration rend passible de la peine maximale d'emprisonnement à perpétuité : *Cuerrier*, par. 95; art. 265, 268 et 273 *C. cr.*

[3] While *Cuerrier* laid down the basic requirements for the offence, the precise circumstances when failure to disclose HIV status vitiates consent and converts sexual activity into a criminal act remain unclear. The parties ask this Court for clarification.

[4] I conclude that a person may be found guilty of aggravated sexual assault under s. 273 of the *Criminal Code* if he fails to disclose HIV-positive status before intercourse and there is a realistic possibility that HIV will be transmitted. If the HIV-positive person has a low viral count as a result of treatment and there is condom protection, the threshold of a realistic possibility of transmission is not met, on the evidence before us.

II. Background

[5] The respondent, Mr. Mabior, lived in Winnipeg. His house was a party place. People came in and out, including a variety of young women. Alcohol and drugs were freely dispensed. From time to time, Mr. Mabior had sex with women who came to his house, including the nine complainants in this case.

[6] Mr. Mabior did not tell the complainants that he was HIV-positive before having sex with them; indeed, he told one of them that he had no STDs. On some occasions, he wore condoms, on others he did not. Sometimes the condoms broke or were removed, and in some cases, the precise nature of the protections taken is unclear. Eight of the nine complainants testified that they would not have consented to sex with Mr. Mabior had they known he was HIV-positive. None of the complainants contracted HIV.

[7] Mr. Mabior was charged with nine counts of aggravated sexual assault (and other related offences), based on his failure to disclose to the complainants that he was HIV-positive. In defence, Mr. Mabior called evidence that he was under treatment,

[3] Bien que l'arrêt *Cuerrier* définisse les éléments fondamentaux de l'infraction, les circonstances précises dans lesquelles l'omission de révéler sa séropositivité vicie le consentement et fait de l'activité sexuelle un acte criminel demeurent floues. Les parties demandent à notre Cour de les clarifier.

[4] Je conclus qu'une personne peut être déclarée coupable d'agression sexuelle grave en application de l'art. 273 du *Code criminel* lorsqu'elle omet de révéler sa séropositivité avant d'avoir des rapports sexuels et qu'il existe une possibilité réaliste qu'elle transmette le VIH. Lorsque la charge virale de la personne séropositive est faible en raison d'un traitement et qu'il y a utilisation du condom, la condition de la possibilité réaliste de transmission n'est pas remplie, au vu de la preuve qui figure au dossier.

II. Contexte

[5] L'intimé, M. Mabior, habitait Winnipeg et, chez lui, on faisait beaucoup la fête. Les gens entraient et sortaient, y compris de nombreuses jeunes femmes. L'alcool et la drogue abondaient. À l'occasion, M. Mabior avait des relations sexuelles avec ses jeunes invitées, dont les neuf plaignantes en l'espèce.

[6] M. Mabior n'a pas informé les plaignantes de sa séropositivité avant d'avoir des rapports sexuels avec elles; au contraire, il a dit à l'une d'elles qu'il n'avait aucune MTS. Parfois, il enfilait un condom, d'autres fois non. Il arrivait qu'un condom se brise ou soit retiré, et dans certains cas la nature précise de la protection n'est pas claire. Huit des neuf plaignantes ont témoigné qu'elles n'auraient pas consenti aux rapports sexuels si elles avaient su que M. Mabior était séropositif. Aucune n'a contracté le VIH.

[7] M. Mabior a été inculpé de neuf chefs d'agression sexuelle grave (et autres infractions connexes) au motif qu'il a omis de révéler aux plaignantes sa séropositivité. En défense, il a présenté des éléments de preuve selon lesquels il suivait un traitement et

and that he was not infectious or presented only a low risk of infection at the relevant times.

[8] The trial judge convicted Mr. Mabior of six counts of aggravated sexual assault (2008 MBQB 201, 230 Man. R. (2d) 184). She acquitted him on the other three, on the basis that sexual intercourse using a condom when viral loads are undetectable does not place a sexual partner at “significant risk of serious bodily harm”, as required by *Cuerrier*.

[9] Mr. Mabior appealed from these six convictions; the Crown did not appeal from the three acquittals. The Manitoba Court of Appeal varied the trial judge’s decision, holding that *either* low viral loads *or* condom use could negate significant risk (2010 MBCA 93, 258 Man. R. (2d) 166). This reduced to two the counts on which Mr. Mabior could be convicted, and the Court of Appeal entered acquittals on the four remaining counts. The Crown appeals these acquittals. Mr. Mabior has not cross-appealed against the two convictions upheld by the Court of Appeal.

III. The Legislation

[10] Sections 265 and 273 of the *Criminal Code* provide:

265. (1) A person commits an assault when

(a) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;

. . .

(2) This section applies to all forms of assault, including sexual assault . . . and aggravated sexual assault.

(3) For the purposes of this section, no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of

. . .

(c) fraud;

. . .

n’était pas infectieux ou ne présentait qu’un faible risque d’infection aux moments considérés.

[8] La juge du procès a déclaré M. Mabior coupable de six chefs d’agression sexuelle grave (2008 MBQB 201, 230 Man. R. (2d) 184). Elle l’a acquitté des trois autres chefs au motif qu’avoir des rapports sexuels en utilisant un condom lorsque sa charge virale est indétectable n’expose pas le partenaire sexuel à un « risque important de lésions corporelles graves » comme l’exige l’arrêt *Cuerrier*.

[9] M. Mabior a fait appel des six déclarations de culpabilité; le ministère public n’a pas interjeté appel des trois acquittements. La Cour d’appel du Manitoba a modifié la décision de la juge du procès, concluant qu’une faible charge virale *ou* l’utilisation du condom (*l’une ou l’autre*) pouvait écarter tout risque important (2010 MBCA 93, 258 Man. R. (2d) 166). Dès lors, M. Mabior ne pouvait être déclaré coupable que de deux chefs, et la Cour d’appel a inscrit des acquittements pour les quatre autres. Le ministère public interjette appel de ces acquittements. M. Mabior ne forme pas d’appel incident à l’encontre des deux déclarations de culpabilité confirmées par la Cour d’appel.

III. Les dispositions législatives

[10] Les articles 265 et 273 du *Code criminel* disposent :

265. (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas :

a) d’une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

. . .

(2) Le présent article s’applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles [. . .] et les agressions sexuelles graves.

(3) Pour l’application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison :

. . .

c) . . . de la fraude;

. . .

273. (1) Every one commits an aggravated sexual assault who, in committing a sexual assault, wounds, maims, disfigures or endangers the life of the complainant.

(2) Every person who commits an aggravated sexual assault is guilty of an indictable offence and liable

ˆ . . .

(b) in any other case, to imprisonment for life.

IV. The Issues

[11] The issues are as follows:

A. What is the correct interpretation of “fraud” vitiating consent to sexual activity in s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*?

(1) Problems with the existing interpretation of “fraud” vitiating consent:

- (a) Uncertainty;
- (b) Breadth.

(2) Guides to interpretation:

- (a) The purposes of the criminal law;
- (b) The common law and statutory history of fraud vitiating consent to sexual relations;
- (c) *Charter* values;
- (d) The experience of other common law jurisdictions.

(3) Finding a solution:

- (a) The active misrepresentation approach;
- (b) The absolute disclosure approach;
- (c) A case-by-case fact-based approach;
- (d) Judicial notice;
- (e) Relationship-based distinctions;
- (f) The reasonable partner approach;
- (g) An evolving common law approach.

(4) Realistic possibility of HIV transmission.

273. (1) Commet une agression sexuelle grave qui, en commettant une agression sexuelle, blesse, mutilé ou défigure le plaignant ou met sa vie en danger.

(2) Quiconque commet une agression sexuelle grave est coupable d'un acte criminel passible :

. . .

b) dans les autres cas, de l'emprisonnement à perpétuité.

IV. Les questions en litige

[11] Les questions en litige sont les suivantes :

A. Que faut-il entendre par « fraude » viciant le consentement à une activité sexuelle pour l'application de l'al. 265(3)c) du *Code criminel*?

(1) Difficultés découlant de l'interprétation actuelle de la « fraude » viciant le consentement :

- a) l'incertitude;
- b) la portée.

(2) Considérations présidant à l'interprétation :

- a) les objectifs du droit criminel;
- b) l'évolution de la fraude viciant le consentement aux relations sexuelles dans la common law et dans la loi;
- c) les valeurs consacrées par la *Charte*;
- d) la situation dans les autres ressorts de common law.

(3) Recherche d'une solution :

- a) la tromperie active;
- b) l'obligation absolue de révéler;
- c) la prise en compte des faits de chaque espèce;
- d) la connaissance d'office;
- e) la distinction fondée sur la nature du lien entre les personnes;
- f) la notion de partenaire raisonnable;
- g) faire évoluer la common law.

(4) Possibilité réaliste de transmission du VIH.

V. DiscussionA. *What is the Correct Interpretation of “Fraud” Vitiating Consent to Sexual Activity in Section 265(3)(c) of the Criminal Code?*(1) Problems With the Existing Interpretation of “Fraud” Vitiating Consent

[12] This Court considered “fraud” under s. 265(3)(c) 14 years ago in *Cuerrier*. The majority test in *Cuerrier* may be stated in different ways, but boils down to two elements: (1) a *dishonest act* (either falsehoods or failure to disclose HIV status); and (2) *deprivation* (denying the complainant knowledge which would have caused her to refuse sexual relations that exposed her to a significant risk of serious bodily harm).

[13] We are invited to revisit the *Cuerrier* test by the parties and by the Manitoba Court of Appeal in this case and the Quebec Court of Appeal in the companion case of *R. v. D.C.*, 2012 SCC 48, [2012] 2 S.C.R. 626. Two main criticisms of the *Cuerrier* test are advanced: first, that it is uncertain, failing to draw a clear line between criminal and non-criminal conduct (uncertainty), and second, that it either overextends the criminal law or confines it too closely — the problem of breadth.

[14] I turn first to the criticism that the *Cuerrier* test is uncertain. It is a fundamental requirement of the rule of law that a person should be able to predict whether a particular act constitutes a crime at the time he commits the act. The rule of law requires that laws provide in advance what can and cannot be done: Lord Bingham, *The Rule of Law* (2010). Condemning people for conduct that they could not have reasonably known was criminal is Kafkaesque and anathema to our notions of justice. After-the-fact condemnation violates the concept of liberty in s. 7 of the *Canadian Charter*

V. AnalyseA. *Que faut-il entendre par « fraude » viciant le consentement à l'activité sexuelle pour l'application de l'al. 265(3)c) du Code criminel?*(1) Difficultés découlant de l'interprétation actuelle de la « fraude » viciant le consentement

[12] Il y a 14 ans, dans l'arrêt *Cuerrier*, notre Cour s'est penchée sur la notion de « fraude » visée à l'al. 265(3)c). Le critère qu'ont établi les juges majoritaires peut être formulé de différentes manières, mais il exige essentiellement deux choses : (1) un *acte malhonnête* (le mensonge sur l'état de santé ou l'omission de révéler sa séropositivité) et (2) la *privation* (d'éléments d'information qui auraient causé le refus du plaignant d'avoir des relations sexuelles l'exposant à un risque important de lésions corporelles graves).

[13] Les parties et la Cour d'appel du Manitoba en l'espèce, de même que la Cour d'appel du Québec dans le pourvoi connexe *R. c. D.C.*, 2012 CSC 48, [2012] 2 R.C.S. 626, nous invitent à revoir le critère issu de l'arrêt *Cuerrier*. Ce critère fait l'objet de deux critiques principales. Premièrement, on lui reproche son caractère incertain en ce qu'il ne permet pas de départager clairement actes criminels et actes non criminels (d'où l'incertitude). Deuxièmement, il conférerait au droit criminel une portée soit trop grande, soit trop restreinte (le problème de la portée).

[14] Examinons d'abord le caractère incertain imputé au critère de l'arrêt *Cuerrier*. L'une des exigences fondamentales de la règle de droit veut qu'une personne puisse savoir qu'un acte est criminel avant de l'accomplir. La règle de droit exige que les lois délimitent à l'avance ce qui est permis et ce qui est interdit : lord Bingham, *The Rule of Law* (2010). Condamner une personne pour un acte dont elle ne pouvait raisonnablement savoir qu'il était criminel est digne de l'univers kafkaïen et va à l'encontre de notre conception de la justice. La condamnation d'un acte après coup est contraire au

of *Rights and Freedoms* and has no place in the Canadian legal system.

[15] The *Cuerrier* test gives rise to two uncertainties — what constitutes “significant risk” and what constitutes “serious bodily harm”? These terms are broad and different people can and do read them in different ways.

[16] About “significant risk”, some people say that virtually any risk of serious bodily harm is significant. Others argue that to be significant, the risk must rise to a higher level. These debates centre on statistical percentages. Is a 1% risk “significant”? Or should it be 10% or 51% or, indeed, .01%? How is a prosecutor to know or a judge decide? And if prosecutors, defence counsel and judges debate the point, how — one may ask — is the ordinary Canadian citizen to know? This uncertainty is compounded by the fact that a host of variables may affect the actual risk of infection.

[17] Debate has also surrounded the requirement that the risk be one of “serious bodily harm”. Some sexually transmitted diseases (“STDs”) involve little beyond treatable temporary discomfort. Yet even that discomfort, while it persists, may be serious from the perspective of the victim. Other STDs, like HIV, are extremely serious, involving permanent and life-altering symptoms, and in some cases death. Between these two extremes lie many other STDs, some more debilitating than others. Which are sufficiently serious to attract the sanction of the criminal law? *Cuerrier* offers no clear answer.

[18] The uncertainty inherent in the concepts of significant risk and serious bodily harm is compounded by the fact that they are interrelated. The more serious the nature of the harm, the lower the probability of transmission need be to amount to a significant risk of serious bodily harm, it is argued.

concept de liberté consacré à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et elle répugne au système de justice canadien.

[15] Le critère de l’arrêt *Cuerrier* se révèle incertain sur deux points : ce qu’il faut entendre par « risque important » et ce en quoi consistent les « lésions corporelles graves ». Il s’agit de termes généraux susceptibles d’être interprétés différemment par différentes personnes.

[16] S’agissant de la notion de « risque important », certains affirment que tout risque de lésions corporelles graves est pour ainsi dire important. D’autres font valoir que pour être important le risque doit atteindre un degré élevé. Les tenants de l’une et l’autre thèses invoquent des données statistiques. Un risque de 1 % est-il « important »? Doit-on plutôt fixer la barre à 10 % ou à 51 %, et pourquoi pas à 0,01 %? Comment le poursuivant peut-il le déterminer, et le juge trancher? Et dans la mesure où ni les poursuivants, ni les avocats de la défense, ni les juges ne sont fixés sur ce point, comment le citoyen canadien ordinaire peut-il s’y retrouver? À cette incertitude fondamentale s’ajoute une multitude de variables susceptibles d’influer sur le risque réel d’infection.

[17] On s’est aussi interrogé sur l’exigence d’un risque de « lésions corporelles graves ». Certaines maladies transmissibles sexuellement (« MTS ») n’occasionnent guère plus qu’un inconfort temporaire qui peut être traité. Or, même cet inconfort, tant qu’il persiste, peut être grave du point de vue de la victime. D’autres MTS, comme le VIH, sont extrêmement graves, s’accompagnant de symptômes permanents et invalidants et entraînant parfois la mort. Il existe entre ces deux pôles de nombreuses autres MTS, certaines plus débilitantes que d’autres. Lesquelles sont suffisamment graves pour commander l’application du droit criminel? L’arrêt *Cuerrier* n’offre pas de réponse claire.

[18] L’incertitude inhérente aux notions de risque important et de lésions corporelles graves est d’autant plus grande que ces notions sont interreliées. On fait valoir que plus la nature du préjudice est grave, moins la probabilité de transmission doit être grande pour qu’il y ait risque important

So it is not simply a matter of percentage of risk and seriousness of the potential disease. It is a matter of the two as they relate to each other.

[19] What emerges is a complex calculus that makes it impossible, in many cases, to predict in advance whether a particular act is criminal under s. 265(3)(c) or not. The second major criticism of *Cuerrier* relates to the scope of the conduct it catches. The danger of an overbroad interpretation is the criminalization of conduct that does not present the level of moral culpability and potential harm to others appropriate to the ultimate sanction of the criminal law. A criminal conviction and imprisonment, with the attendant stigma that attaches, is the most serious sanction the law can impose on a person, and is generally reserved for conduct that is highly culpable — conduct that is viewed as harmful to society, reprehensible and unacceptable. It requires both a culpable act — *actus reus* — and a guilty mind — *mens rea* — the parameters of which should be clearly delineated by the law.

(2) Guides to Interpretation

[20] As for all issues of statutory interpretation, the basic question is what Parliament intended. That intention is discovered by looking at the words of the provision, informed by its history, context and purpose.

[21] The words of s. 265(3)(c) do not on their face reveal much about how Parliament intended “fraud” to be interpreted. The concept was taken by Parliament from the common law.

[22] The interpretation of “fraud” vitiating consent to sexual relations is informed by four considerations: (a) the purposes of the criminal law; (b) the common law and statutory history of the concept; (c) *Charter* values, particularly equality, autonomy, liberty, privacy and human dignity; and (d) the experience of other common law jurisdictions. I will consider each in turn.

de lésions corporelles graves. Il ne s’agit donc pas d’une simple question de pourcentage de risque et de gravité de la maladie possible. C’est l’interrelation entre les deux qui importe.

[19] Dès lors, on se retrouve aux prises avec des calculs complexes qui empêchent souvent de savoir à l’avance si un acte donné constitue ou non un acte criminel pour les besoins de l’al. 265(3)c). La seconde grande critique dont fait l’objet le critère de l’arrêt *Cuerrier* concerne sa portée. Une interprétation trop large risque de criminaliser un acte malgré l’absence du degré de culpabilité morale et du risque de causer préjudice à autrui qui justifient l’application de la sanction la plus grave du droit criminel. La déclaration de culpabilité assortie d’une peine d’emprisonnement, sans compter les stigmates qui s’y rattachent, est la sanction la plus grave que la loi puisse infliger, et on la réserve généralement à l’auteur d’un acte hautement coupable, un acte perçu comme préjudiciable à la société, répréhensible et inacceptable. Elle requiert à la fois un acte coupable — l’*actus reus* — et une intention coupable — la *mens rea* — dont les paramètres doivent être clairement définis par la loi.

(2) Considérations présidant à l’interprétation

[20] Fondamentalement, pour interpréter une disposition législative, il faut déterminer quelle était l’intention du législateur, ce qui requiert d’examiner le libellé en cause à la lumière de l’historique, du contexte et de l’objet de la disposition.

[21] À première vue, le libellé de l’al. 265(3)c) ne renseigne guère sur le sens qu’entendait donner le législateur au mot « fraude », une notion empruntée à la common law.

[22] Quatre considérations président à l’interprétation de la « fraude » viciant le consentement aux relations sexuelles : a) les objectifs du droit criminel, b) l’évolution de la notion dans la common law et dans la loi, c) les valeurs consacrées par la *Charte*, en particulier l’égalité, l’autonomie, la liberté, le droit à la vie privée et la dignité humaine, de même que d) la situation dans les autres ressorts de common law. J’examine chacune de ces considérations successivement.

(a) *The Purposes of the Criminal Law*

[23] The interpretation of fraud vitiating consent to sexual relations should further the purposes of the criminal law, notably identifying, deterring and punishing criminal conduct, defined by a wrongful act and guilty mind. Morality infuses the criminal law. But the law does not seek to criminalize all immorality. The principal objective of the criminal law is the public identification of wrongdoing *qua* wrongdoing which violates public order and is so blameworthy that it deserves penal sanction: *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (P.C.); *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, aff'd [1951] A.C. 179 (P.C.); *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497; *The Queen v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 49; *Skoke-Graham v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 106.

[24] The law draws a sharp distinction between civil wrongdoing and criminal wrongdoing. Criminal conduct requires both a wrongful act and a guilty mind. It requires "a significant fault element": *R. v. Roy*, 2012 SCC 26, [2012] 2 S.C.R. 60, at para. 32. As Charron J. stated for the majority of this Court in *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49, at para. 34:

If every departure from the civil norm is to be criminalized, regardless of the degree, we risk casting the net too widely and branding as criminals persons who are in reality not morally blameworthy. Such an approach risks violating the principle of fundamental justice that the morally innocent not be deprived of liberty.

The potential consequences of a conviction for aggravated sexual assault — up to life imprisonment — underline the importance of insisting on moral blameworthiness in the interpretation of s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*.

a) *Les objectifs du droit criminel*

[23] L'interprétation de la fraude viciant le consentement aux relations sexuelles doit favoriser la réalisation des objectifs du droit criminel, notamment la détection, la prévention et la répression de la conduite criminelle, laquelle est constituée d'un acte fautif et d'une intention coupable. La moralité imprègne le droit criminel, mais le législateur n'entend pas criminaliser toute forme d'immoralité. L'objet principal du droit criminel est la réprobation publique d'actes fautifs en ce qu'ils portent atteinte à l'ordre public et sont si répréhensibles qu'ils justifient une sanction pénale : *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (C.P.); *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, conf. dans [1951] A.C. 179 (C.P.); *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497; *La Reine c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49; *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106.

[24] Le droit établit une nette distinction entre la faute civile et la faute criminelle. La conduite criminelle exige à la fois un acte fautif et une intention coupable. Elle requiert un « haut degré de négligence » : *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60, par. 32. Comme le dit la juge Charron au nom des juges majoritaires dans l'arrêt *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49, par. 34 :

S'il faut considérer comme une infraction criminelle chaque écart par rapport à la norme civile, quelle qu'en soit la gravité, on risque de ratisser trop large et de qualifier de criminelles des personnes qui en réalité ne sont pas moralement blâmables. Une telle approche risque de porter atteinte au principe de justice fondamentale voulant qu'une personne moralement innocente ne doive pas être privée de sa liberté.

Les conséquences éventuelles d'une déclaration de culpabilité d'agression sexuelle grave — qui peuvent aller jusqu'à l'emprisonnement à perpétuité — font ressortir l'importance d'interpréter l'al. 265(3)(c) du *Code criminel* en mettant l'accent sur le caractère moralement blâmable de la conduite en cause.

(b) *The Common Law and Statutory History of Fraud Vitiating Consent to Sexual Relations*

[25] The common law history of fraud vitiating consent to sexual relations reveals three periods. The early cases support the view that failure to disclose to a partner the fact that one has a serious sexually transmitted disease could constitute fraud vitiating consent to sexual relations, resulting in convictions for rape or assault. This was reversed in *The Queen v. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23 (Cr. Cas. Res.), which held that fraud was confined to deception as to the sexual nature of the act or as to the identity of the male sexual partner. In the post-*Charter* era, a return to a broader view of fraud vitiating consent is appropriate.

[26] The first recorded cases to look at the problem before us took a generous approach to consent to sexual intercourse — one that accepted that sexual partners (always women in those days) were entitled to refuse sexual intercourse and should not be tricked into it by deceit. The courts adopted a flexible approach to “fraud” vitiating consent to sexual relations. Without attempting to define the term, they showed themselves willing to extend the term to fundamental aspects of sexual intercourse.

[27] For example, in *R. v. Flattery* (1877), 13 Cox C.C. 388 (C.C.A.), a conviction of rape was upheld for a man operating a booth at a fair who had obtained sex from a girl of 19 on the pretext of medical treatment. It was held that the victim’s consent to physical contact with the accused was vitiated by his fraud, because she had only consented to a surgical operation, and not to a sexual act.

[28] Similarly, early common law cases accepted that impersonation of the spouse — falsely pretending to be the victim’s husband — could constitute

b) *L'évolution de la fraude viciant le consentement aux relations sexuelles dans la common law et dans la loi*

[25] On relève trois périodes dans l’histoire de la common law en ce qui a trait à la fraude viciant le consentement aux relations sexuelles. Dans un premier temps, les tribunaux ont estimé que l’omission d’une personne de révéler à un partenaire qu’elle était atteinte d’une grave maladie transmissible sexuellement pouvait constituer une telle fraude, et la personne fautive pouvait être reconnue coupable de viol ou de voies de fait. Dans la décision *The Queen c. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23 (Cr. Cas. Res.), le tribunal a mis fin à ce courant et statué qu’il ne pouvait y avoir fraude qu’en cas de tromperie sur la nature sexuelle de l’acte ou sur l’identité du partenaire masculin. Après maintes années d’application de la *Charte*, le retour à une conception plus large de la fraude viciant le consentement s’impose.

[26] Les premières décisions rendues sur la question dont nous sommes aujourd’hui saisis résultent d’une interprétation extensive de la notion de consentement aux rapports sexuels, à savoir qu’un partenaire sexuel (toujours une femme à l’époque) était en droit de refuser un rapport sexuel et que son consentement ne devait pas être obtenu par la tromperie. Les tribunaux privilégiaient alors une interprétation souple de la « fraude » viciant le consentement aux relations sexuelles. Sans tenter de la définir, ils se montraient disposés à ce que la notion englobe les éléments fondamentaux du rapport sexuel.

[27] Par exemple, dans *R. c. Flattery* (1877), 13 Cox C.C. 388 (C.C.A.), une déclaration de culpabilité de viol a été confirmée dans le cas d’un exploitant de kiosque qui, lors d’une foire, avait eu des rapports sexuels avec une jeune femme de 19 ans en prétendant qu’il s’agissait d’un traitement médical. La cour a statué que le consentement de la victime au contact physique avec l’accusé avait été vicié par la fraude, la victime n’ayant consenti qu’à une intervention chirurgicale, et non à un acte sexuel.

[28] De même, il appert des premières décisions fondées sur la common law que l’usurpation de l’identité de l’époux — prétendre faussement être le

fraud vitiating consent. In *R. v. Dee* (1884), 15 Cox C.C. 579 (Cr. Cas. Res. Ir.), O'Brien J. left no doubt on this issue:

That brings us back to the question which in law is the crime of rape. The crime is the invasion of a woman's person without her consent, and I see no real difference between the want of consent and the act being against her will, which is the language of the indictment, though the distinction is taken by Lord Campbell, or between the negation of consent and positive dissent. Whether the act of consent be the result of overpowering force, or of fear, or of incapacity, or of natural condition, or of deception, it is still want of consent, and the consent must be, not consent to the act, but to the act of the particular person — not in the abstract, but in the concrete . . . [p. 598]

[29] In *R. v. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925 (West. Cir.), similar reasoning was applied to hold that concealment of venereal disease amounted to fraud vitiating consent:

An assault is within the rule that fraud vitiates consent, and therefore, if the prisoner, knowing that he had a foul disease, induced his niece to sleep with him, intending to possess her, and infected her, she being ignorant of his condition, any consent, which she may have given, would be vitiated, and the prisoner would be guilty of an indecent assault. [p. 925]

[30] Again in *R. v. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28, the Central Criminal Court found fraud vitiating consent for non-disclosure of gonorrhœa, stating that if the complainant “would not have consented if she had known the fact, then her consent is vitiated by the deceit practised upon her, and the prisoner would be guilty of an assault” (p. 29).

[31] These cases evinced a generous approach to the issue of consent and when deceit might vitiate it, an approach that respected the right of the women involved to choose whether to have intercourse or not. However, this jurisprudence was shortly to be set aside, in a series of cases which culminated in *Clarence*. To read these cases is to

mari de la victime — pouvait constituer une fraude viciant le consentement. Dans *R. c. Dee* (1884), 15 Cox C.C. 579 (Cr. Cas. Res. Ir.), le juge O'Brien ne laisse subsister aucun doute sur ce point :

[TRADUCTION] Cela nous ramène à la question de ce en quoi consiste légalement le crime de viol. C'est l'atteinte à l'intégrité physique d'une femme sans son consentement, et je ne vois aucune différence réelle entre l'acte commis sans son consentement et celui commis contre sa volonté, celui-ci correspondant à la formulation de l'acte d'accusation, bien que lord Campbell fasse cette distinction, ou encore entre le refus du consentement et l'opposition. Le consentement obtenu par le recours à la force ou à la tromperie, ou qui résulte de la crainte, de l'incapacité ou d'un état naturel n'en est pas un. Le consentement doit viser non pas l'acte, mais l'acte avec la personne en cause — non dans l'abstrait, mais dans la réalité . . . [p. 598]

[29] Dans *R. c. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925 (West. Cir.), on a eu recours à un raisonnement semblable pour conclure que la dissimulation d'une maladie vénérienne équivalait à une fraude viciant le consentement :

[TRADUCTION] Les voies de fait sont visées par la règle selon laquelle la fraude vicie le consentement, et par conséquent, si l'accusé, qui savait qu'il avait cette maladie honteuse, a incité sa nièce à coucher avec lui dans le but de la posséder, et l'a infectée alors qu'elle ignorait son état, tout consentement qu'elle peut avoir donné sera vicié, et l'accusé sera coupable d'attentat à la pudeur. [p. 925]

[30] Également, dans *R. c. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28, la Central Criminal Court conclut à la fraude viciant le consentement dans une affaire où l'accusé avait omis de révéler qu'il avait la gonorrhée. Elle statue que dans le cas où la plaignante [TRADUCTION] « n'aurait pas donné son consentement si elle avait connu ce fait, son consentement est vicié par la tromperie dont elle a été victime, et l'accusé sera déclaré coupable de voies de fait » (p. 29).

[31] Ces décisions se caractérisaient par une interprétation généreuse du consentement et des circonstances où la tromperie pouvait le vicier, une interprétation qui reconnaissait aux femmes en cause le droit de décider d'avoir ou non des rapports sexuels. Toutefois, elles ont rapidement été écartées par une série de jugements qui ont débouché sur

enter a world foreign to modern sensitivities — the world of Victorian morality.

[32] The case that announced the change was *Hegarty v. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 124 (H.C.J. Ir. (Q.B.D.)), a civil case involving an action for assault. Mr. Shine, the master of the house, had sexual relations with his domestic servant over a period of two years. She became pregnant and had a child. Both she and the child were infected with syphilis. The court dismissed the action against Mr. Shine on the basis of *ex turpi causa non oritur actio* — the plaintiff was the victim of her own immoral act, which the law could not condone. On the matter of fraud, the majority stated that the doctrine of fraud was confined to *mistake as to whether the act was sexual or not*: “In the case before us the defendant actively consented to the very thing, that is to say, sexual intercourse, with full knowledge and experience of the nature of the act” (p. 130). The appeal court ((1878), 14 Cox C.C. 145) confirmed that only deceit as to the nature of the act could vitiate consent. The court emphasized the pitiable condition of the victim, but concluded the law could not assist her.

[33] The point of no return for the earlier, more open view of fraud was reached in *Clarence*. That case confirmed that fraud could vitiate consent to sexual relations only if the complainant was deceived as to the *sexual nature* of the act or as to the identity of the man. The facts were simple. The couple were married. The husband did not tell his wife he had gonorrhœa and infected her. The husband was charged with assault and unlawful infliction of bodily harm.

[34] The fact that 13 judges sat suggests the case was viewed as important. The court divided nine to four, and the husband was acquitted. The majority held that fraud in the context of sexual relations had been interpreted too broadly by the earlier cases, and that it was necessary to limit its application to situations where the complainant was deceived as

la décision *Clarence*. La lecture des motifs rendus dans ces affaires nous fait plonger dans un univers étranger à notre sensibilité actuelle, celui de la moralité victorienne.

[32] La décision qui amorce le changement de cap est *Hegarty c. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 124 (H.C.J. Ir. (Q.B.D.)), une instance engagée au civil pour voies de fait. Le maître des lieux, M. Shine, avait eu des relations sexuelles avec sa domestique pendant deux ans. Celle-ci était devenue enceinte, puis avait donné naissance à un enfant. La mère et l'enfant avaient contracté la syphilis. La cour rejette l'action contre M. Shine sur le fondement de la règle *ex turpi causa non oritur actio*, la demanderesse étant victime de sa propre immoralité, que la loi ne pouvait approuver. Au sujet de la fraude, les juges majoritaires opinent que cette notion ne s'applique qu'à l'erreur quant à la nature sexuelle de l'acte : [TRADUCTION] « dans la présente affaire, la défenderesse a activement consenti à la chose même, c'est-à-dire aux rapports sexuels, en ayant pleinement connaissance et conscience de la nature de l'acte » (p. 130). La Cour d'appel ((1878), 14 Cox C.C. 145) confirme que seule la tromperie sur la nature de l'acte peut vicier le consentement. Elle déplore le triste sort fait à la victime, mais conclut que la loi n'y peut rien.

[33] La décision *Clarence* marque la rupture définitive avec l'interprétation antérieure — plus extensive — de la fraude. Elle confirme que la fraude ne peut vicier le consentement aux relations sexuelles que si la plaignante est trompée quant à la *nature sexuelle* de l'acte ou à l'identité de l'homme. Dans cette affaire, les faits étaient simples et il s'agissait d'un couple marié. Le mari n'avait pas dit à sa femme qu'il avait la gonorrhée et il la lui avait transmise. Il a été accusé de voies de fait et d'infliction illicite de lésions corporelles.

[34] Le fait que 13 juges ont entendu l'affaire montre l'importance accordée à celle-ci. Ils statuent à raison de neuf contre quatre en faveur de l'acquiescement du mari. Les juges majoritaires estiment qu'on a jusqu'alors interprété trop largement la notion de fraude dans le contexte de relations sexuelles, et qu'il faut en limiter l'application aux

to the sexual nature of the act or as to the identity of the man. This produced a rule that was to prevail for almost a 100 years that fraud could not vitiate consent to sexual intercourse unless it went to the “sexual nature of the act” or to the identity of the sexual partner.

[35] The opinion of Stephen J. encapsulates the view of the majority in *Clarence*. Stephen J. found that the offence of unlawful infliction of bodily harm could not apply to the case. While the act posed by the husband was indeed unlawful — infecting one’s wife was forbidden by the law relating to marriage since it constituted cruelty and could be evidence of adultery —, it could not be said that it constituted infliction of bodily harm. Indeed, the words “infliction of bodily harm” were construed as requiring a physical assault. Stephen J. found that infecting a person with a disease did not constitute such an assault.

[36] Stephen J. went on to consider the question of obtaining sexual relations by fraud. He expressed the view that the only fraud capable of vitiating consent to sexual relations was fraud as to the nature of the act of intercourse, or as to the identity of the sexual partner. If the victim knew the act was sexual, and was not deceived as to the identity of her partner, she could not complain that she had been deceived and her “consent” fraudulently obtained. Stephen J. commented briefly that neither *Bennett* nor *Sinclair* could be relied upon as precedent.

[37] The reasons of Pollock B., also in the majority, added that sexual acts done by a husband to his wife cannot be unlawful (pp. 63-64). The husband possessed conjugal rights over his wife to which she had consented by marrying him. Once married, the wife had no right to refuse her husband’s demands. Since sexual acts between spouses were lawful, Pollock B. reasoned, all such acts done by a husband — including those characterized by cruelty — must be lawful.

situations où la plaignante a été trompée sur la nature sexuelle de l’acte ou sur l’identité de l’homme. Dès lors s’est appliquée pendant près de 100 ans la règle selon laquelle la fraude ne vicie le consentement aux rapports sexuels que si elle a trait à la « nature sexuelle de l’acte » ou à l’identité du partenaire sexuel.

[35] L’opinion du juge Stephen résume le point de vue des juges majoritaires dans *Clarence*. Il conclut que l’infraction d’infliction illicite de lésions corporelles ne pouvait avoir été perpétrée en l’espèce. Le mari avait certes agi illicitement — infecter son épouse étant cruel et susceptible de prouver l’adultère, les dispositions sur le mariage l’interdisaient —, mais on ne pouvait affirmer qu’il avait infligé des lésions corporelles graves. En effet, on considérerait que l’[TRADUCTION] « infliction de lésions corporelles graves » devait comporter une agression physique. Le juge Stephen arrive à la conclusion que communiquer une maladie à autrui n’équivaut pas à l’agresser physiquement.

[36] Le juge Stephen examine ensuite la question de l’obtention de relations sexuelles par la fraude. Il estime que la seule fraude susceptible de vicier le consentement aux rapports sexuels est celle touchant à la nature des rapports ou à l’identité du partenaire sexuel. La victime qui savait que l’acte était sexuel et qui n’a pas été trompée sur l’identité de son partenaire ne peut prétendre avoir été trompée ni soutenir que son « consentement » a été obtenu frauduleusement. Le juge Stephen ajoute brièvement que ni *Bennett* ni *Sinclair* ne s’appliquent.

[37] Le baron Pollock, également de la majorité, ajoute dans ses motifs que l’activité sexuelle d’un mari avec sa femme ne saurait être illicite (p. 63-64). Le mari possède des droits conjugaux sur sa femme, ce à quoi cette dernière a consenti en l’épousant. Une fois mariée, l’épouse ne peut se soustraire aux exigences de son mari. Suivant le raisonnement du baron Pollock, comme les actes sexuels entre époux sont licites, ceux accomplis par le mari, même lorsqu’ils revêtent un caractère cruel, doivent être tenus pour licites.

[38] The *Clarence* test was accepted throughout the common law world and prevailed until recent times. The strictness with which it was applied is illustrated by a 1957 decision of the Australian High Court, *Papadimitropoulos v. The Queen* (1957), 98 C.L.R. 249. The accused had induced the complainant to have sexual intercourse by duping her into believing that they were legally married. He was acquitted of the charge of rape. The court summed up the law as follows:

To say that in having intercourse with him she supposed that she was concerned in a perfectly moral act is not to say that the intercourse was without her consent. To return to the central point; rape is carnal knowledge of a woman without her consent: carnal knowledge is the physical fact of penetration; it is the consent to that which is in question; such a consent demands a perception as to what is about to take place, as to the identity of the man and the character of what he is doing. But once the consent is comprehending and actual the inducing causes cannot destroy its reality and leave the man guilty of rape. [Emphasis added; p. 261.]

[39] The views of the majority in *Clarence* were reflected in the first Canadian *Criminal Code* in 1892 (S.C. 1892, c. 29). Parliament defined fraud for purposes of rape and indecent assault narrowly, by restricting it to “false and fraudulent representations as to the nature and quality of the act”: ss. 259(b) and 266. The *Code* thus incorporated the concerns of the majority in *Clarence*. The deceitful act was limited to “false and fraudulent representations” by opposition to simple concealment, and the subject of the fraud was limited to the “nature and quality of the act”. As a consequence, Canadian courts accepted *Clarence* as settled law and continued to hold that only active fraud as to the nature of the act, i.e. fraud as to its sexual character, or as to the identity of one’s sexual partner constituted fraud vitiating consent to sexual intercourse: see, e.g., *R. v. Harms* (1943), 81 C.C.C. 4 (Sask. C.A.); *Bolduc v. The Queen*, [1967] S.C.R. 677.

[38] Le critère de l’arrêt *Clarence* a été reconnu dans tous les ressorts de common law et s’est appliqué jusqu’à une époque récente. Une décision de 1957 de la Haute Cour d’Australie, *Papadimitropoulos c. The Queen* (1957), 98 C.L.R. 249, illustre la rigueur de son application. L’accusé avait incité la plaignante à avoir des rapports sexuels avec lui en lui faisant croire qu’ils étaient légalement mariés. Il a été acquitté de l’accusation de viol. La cour résume ainsi la règle :

[TRADUCTION] L’affirmation selon laquelle elle a supposé qu’il était parfaitement moral d’avoir des relations sexuelles avec lui ne revient pas à dire qu’il n’y a pas eu consentement. Pour revenir au point central, le viol consiste dans l’union charnelle avec une femme sans son consentement. L’union charnelle s’entend de l’acte physique de la pénétration. C’est le consentement à cet acte qui est requis. Un tel consentement exige la connaissance de ce qui est sur le point de se produire, de l’identité de l’homme et de la nature de ce qu’il fait. Mais dès lors que la personne consent véritablement et en toute connaissance, ce qui l’y a incité ne peut annuler la réalité du consentement et rendre l’homme coupable de viol. [Je souligne; p. 261.]

[39] Les opinions exprimées par les juges majoritaires dans *Clarence* ont trouvé écho dans le premier *Code criminel* canadien en 1892 (S.C. 1892, ch. 29). Le législateur a défini strictement la fraude en matière de viol et d’attentat à la pudeur de manière qu’elle ne s’entende que des « fausses et frauduleuses représentations à l’égard de la nature et du caractère de l’acte » : al. 259(b) et art. 266. Le législateur donnait ainsi suite aux préoccupations des juges majoritaires dans *Clarence*. Il n’y avait tromperie qu’en présence de « fausses et frauduleuses représentations » par opposition à la seule dissimulation, et l’objet de la fraude se limitait à la « nature et [au] caractère de l’acte ». En conséquence, les tribunaux canadiens ont considéré que la décision *Clarence* établissait le droit applicable et ils ont continué de considérer que seule la fraude active quant à la nature de l’acte (son caractère sexuel) ou à l’identité du partenaire sexuel constituait une fraude viciant le consentement aux relations sexuelles : voir, p. ex., *R. c. Harms* (1943), 81 C.C.C. 4 (C.A. Sask.); *Bolduc c. The Queen*, [1967] R.C.S. 677.

[40] In 1983, Parliament amended the *Criminal Code* to create the present s. 265(3)(c): S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19. This amendment was part of a major overhaul of the law of sexual offences which aimed, *inter alia*, at protecting the integrity of the person and eliminating sexual discrimination in the criminal law. The new provision referred simply to “fraud”, dropping the qualifying phrases “false and fraudulent representations” and “nature and quality of the act”. Arguably, this change evidenced Parliament’s intent that “fraud” should be read more broadly than it had been in the past. However, courts continued to apply a restrictive interpretation to the term: see *R. v. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528 (B.C.C.A.); *R. v. Lee* (1991), 3 O.R. (3d) 726 (Gen. Div.); *R. v. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257 (Ont. Ct. (Gen. Div.)).

[41] Occasionally, a more generous approach surfaced as to when fraud could vitiate consent to sexual relations. For instance, American caselaw was more inclined to convict the accused of assault or rape on facts similar to those in *Clarence: State v. Marcks*, 41 S.W. 973 (Miss. 1897), at p. 973, and 43 S.W. 1095 (1898), at pp. 1097-98; *State v. Lankford*, 102 A. 63 (Del. Ct. Gen. Sess. 1917), at p. 64; *United States v. Johnson*, 27 M.J. 798 (A.F.C.M.R. 1988), at p. 804; *United States v. Dumford*, 28 M.J. 836 (A.F.C.M.R. 1989), at p. 839. And in Canada, in *R. v. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145 (C.A.), Hartt J. (*ad hoc*) held that “the words ‘nature and quality of the act’ . . . should not be so narrowly construed as to include only the physical action but rather must be interpreted to encompass those concomitant circumstances which give meaning to the particular physical activity in question” (p. 153). But these were minority voices.

[42] There are not many cases on the books, to be sure. One understands why when one considers the practical implications of the *Clarence* test. The cases where a woman consents to sex but thinks it is *not* sex or that it is sex with a different man are necessarily rare. Submitting to a medical examination

[40] En 1983, le législateur a modifié le *Code criminel* pour créer l’actuel al. 265(3)c : S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19. La mesure s’inscrivait dans une réforme en profondeur du régime applicable aux infractions sexuelles en vue, notamment, de protéger l’intégrité de la personne et de purger le droit criminel de toute discrimination sexuelle. La nouvelle disposition renvoyait seulement à la « fraude », laissant tomber les éléments « fausses et frauduleuses représentations » et « la nature et [le] caractère de l’acte » qui en limitaient la portée. On pouvait certes y voir l’intention du législateur d’élargir la notion de « fraude », mais les tribunaux ont continué à interpréter cette notion restrictivement : voir *R. c. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528 (C.A.C.-B.); *R. c. Lee* (1991), 3 O.R. (3d) 726 (Div. gén.); *R. c. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257 (C. de l’Ont. (Div. gén.)).

[41] À l’occasion, les tribunaux ont adopté une approche plus généreuse à l’égard des circonstances dans lesquelles la fraude pouvait vicier le consentement aux relations sexuelles. Par exemple, les tribunaux américains se sont montrés plus enclins à déclarer l’accusé coupable de voies de fait ou de viol dans des circonstances semblables à celles de l’affaire *Clarence* : *State c. Marcks*, 41 S.W. 973 (Miss. 1897), p. 973, et 43 S.W. 1095 (1898), p. 1097-1098; *State c. Lankford*, 102 A. 63 (Del. Ct. Gen. Sess. 1917), p. 64; *United States c. Johnson*, 27 M.J. 798 (A.F.C.M.R. 1988), p. 804; *United States c. Dumford*, 28 M.J. 836 (A.F.C.M.R. 1989), p. 839. Au Canada, dans l’arrêt *R. c. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145 (C.A.), le juge Hartt (*ad hoc*) conclut que [TRADUCTION] « les mots “la nature et [le] caractère de l’acte” [. . .] ne doivent pas être interprétés strictement et ne viser que l’acte concret accompli, mais doivent plutôt être interprétés comme englobant les circonstances concomitantes qui donnent un sens à cet acte » (p. 153). Ce courant était cependant minoritaire.

[42] Les affaires recensées ne sont évidemment pas nombreuses, ce qui s’explique par la portée concrète du critère énoncé dans la décision *Clarence*. Il est évidemment rare qu’une femme consente à des relations sexuelles tout en pensant qu’il ne s’agit pas de relations sexuelles ou qu’un homme différent est

only to discover it is a sexual encounter might be such a case; the complainant does not consent to the sexual act but to a medical procedure. Under *Clarence* and its progeny, if the woman consented to the sexual act with the given man, no matter what the deceit, the man could not be convicted for his act. It is not surprising that the legal lexicon contains few cases dealing with fraud vitiating consent. The stark fact was that in all but rare cases fraud could not vitiate consent.

[43] Canadian common law on fraud vitiating consent to sexual relations has now entered a third, post-*Clarence* era. *Charter* values of equality, autonomy, liberty, privacy and human dignity require full recognition of the right to consent or to withhold consent to sexual relations. Fraud under s. 265(3)(c) must be interpreted with these values in mind. The *Clarence* line of jurisprudence, which confined fraud to the question of whether the complainant knew the act was sexual or not, is no longer appropriate in the Canadian context. To hold that a complainant consents to the risk of an undisclosed serious disease because he or she knew the act was sexual affronts contemporary sensibilities and contemporary constitutional values.

(c) *Charter Values*

[44] Courts must interpret legislation harmoniously with the constitutional norms enshrined in the *Charter*: *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at para. 33; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, at para. 35. *Charter* values are always relevant to the interpretation of a disputed provision of the *Criminal Code*.

[45] The *Charter* values of equality, autonomy, liberty, privacy and human dignity are particularly relevant to the interpretation of fraud vitiating

en cause. La personne qui se soumet à un examen médical pour finalement s'apercevoir qu'il s'agit plutôt d'un acte sexuel pourrait alléguer la fraude, car elle consent à un acte non pas sexuel, mais médical. Suivant la décision *Clarence* et celles rendues dans sa foulée, lorsque la femme a consenti à l'acte sexuel avec l'homme en cause, peu importe qu'il y ait eu tromperie, l'homme ne peut pas être déclaré coupable d'un crime relativement à cet acte. Il n'est pas surprenant que les répertoires juridiques recensent peu de cas de fraude viciant le consentement. Le fait est que la fraude pouvait rarement vicier le consentement.

[43] La common law canadienne en matière de fraude viciant le consentement aux rapports sexuels est maintenant entrée dans une troisième phase et a rompu avec la règle établie dans *Clarence*. Les valeurs d'égalité, d'autonomie, de liberté, de droit à la vie privée et de dignité humaine que consacre la *Charte* commandent la pleine reconnaissance du droit de donner ou de refuser son consentement à des relations sexuelles. C'est en ayant ces valeurs à l'esprit qu'il faut interpréter la notion de fraude visée à l'al. 265(3)c). Le courant jurisprudentiel issu de la décision *Clarence*, qui réduisait la fraude à la question de la connaissance ou de l'ignorance du caractère sexuel de l'acte, n'a plus sa place dans la société canadienne. Conclure que la plaignante consent au risque de contracter une maladie grave non révélée parce qu'elle sait que l'acte est sexuel heurte notre sensibilité moderne et les valeurs constitutionnelles actuelles.

c) *Les valeurs consacrées par la Charte*

[44] Les tribunaux doivent interpréter les lois en harmonie avec les normes constitutionnalisées par la *Charte* : *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 33; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 35. Les valeurs consacrées par la *Charte* ont toujours leur place dans l'interprétation d'une disposition contestée du *Code criminel*.

[45] Les valeurs constitutionnelles d'égalité, d'autonomie, de liberté, de droit à la vie privée et de dignité humaine revêtent une importance

consent to sexual relations. The formerly narrow view of consent has been replaced by a view that respects each sexual partner as an autonomous, equal and free person. Our modern understanding of sexual assault is based on the preservation of the right to refuse sexual intercourse: sexual assault is wrong because it denies the victim's dignity as a human being. Fraud in s. 265(3)(c) of the *Criminal Code* must be interpreted in light of these values.

[46] As we have already seen, prior to the adoption of the *Charter* in 1982 and the reform of sexual offences in 1983, courts took a restrictive view of how lack of consent to sexual relations could be established and how consent could be negated by fraud. Rules of evidence and procedure, like the ancient rule that non-consent must be supported by evidence of a "hue and cry" in the neighbourhood immediately after the alleged sexual assault, or the willingness of judges to infer consent from dress or prior sexual experience, systemically biased the trial process in favour of finding consent. In like fashion, the jurisprudence, post-*Clarence*, took a narrow view of fraud capable of vitiating consent, holding that it went only to the sexual nature of the act, and that it did not apply to married women, who were bound to submit to their husbands in all circumstances.

[47] Post-*Charter* Canadian law has repudiated this crabbed view of consent and fraud. Amendments to the *Criminal Code* have removed the evidentiary burdens and presumptions that once made proof of lack of consent difficult. Courts have held that judges may not infer consent from the way the complainant was dressed or the fact that she may have flirted: *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330. And in 1998, *Cuerrier* signaled a return to a generous interpretation of fraud capable of vitiating consent.

particulière lorsqu'il s'agit de définir la fraude qui vicie le consentement aux relations sexuelles. L'ancienne conception étroite du consentement a été remplacée par une nouvelle selon laquelle chacun des partenaires sexuels est une personne autonome, égale et libre. De nos jours, la répression de l'agression sexuelle vise à protéger le droit de refuser un rapport sexuel : l'agression sexuelle est répréhensible en ce qu'elle nie la dignité de la victime en tant qu'être humain. C'est en fonction de ces valeurs qu'il faut interpréter la fraude visée à l'al. 265(3)c) du *Code criminel*.

[46] Nous avons vu qu'avant l'adoption de la *Charte* en 1982 et la réforme du régime applicable aux infractions sexuelles en 1983, les tribunaux se montraient réticents à conclure à l'absence de consentement à des relations sexuelles et à l'annulation de ce consentement par la fraude. Les règles de preuve et de procédure (telle l'ancienne règle voulant que le non-consentement doive être étayé par la preuve d'un appel à l'aide lancé au voisinage immédiatement après l'agression sexuelle alléguée) ou l'empressement des juges à inférer le consentement de l'habillement ou de l'activité sexuelle antérieure ont fait en sorte que les tribunaux concluent systématiquement à l'existence du consentement. Dans la même veine, la jurisprudence postérieure à la décision *Clarence* interprète elle aussi restrictivement la notion de fraude susceptible de vicier le consentement, estimant que celle-ci n'intéresse que la nature sexuelle de l'acte et que la femme mariée ne peut l'invoquer car elle doit être soumise à son mari en toutes circonstances.

[47] Après l'adoption de la *Charte*, le droit canadien a banni cette conception étriquée du consentement et de la fraude. Des modifications apportées au *Code criminel* ont supprimé les fardeaux de preuve et les présomptions qui rendaient jusqu'alors difficile la preuve de l'absence de consentement. Les tribunaux ont statué qu'on ne pouvait inférer le consentement de la manière dont était habillée la plaignante ni du fait qu'elle avait pu flirter : *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330. Puis, en 1998, l'arrêt *Cuerrier* a marqué le retour à une interprétation généreuse de la fraude susceptible de vicier le consentement.

[48] In keeping with the *Charter* values of equality and autonomy, we now see sexual assault not only as a crime associated with emotional and physical harm to the victim, but as the wrongful exploitation of another human being. To engage in sexual acts without the consent of another person is to treat him or her as an object and negate his or her human dignity. Although the *Charter* is not directly engaged, the values that animate it must be taken into account in interpreting s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*.

(d) *The Experience of Other Common Law Jurisdictions*

[49] The parties and a number of interveners have relied on the approach of foreign legal systems to support their positions.

[50] A survey of comparative law shows that common law jurisdictions criminalize the *actual sexual transmission* of HIV, when the HIV-positive person is aware of his or her serologic status and when the partner does not give informed consent to the risk of infection. Several jurisdictions treat transmission of HIV following non-disclosure as offences involving bodily harm, rather than as sexual offences. Such transmission has been prosecuted on the following legal grounds: in England, for reckless infliction of bodily injury, under s. 20 of *The Offences against the Person Act, 1861*, 24 & 25 Vict., c. 100; in the Australian state of Victoria, for “[c]onduct endangering life” (s. 22 of the *Crimes Act 1958* (Vic.)); and in New Zealand, for, *inter alia*, “reckless disregard for the safety of others” that “causes grievous bodily harm” (s. 188(2) of the *Crimes Act 1961*, No. 43). See I. Grant, “The Prosecution of Non-disclosure of HIV in Canada: Time to Rethink *Cuerrier*” (2011), 5 *M.J.L.H.* 7, at pp. 31-41.

[51] However, deception that exposes a partner to a *risk of transmission* — but that does not ultimately result in transmission — is not criminalized

[48] Dans l’esprit des valeurs d’égalité et d’autonomie que consacre la *Charte*, nous voyons aujourd’hui dans l’agression sexuelle non seulement un crime associé au préjudice émotionnel et physique causé à la victime, mais aussi l’exploitation illicite d’un être humain par un autre. Se livrer à des actes sexuels avec une autre personne sans son consentement c’est la traiter comme un objet et porter atteinte à sa dignité humaine. Même si la *Charte* n’est pas directement en cause, les valeurs qui la sous-tendent doivent être prises en compte pour interpréter l’al. 265(3)c) du *Code criminel*.

d) *La situation dans les autres ressorts de common law*

[49] Les parties et certains intervenants fondent leur thèse sur l’approche retenue à l’étranger.

[50] Un examen comparatif révèle que les ressorts de common law criminalisent *la transmission sexuelle effective* du VIH lorsque la personne se sait séropositive et que son partenaire ne consent pas de façon éclairée à s’exposer au risque d’infection. Certains ressorts considèrent la transmission du VIH sans révélation préalable de la séropositivité comme une infraction de voies de fait, et non une infraction de caractère sexuel. La transmission sans révélation préalable a fait l’objet, en Angleterre, de poursuites pour infliction insouciant de lésions corporelles sur le fondement de l’art. 20 de *The Offences against the Person Act, 1861*, 24 & 25 Vict., ch. 100, en Australie, dans l’État de Victoria, de poursuites pour [TRADUCTION] « [c]onduite ayant mis en danger la vie d’autrui » (art. 22 de la *Crimes Act 1958* (Vic.)) et, en Nouvelle-Zélande, de poursuites pour, notamment, [TRADUCTION] « indifférence insouciant à l’égard de la sécurité d’autrui [. . .] ayant causé des lésions corporelles graves » (par. 188(2) de la *Crimes Act 1961*, No. 43). Voir I. Grant, « The Prosecution of Non-disclosure of HIV in Canada : Time to Rethink *Cuerrier* » (2011), 5 *R.D.S.M.* 7, p. 31-41.

[51] Cependant, de nombreux pays ne criminalisent pas la tromperie qui expose le partenaire à un *risque de transmission*, sans toutefois entraîner

in many jurisdictions. In England, exposing one's partner to HIV without advising of HIV status does not vitiate consent. Fraud vitiates consent only if it goes to "the nature or purpose of the relevant act", which excludes deception as to HIV status: *R. v. B.*, [2006] EWCA Crim 2945, [2007] 1 W.L.R. 1567, at para. 12. Theoretically, s. 18 of *The Offences against the Person Act, 1861*, which criminalizes intentional infliction of harm, could be used in England to punish non-disclosure of HIV-positive status as a form of *attempted* intentional infliction of harm. However, the high evidentiary burden "of proving that someone actually intended to transmit HIV through sex (as opposed to intending to have unprotected sex)" places a prohibitive onus on the Crown (Grant, at p. 32).

[52] In Australia, six of the nine jurisdictions do not criminalize exposure absent transmission. Of the three jurisdictions that criminalize exposure to a risk of transmission (*Crimes Act 1958* (Vic.), ss. 22 and 23; *Criminal Law Consolidation Act 1935* (S.A.), s. 29; *Criminal Code Act* (N.T.), ss. 174C and 174D), two (Victoria and the Northern Territory) apply lesser criminal offences for cases where no actual transmission resulted from exposure.

[53] In New Zealand, liability hinges, *inter alia*, on whether transmission occurs. Absent transmission, the failure to disclose HIV-positive status prior to sexual relations attracts the lesser offence of criminal nuisance (s. 145 of the *Crimes Act 1961*; *R. v. Mwai*, [1995] 3 N.Z.L.R. 149 (C.A.)).

[54] Professor Grant summarizes the contrast between the Canadian approach and the approach taken by England, Australia and New Zealand as follows:

In Canada, the same charge of aggravated (sexual) assault is typically used regardless of the nature of the deception, whether the virus is transmitted, or whether there is an isolated incident of non-disclosure or an ongoing course of non-disclosure. . . . In all other

la transmission effective du VIH. En Angleterre, le fait d'exposer son partenaire au VIH sans lui révéler sa séropositivité ne vicie pas le consentement. La fraude ne vicie le consentement que si elle touche [TRADUCTION] « à la nature ou à l'objet de l'acte », ce qui exclut la tromperie quant à la séropositivité : *R. c. B.*, [2006] EWCA Crim 2945, [2007] 1 W.L.R. 1567, par. 12. Théoriquement, en Angleterre, le poursuivant peut, lorsque la séropositivité n'a pas été dévoilée, invoquer l'art. 18 de *The Offences against the Person Act, 1861*, qui criminalise l'infliction délibérée d'un préjudice, et soutenir qu'il y a eu *tentative* d'infliction délibérée d'un préjudice. Cependant, la grande difficulté [TRADUCTION] « de prouver que l'intention de la personne était de transmettre sexuellement le VIH (et non seulement d'avoir une relation sexuelle non protégée) » est de nature à dissuader le poursuivant (Grant, p. 32).

[52] En Australie, six des neuf ressorts ne criminalisent pas l'exposition lorsqu'il n'y a pas transmission du virus. Parmi les trois États qui la criminalisent (au moyen des dispositions suivantes : *Crimes Act 1958* (Vic.), art. 22 et 23; *Criminal Law Consolidation Act 1935* (S.A.), art. 29; *Criminal Code Act* (N.T.), art. 174C et D), deux (Victoria et le Territoire-du-Nord) prévoient des infractions moindres lorsque aucune transmission ne résulte de l'exposition.

[53] En Nouvelle-Zélande, la responsabilité tient entre autres au fait qu'il y a eu ou non transmission. Lorsque le VIH n'est pas transmis, celui qui a omis de révéler sa séropositivité avant un rapport sexuel fait l'objet de l'infraction moindre de nuisance criminelle (art. 145 de la *Crimes Act 1961*; *R. c. Mwai*, [1995] 3 N.Z.L.R. 149 (C.A.)).

[54] La professeure Grant résume comme suit ce qui différencie l'approche canadienne de celle retenue en Angleterre, en Australie et en Nouvelle-Zélande :

[TRADUCTION] Au Canada, la même accusation d'agression (sexuelle) grave est généralement portée peu importe la nature de la tromperie, que le virus soit transmis ou non ou que l'omission de révéler constitue un acte isolé ou habituel. [. . .] Dans tous les autres

jurisdictions [canvassed in this study], the offence is characterized as the infliction of bodily harm, and not as non-consensual sexual contact. [p. 42]

[55] In sum, while the experience of other jurisdictions is not conclusive, it sounds a note of caution against extending the criminal law beyond its appropriate reach in this complex and emerging area of the law.

(3) Finding a Solution

[56] We have discussed the need for a clear and appropriately tailored test for fraud vitiating consent in s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*, in the context of failure to disclose HIV-positive status. With a view to meeting that need, we have canvassed four guides to construing the provision — the proper ambit of the criminal law, the common law and statutory background of the concept of fraud, *Charter* values and the approach to non-disclosure of HIV status adopted in other countries. This brings us to the nub of the question before us — when, precisely, should non-disclosure of HIV status amount to fraud vitiating consent under s. 265(3)(c)?

[57] The four interpretational considerations suggest that the *Cuerrier* test is valid from the perspective of principle and impact. The *Cuerrier* test, to recap, requires proof of two elements: (1) a dishonest act; and (2) deprivation. It defines the first element broadly in terms of either misrepresentation or non-disclosure of HIV, and the second element equally broadly in terms of whether the act poses a “significant risk of serious bodily harm”.

[58] While it may be difficult to apply, the *Cuerrier* approach is in principle valid. It carves out an appropriate area for the criminal law — one restricted to “significant risk of serious bodily harm”. It reflects the *Charter* values of autonomy, liberty and equality, and the evolution of the common law, appropriately excluding the *Clarence* line of authority. The test’s approach to consent accepts the wisdom of the common law that not every

ressorts [considérés dans l’étude], l’infraction reprochée est celle d’infliction d’un préjudice corporel, et non celle de contact sexuel sans consentement. [p. 42]

[55] Bien que les solutions retenues dans les autres ressorts de common law ne nous lient pas, elles mettent en garde contre un accroissement indu de la portée du droit criminel dans ce domaine complexe et nouveau du droit.

(3) Recherche d’une solution

[56] Nous avons examiné la nécessité d’un critère clair et adapté qui permette de déterminer l’existence d’une fraude viciant le consentement pour l’application de l’al. 265(3)c) du *Code criminel* lorsque la séropositivité n’est pas révélée. Nous avons donc retenu quatre éléments susceptibles de nous guider dans l’interprétation de cette disposition, à savoir la juste portée du droit criminel, l’origine de la notion de fraude en common law et dans la loi, les valeurs consacrées par la *Charte* et l’approche d’autres pays à l’égard de non-révélation de la séropositivité. Dès lors, la question est essentiellement celle de savoir dans quelles circonstances précises l’omission de révéler la séropositivité équivaut à une fraude viciant le consentement pour l’application de l’al. 265(3)c).

[57] Il appert des quatre éléments d’interprétation que le critère établi dans l’arrêt *Cuerrier* demeure valable sur le plan des principes et des conséquences. Rappelons que ce critère exige la preuve de deux choses : (1) un acte malhonnête et (2) une privation. De façon générale, la première s’entend de l’information inexacte sur la séropositivité ou de l’omission de révéler celle-ci, et la seconde s’entend de manière tout aussi générale de l’exposition à un « risque important de lésions corporelles graves ».

[58] Bien qu’il puisse être difficile à appliquer, le critère de l’arrêt *Cuerrier* demeure valable sur le plan des principes. Il circonscrit avec justesse la portée du droit criminel — réprimer les actes qui exposent à un « risque important de lésions corporelles graves ». Il respecte les valeurs constitutionnelles d’autonomie, de liberté et d’égalité, et il tient compte de l’évolution de la common law, soit la rupture justifiée avec le courant jurisprudentiel

deception that leads to sexual intercourse should be criminalized, while still according consent meaningful scope. While *Cuerrier* takes the criminal law further than courts in other common law jurisdictions have, it can be argued other courts have not gone far enough: see L. H. Leigh, “Two cases on consent in rape” (2007), 5 *Arch. News* 6.

[59] Some interveners challenge the use of the criminal law in the case of HIV on the ground that it may deter people from seeking treatment or disclosing their condition, thereby increasing the health risk to the carrier and those he has sex with. On the record before us, I cannot accept this argument. The only “evidence” was studies presented by interveners suggesting that criminalization “probably” acts as a deterrent to HIV testing: see, e.g., M. A. Wainberg, “Criminalizing HIV transmission may be a mistake” (2009), 180 *C.M.A.J.* 688. Other studies suggest little difference in reporting rates in states that criminalized and did not criminalize behaviour: S. Burris, et al., “Do Criminal Laws Influence HIV Risk Behavior? An Empirical Trial” (2007), 39 *Ariz. St. L.J.* 467, at p. 501. The conclusions in these studies are tentative, and the studies were not placed in evidence and not tested by cross-examination. They fail to provide an adequate basis to justify judicial reversal of the accepted place of the criminal law in this domain.

[60] It follows that *Cuerrier* should not be jettisoned. The problems of uncertainty and appropriate reach that have emerged in its application should be addressed, but to the extent possible within the general framework of *Cuerrier*. This brings us to the suggestions for dealing with the problems of uncertainty and overbreadth that have arisen in applying *Cuerrier*.

issu de l’arrêt *Clarence*. La notion de consentement qui le sous-tend s’inspire de la sagesse de la common law (qui s’abstient de criminaliser toute tromperie incitant à consentir à un rapport sexuel) tout en accordant une grande importance au consentement. Il est vrai que, dans l’arrêt *Cuerrier*, la Cour repousse les limites du droit criminel plus loin que n’importe quel tribunal d’un autre ressort de common law. Toutefois, on peut soutenir que ce sont les autres tribunaux qui ne sont pas allés assez loin : voir L. H. Leigh, « Two cases on consent in rape » (2007), 5 *Arch. News* 6.

[59] Certains intervenants s’opposent à ce que la transmission du VIH relève du droit criminel parce que les gens pourraient hésiter à se faire traiter ou à dévoiler leur état, ce qui accroîtrait le risque pour la santé couru par le porteur du virus et les personnes avec lesquelles il a des rapports sexuels. Je ne saurais faire droit à cette thèse à partir du dossier qui nous est présenté. Les seuls « éléments de preuve » présentés par les intervenants à cet égard sont des études selon lesquelles il est « probable » que la criminalisation dissuade les gens de subir un test de dépistage du VIH : voir, notamment, M. A. Wainberg, « Criminalizing HIV transmission may be a mistake » (2009), 180 *J.A.M.C.* 688. Selon d’autres études, les comportements observés dans les États qui ont opté pour la criminalisation diffèrent peu de ceux observés dans les États qui n’ont pas opté pour elle : S. Burris, et al., « Do Criminal Laws Influence HIV Risk Behavior? An Empirical Trial » (2007), 39 *Ariz. St. L.J.* 467, p. 501. Il s’agit de conclusions tirées sous toute réserve, et les études n’ont été ni produites en preuve, ni mises à l’épreuve dans le cadre d’un contre-interrogatoire. Elles n’offrent pas l’assise qui nous justifierait de modifier le rôle reconnu au droit criminel dans ce domaine.

[60] Le critère de l’arrêt *Cuerrier* ne devrait donc pas être écarté. Certes, il convient de remédier aux problèmes d’incertitude et de juste portée que soulève son application, mais dans le plus grand respect possible du cadre général établi par l’arrêt *Cuerrier*. Je passe maintenant aux solutions préconisées pour remédier aux problèmes d’incertitude et de portée excessive rencontrés dans l’application du critère de l’arrêt *Cuerrier*.

(a) *The Active Misrepresentation Approach*

[61] It is argued that one way to correct the uncertainty and reach problems in *Cuerrier*'s application is to narrow the concept of dishonest act to active deception — a clear misrepresentation or a lie in response to a clear question.

[62] This approach would go a long way to remedying the problem of uncertainty. A person would know that unless they made a positive misrepresentation or lied in response to a clear question, they would not be committing a crime. And it would also remedy the perceived problem of overbreadth; the narrower definition of fraud would prevent those who may inadvertently or negligently fail to disclose HIV status from being criminalized.

[63] This approach has some support. My concurring reasons in *Cuerrier* defined fraud as arising when “the person represents that he or she is disease-free” (para. 72, Gonthier J. concurring). This “active deception” approach has been viewed favourably by some: see Leigh, at p. 7.

[64] The approach, however, also suffers from difficulties. The first is that it may be difficult to distinguish between active deception and passive deception by non-disclosure. Everything depends on the circumstances. This approach's sensitivity to context blurs the line between criminal and non-criminal conduct. Conversations leading up to sexual acts are not always models of clarity. People tend not to use precise language. Gestures may supplant language. For example, is the shake of the head in response to a partner's question about HIV a positive representation that one does not have HIV? Moreover, there may be circumstances where the partner may reasonably infer absence of disease from prior conversations or circumstances. To be sure, trial judges can untangle complicated fact situations and decide if there has been a positive misrepresentation. But the fact remains that this marker may not fully or fairly capture the

a) *La tromperie active*

[61] L'un des moyens de résoudre les problèmes d'incertitude et de portée liés à l'application de l'arrêt *Cuerrier* consisterait à ramener le concept d'acte malhonnête à celui de tromperie active, à savoir une déclaration nettement trompeuse ou un mensonge en réponse à une question claire.

[62] Cette avenue remédierait en grande partie à l'incertitude. Chacun saurait qu'il ne commet pas de crime s'il ne fait pas de déclaration trompeuse ni ne ment en réponse à une question claire. L'approche apporterait également une solution à la portée apparemment excessive du droit criminel. En effet, la définition plus stricte de la fraude empêcherait de criminaliser la conduite de celui qui, par inadvertance ou par négligence, omet de révéler sa séropositivité.

[63] Cette piste de solution bénéficie d'un certain appui. Selon les motifs concordants que j'ai rédigés dans l'arrêt *Cuerrier*, il y a fraude lorsque « la personne affirme qu'elle n'est pas malade » (par. 72, avec le concours du juge Gonthier). Certains ont accueilli favorablement cette interprétation axée sur la [TRADUCTION] « tromperie active » : voir Leigh, p. 7.

[64] Cependant, cette approche soulève quelques difficultés, la première étant qu'il peut être ardu de distinguer tromperie active et tromperie passive par omission de révéler. Tout dépend des circonstances. La prise en compte du contexte brouille la ligne de démarcation entre l'acte criminel et l'acte non criminel. Les propos échangés avant des ébats sexuels ne sont pas toujours des modèles de clarté. Les gens ne s'expriment généralement pas de manière précise, et les gestes peuvent se substituer aux mots. Par exemple, hocher la tête de gauche à droite en réponse à une question sur la séropositivité constitue-t-il une véritable dénégation de celle-ci? De plus, il peut arriver qu'en raison de propos ou de faits antérieurs, le partenaire ait tout lieu de conclure à l'absence de maladie. Le juge du procès peut assurément démêler des données factuelles complexes et décider s'il y a eu ou non un acte trompeur. Il n'en demeure pas moins que le critère

deception that underlies a particular fraud, and may be a difficult test to apply in practice.

[65] Second, there is arguably no principled distinction between active deception and passive deception. Should the trusting wife who does not ask a direct question as to HIV status of her partner be placed in a worse position than the casual date who does? The point from the complainant's perspective is that in either case she would not have given her consent had the deception not occurred. Fraud is fraud, whether induced by blatant lies or sly deceit.

(b) *The Absolute Disclosure Approach*

[66] The Crown submits that all HIV-positive people should be required to disclose the fact to all sexual partners in all cases. This amounts to removing the "significant risk of serious bodily harm" requirement from the second element of the *Cuerrier* test.

[67] This approach provides a clear test, solving the problem of uncertainty. However, its solution to the problem of breadth is less convincing. This approach arguably casts the net of criminal culpability too widely. People who act responsibly and whose conduct causes no harm and indeed may pose no risk of harm, could find themselves criminalized and imprisoned for lengthy periods. Moreover, this approach seems to expand fraud vitiating consent in s. 265(3)(c) further than necessary, by defining it as simple dishonesty and effectively eliminating the deprivation element of fraud. Finally, this absolute approach is arguably unfair and stigmatizing to people with HIV, an already vulnerable group. Provided people so afflicted act responsibly and pose no risk of harm to others, they should not be put to the choice of disclosing their disease or facing criminalization.

pourrait ne pas faire ressortir totalement ou suffisamment la tromperie sous-jacente à une fraude en particulier, de sorte qu'il pourrait se révéler difficile à appliquer en pratique.

[65] La seconde difficulté est mise en relief par l'argument selon lequel il n'existe aucune distinction rationnelle entre la tromperie active et la tromperie passive. Le sort de l'épouse qui fait confiance à son conjoint et qui ne le questionne pas directement sur sa séropositivité devrait-il être pire que celui de la partenaire occasionnelle qui pose directement la question? Le fait est que ni l'une ni l'autre n'aurait donné son consentement n'eût été la tromperie. Une fraude est une fraude, qu'elle soit le fruit d'un mensonge flagrant ou d'une ruse.

b) *L'obligation absolue de révéler*

[66] Le ministère public soutient qu'une personne atteinte du VIH devrait toujours être tenue d'en informer un partenaire sexuel, ce qui reviendrait à écarter l'exigence du « risque important de lésions corporelles graves » correspondant au deuxième volet du critère de l'arrêt *Cuerrier*.

[67] En établissant un critère précis, cette approche remédie à l'incertitude, mais la solution qu'elle apporte au problème de la portée est moins convaincante. On pourrait soutenir qu'elle ratisse trop large en matière de culpabilité criminelle. Une personne qui agit de manière responsable et dont la conduite ne cause pas de préjudice ni n'est susceptible d'en causer pourrait se voir déclarée coupable d'une infraction criminelle et condamnée à une longue peine d'emprisonnement. Qui plus est, l'approche paraît élargir plus qu'il ne faut la notion de fraude viciant le consentement visée à l'al. 265(3)(c) en l'assimilant à la simple malhonnêteté et en supprimant de fait l'élément de « privation ». Enfin, l'obligation absolue de révéler pourrait être qualifiée d'inéquitable et stigmatiser les personnes atteintes du VIH, qui constituent déjà un groupe vulnérable. Dans la mesure où elles agissent de manière responsable et ne présentent aucun risque de préjudice pour autrui, les personnes séropositives ne devraient pas avoir à choisir entre révéler leur état de santé ou devoir faire face à la justice criminelle.

(c) *A Case-by-Case Fact-based Approach*

[68] The respondent argues that the *Cuerrier* “significant risk of serious bodily harm” test remains a workable test, but seeks to clarify it by emphasizing that it is simply a statement of what the evidence must establish to support a finding of fraud under s. 265(3)(c). A “significant risk of serious bodily harm” must be established by medical evidence in each case. The question is whether at the time of the sexual act in question, the particular act posed a significant risk of transmitting HIV. This typically requires the Crown to call expert evidence as to the accused’s viral count at the time of the offence as well as risks associated with any condom protection used. The trial judge must be satisfied that the evidence establishes beyond a reasonable doubt that the accused’s conduct at the moment of the offence posed a significant risk of serious bodily harm. Any doubt must be resolved in favour of the accused.

[69] While respectful of the rights of accused persons, this approach does not remedy the problems of uncertainty and reach that make *Cuerrier* difficult to apply. The process would be onerous. In every case, medical experts would have to be called. Lengthy examination and cross-examination would have to take place. Trial judges would have to spend long hours assessing the evidence to determine if it establishes a “significant risk of serious bodily harm” at the time of the alleged offence. Finally, the risk of conflicting judgments could render the process unfair from a systemic standpoint. The court of appeal, while accepting the trial judge’s conclusions on the evidence, might take a different view on the mixed question of fact and law of whether the risk was “significant”. Years may pass in legal no-man’s-land with no one knowing whether the accused is guilty or not guilty. Enormous costs, both for the prosecution and the defence, would be run up. This case illustrates all these problems.

c) *La prise en compte des faits de chaque espèce*

[68] L’intimé soutient que l’exigence d’un « risque important de lésions corporelles graves » établie par l’arrêt *Cuerrier* demeure valable. Il croit toutefois qu’il faut la clarifier en précisant qu’elle ne fait qu’énoncer ce qui doit être prouvé pour que le tribunal conclue à l’existence d’une fraude aux fins de l’application de l’al. 265(3)(c). Dans tous les cas, le « risque important de lésions corporelles graves » doit faire l’objet d’une preuve médicale. Il s’agit de déterminer si, au moment de la relation sexuelle en cause, celle-ci présentait un risque important de transmission du VIH. À cette fin, le ministère public fait habituellement témoigner un expert sur la charge virale de l’accusé au moment de l’infraction, de même que sur les risques liés à la forme de protection par condom utilisée en l’espèce. Le juge du procès doit être convaincu que la preuve établit hors de tout doute raisonnable que la conduite de l’accusé, au moment de l’infraction, présentait un risque important de lésions corporelles graves. Tout doute joue en faveur de l’accusé.

[69] Bien qu’elle respecte les droits de l’accusé, cette approche ne résout pas les problèmes d’incertitude et de portée qui rendent le critère de l’arrêt *Cuerrier* difficile d’application. La démarche requise serait onéreuse. Des témoignages d’experts médicaux devraient être présentés dans tous les cas. Il s’ensuivrait de longs interrogatoires et contre-interrogatoires. Le juge du procès devrait consacrer de longues heures à l’appréciation de la preuve en vue de déterminer si elle établit l’existence d’un « risque important de lésions corporelles graves » au moment de l’infraction alléguée. Enfin, le risque que les jugements se contredisent entre eux pourrait compromettre l’équité du système judiciaire. Tout en faisant droit aux conclusions du juge du procès sur la preuve, la cour d’appel pourrait trancher différemment la question mixte de fait et de droit liée au caractère « important » du risque. Un vide juridique pourrait subsister pendant des années avant que l’accusé ne sache s’il est coupable ou non. Il en résulterait des frais considérables tant pour la poursuite que pour la défense. La présente affaire illustre tous ces inconvénients.

(d) *Judicial Notice of the Effect of Condom Use*

[70] To mitigate the uncertainties of the fact-based *Cuerrier* test, the respondent suggests that courts can take judicial notice of the fact that condom use always negates a significant risk of serious bodily harm.

[71] Before a judge can take judicial notice of a fact, the fact must be shown to be so “notorious” or in modern parlance, “accepted”, that no reasonable person would dispute it: *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 48; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458, at para. 53. Yet the record here is replete with debate about whether use of a condom alone negates significant risk of serious bodily harm, and the controversy is exacerbated by the rapidly changing state of the science and by the fact-specific nature of risk. Judicial notice is not available here and cannot form the basis for formulating general propositions relating to the factual issue of risk, in the absence of indisputable consensus.

(e) *Relationship-based Distinctions*

[72] Another way of narrowing the *Cuerrier* “significant risk of serious bodily harm” approach to fraud under s. 265(3)(c) is to confine it to special relationships. It has been suggested in the commercial context that failure to disclose may amount to fraud when parties have a relationship of trust, quasi-trust or confidence: B. L. Nightingale, *The Law of Fraud and Related Offences* (loose-leaf). The distinction could conceivably be extended to relationships where one party is vulnerable, like the young often intoxicated women who had sex with Mr. Mabior in this case. This approach assumes that sexual partners who do not ask about STDs bear a risk of exposing themselves to HIV, unless a relationship of trust exists between them.

d) *La connaissance d’office de l’effet de l’utilisation du condom*

[70] Afin de réduire l’incertitude liée au critère de nature factuelle qu’énonce l’arrêt *Cuerrier*, l’intimé propose que les tribunaux prennent connaissance d’office du fait que l’emploi du condom écarte toujours le risque important de lésions corporelles graves.

[71] Pour qu’un juge prenne connaissance d’office d’un fait, il faut démontrer que celui-ci est à ce point « notoire » ou, pour employer un terme plus moderne, « admis », qu’aucune personne raisonnable ne saurait le contester : *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 48; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458, par. 53. Or, en l’espèce, les thèses abondent quant à savoir si, à elle seule, l’utilisation du condom écarte ou non le risque important de lésions corporelles graves, et la controverse est exacerbée par l’évolution rapide de la science et le caractère circonstanciel du risque. Il ne saurait y avoir connaissance d’office en l’espèce et, à défaut d’un consensus incontestable, celle-ci ne peut servir de fondement à la formulation d’énoncés généraux sur la question factuelle du risque.

e) *La distinction fondée sur la nature du lien entre les personnes*

[72] Une autre façon de resserrer l’exigence du « risque important de lésions corporelles graves » établie dans l’arrêt *Cuerrier* pour l’interprétation de la fraude visée à l’al. 265(3)c) consiste à ne l’appliquer qu’aux relations spéciales. D’aucuns laissent entendre que, dans le contexte commercial, l’omission de révéler une chose peut s’apparenter à la fraude lorsqu’il existe entre les parties une relation fiduciaire, quasi-fiduciaire ou de confiance : B. L. Nightingale, *The Law of Fraud and Related Offences* (feuilles mobiles). Cette distinction pourrait fort bien s’appliquer aux relations où l’une des parties est vulnérable, ce qui était le cas des jeunes femmes, souvent intoxiquées, qui ont eu des relations sexuelles avec M. Mabior dans la présente affaire. Cette approche repose sur le postulat que la personne qui ne demande pas à un partenaire sexuel s’il a une MTS s’expose au risque de contracter le VIH, sauf s’il existe entre eux une relation de confiance.

[73] The law of fraud in commercial situations provides some support for this approach. Originally, the common law and courts of equity did not regard mere silence, standing on its own without some other form of conduct which induced a false belief in another, as being fraudulent: *Twining v. Morrice* (1788), 2 Bro. C.C. 326, 29 E.R. 182; *Conolly v. Parsons* (1797), 3 Ves. 625n (Ch.); *Walters v. Morgan* (1861), 3 De G. F. & J. 718, 45 E.R. 1056. However, over time, equity recognized specific circumstances warranting a positive duty to disclose material facts, including a relationship of trust, quasi-trust or confidence.

[74] Against this approach, it can be argued that it narrows “fraud” under s. 265(3)(c) too much. Is there a good reason for compelling disclosure to one’s wife but not to a casual date? Where the concern is the contraction of a life-altering disease, the answer is no.

[75] Historically, fraud capable of vitiating consent to sexual intercourse has not followed the patterns of commercial fraud. The special context of sexual fraud raises unique concerns. This has generally resulted in a narrower approach to fraud, marked by its own peculiar considerations. The relationship between the parties in a particular case has tended not to figure among them. The closest the law has come to a relationship-based approach are the suggestions in Victorian times that wives and prostitutes — for different reasons relating to the mores of the time — could never assert fraud vitiating consent to sexual intercourse: see *Clarence*. Such ideas strike the modern ear, attuned to equality, as offensive.

(f) *The Reasonable Partner Approach*

[76] Yet another possibility is to define “fraud” under s. 265(3)(c) as what a reasonable and informed person in the position of the HIV-positive person’s potential partner would expect. The test would be objective, but based on the circumstances

[73] Le droit applicable en matière de fraude commerciale offre un certain appui à cette interprétation. À l’origine, la common law et les tribunaux d’equity estimaient que le seul silence, sans aucune autre forme de comportement qui induisait autrui en erreur, n’était pas frauduleux : *Twining c. Morrice* (1788), 2 Bro. C.C. 326, 29 E.R. 182; *Conolly c. Parsons* (1797), 3 Ves. 625n (Ch.); *Walters c. Morgan* (1861), 3 De G. F. & J. 718, 45 E.R. 1056. Or, au fil du temps, l’equity a reconnu que, dans certaines circonstances précises, l’obligation positive de révéler des faits importants s’imposait, notamment dans le cas d’une relation fiduciaire, quasi-fiduciaire ou de confiance.

[74] On peut toutefois reprocher à cette approche de trop limiter l’application de la « fraude » visée à l’al. 265(3)c). Est-il justifié d’obliger le mari à informer son épouse, mais non une partenaire occasionnelle? Lorsqu’il y a risque de contracter une maladie qui bouleverse la vie de sa partenaire sexuelle, la réponse est négative.

[75] Historiquement, la fraude susceptible de vicier le consentement aux relations sexuelles n’a pas connu la même évolution que la fraude commerciale. Vu son contexte particulier, la fraude d’ordre sexuel comporte des enjeux uniques. C’est pourquoi elle a généralement fait l’objet d’une interprétation stricte qui obéit à des considérations qui lui sont propres et dont fait rarement partie le lien existant entre les partenaires dans un cas donné. C’est à l’époque victorienne que l’approche axée sur la nature du lien a le plus imprégné le droit applicable, car on laissait entendre qu’épouses et prostituées — pour différentes raisons liées aux mœurs du temps — ne pouvaient jamais invoquer la fraude viciant le consentement aux relations sexuelles : voir *Clarence*. De telles conceptions heurtent notre société éprise d’égalité, qui les juge choquantes.

f) *La notion de partenaire raisonnable*

[76] Une autre interprétation de la « fraude » visée à l’al. 265(3)c) tient aux attentes d’une personne raisonnable et bien informée se trouvant dans la situation du partenaire éventuel d’une personne atteinte du VIH. Le critère serait objectif, mais son

of the particular case, including the type of relationship the parties had.

[77] This approach has the advantage of taking into account the expectations of the parties as they existed on the facts of the case. In this sense, it is fairer than a test that is based on a general norm presumed to apply in all cases. An HIV-positive person may be expected to understand the expectations of his partner in the particular circumstances at hand, and act accordingly.

[78] This approach also recognizes that allocation of responsibility for protecting against transmission of sexual diseases may vary with relationships and with the passage of time. One of the historic difficulties in formulating a test for fraud vitiating consent to sexual relations has been the variation in social norms and expectations over time. In Victorian times, husbands were held to be incapable of committing fraud vitiating consent, since wives had no right to refuse consent to sexual intercourse with their husbands. In more recent times, some argue that expectations have shifted from the view that an infected person bears all the responsibility for the sexual health of both partners, to the view that each party is responsible for his or her own sexual health. A contextually grounded reasonableness approach would avoid these problems by tailoring the result to the relationship from which the criminal charge arises.

[79] Again, however, the approach can be criticized. The most telling criticism is that it does not lay down a clear test for fraud, leaving people uncertain as to where the line lies between criminal conduct and non-criminal conduct. Unless the partners have themselves established the lines, the HIV-positive person is left to infer from the nature of the relationship what his potential partner, acting reasonably, would expect.

[80] This leads to a second criticism — overreach of the criminal law, and its correlative, unfairness to the accused. In the heat and anticipation of the sexual moment, assessments of what a reasonable partner would expect may be mistaken. Is the

application prendrait en considération les circonstances propres à chaque cas, notamment la nature du lien entre les parties.

[77] L'approche est intéressante, car elle tient compte des attentes des parties au vu des faits en cause. Le critère retenu est donc plus juste que celui fondé sur une norme générale censée s'appliquer à tous les cas. Dans les circonstances de l'espèce, la personne atteinte du VIH peut devoir tenir compte des attentes de son partenaire et agir en conséquence.

[78] L'approche reconnaît également que le partage de l'obligation de prévenir la transmission sexuelle d'une maladie peut varier en fonction de la relation et de l'époque en cause. Historiquement, l'une des difficultés inhérentes à la formulation d'un critère qui permette d'établir l'existence d'une fraude viciant le consentement aux relations sexuelles tient à l'évolution des normes sociales et des attentes. À l'époque victorienne, un mari ne pouvait commettre une fraude viciant le consentement, puisque l'épouse n'avait pas le droit de se refuser à lui. Plus récemment, certains ont fait valoir que les attentes avaient changé, passant de l'obligation faite à la personne infectée de veiller à la santé sexuelle des deux partenaires, à l'obligation de chacune des parties de veiller sur sa propre santé sexuelle. Une approche axée à la fois sur la raisonabilité et le contexte contournerait ces difficultés en adaptant le résultat à la relation qui est à l'origine de l'accusation criminelle.

[79] Toutefois, l'approche fait elle aussi l'objet de critiques, la plus percutante voulant qu'elle n'établisse pas un critère clair permettant de conclure à la fraude, de sorte qu'on ne peut déterminer avec certitude si un comportement est criminel ou non. À moins que les partenaires n'établissent eux-mêmes les paramètres voulus, la personne séropositive doit inférer de la nature de la relation les attentes d'un « partenaire raisonnable ».

[80] Ce qui appelle une seconde critique — la portée excessive du droit criminel et son corollaire, l'absence d'équité envers l'accusé. Dans le feu du désir et dans la perspective d'ébats sexuels, on peut aisément se tromper sur les attentes d'un

person then to be criminalized and sent to prison for perhaps years, for what is at its base the result of misjudgment? Such may be the consequence of the reasonable partner expectation test.

(g) *An Evolving Common Law Approach*

[81] This leaves the option of building greater certainty into the *Cuerrier* test by indicating when the significant risk test is met in terms of principle and concrete situations. Such an approach is consistent with the incremental role of common law courts in adapting the contours of an offence to the requirements of justice and practical application.

[82] The question, building on *Cuerrier*, is: when do sexual relations with an HIV-positive person pose a “significant risk of serious bodily harm”? In answering this question, the facts as found by the trial judge should be accepted, absent palpable and overriding error. Whether those facts establish a “significant risk of serious bodily harm” is a question of law: see C.A., at para. 37. The terms “serious bodily harm” mean “any hurt or injury, whether physical or psychological, that interferes in a substantial way with the integrity, health or well-being of a victim”: *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72, at p. 88. Of course, actual transmission of HIV constitutes serious bodily harm.

[83] The courts below answered this question of law differently. The trial judge took the approach that any risk of transmission of HIV, however small, constitutes “significant risk of serious bodily harm” (see reference to the trial judge’s reasons, at C.A. para. 66). The Court of Appeal, by contrast, held that “significant risk” connoted a high risk of transmission of HIV. In its view “significant risk of serious bodily harm” under *Cuerrier* requires a “significant or high risk” (para. 80) — the “opposite of evidence of a ‘high probability’ of no infectiousness” (para. 127).

partenaire raisonnable. Faut-il alors criminaliser ce qui constitue, somme toute, une erreur de jugement et condamner le fautif à une peine d’emprisonnement dont la durée peut être de plusieurs années? Telle pourrait être la conséquence du critère fondé sur les attentes du partenaire raisonnable.

g) *Faire évoluer la common law*

[81] Reste donc la possibilité d’accroître la certitude associée au critère de l’arrêt *Cuerrier* en précisant à quelles conditions est remplie l’exigence du risque important, sur les plans théorique et pratique. Une telle approche est compatible avec la fonction des tribunaux de common law qui consiste à adapter progressivement les éléments d’une infraction aux exigences de la justice et de l’application concrète.

[82] Il s’agit donc de pousser plus loin l’arrêt *Cuerrier* en déterminant dans quelles circonstances une relation sexuelle avec une personne séropositive présente un « risque important de lésions corporelles graves ». Dès lors, il faut adhérer aux conclusions de fait du juge du procès, sauf erreur manifeste et dominante de sa part. Que ces conclusions établissent ou non un « risque important de lésions corporelles graves » est une question de droit qu’il convient de trancher : voir C.A., par. 37. Il faut entendre par « lésions corporelles graves » « toute blessure ou lésion, physique ou psychologique, qui nuit d’une manière importante à l’intégrité, à la santé ou au bien-être d’une victime » : *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72, p. 88. La transmission effective du VIH inflige de toute évidence des lésions corporelles graves.

[83] Les juridictions inférieures statuent différemment sur cette question de droit. La juge du procès estime que tout risque de transmission du VIH, aussi minime soit-il, constitue un « risque important de lésions corporelles graves » (voir le renvoi à ses motifs dans ceux de la C.A., par. 66). Par contre, la Cour d’appel conclut qu’un « risque important » connote un risque élevé de transmission du VIH. À son avis, suivant l’arrêt *Cuerrier*, un « risque important de lésions corporelles graves » s’entend d’un [TRADUCTION] « risque important ou élevé » (par. 80), « par opposition à la preuve d’une “grande probabilité” de non-infectiosité » (par. 127).

[84] In my view, a “significant risk of serious bodily harm” connotes a position between the extremes of no risk (the trial judge’s test) and “high risk” (the Court of Appeal’s test). Where there is a *realistic possibility of transmission of HIV*, a significant risk of serious bodily harm is established, and the deprivation element of the *Cuerrier* test is met. This approach is supported by the following considerations.

[85] First, “significant risk of serious bodily harm” cannot mean any risk, however small. That would come down to adopting the absolute disclosure approach, with its numerous shortcomings, and would effectively read the word “significant” out of the *Cuerrier* test.

[86] Second, a standard of “high” risk does not give adequate weight to the nature of the harm involved in HIV transmission. “Significant risk” in *Cuerrier* is informed both by the risk of contraction of HIV and the seriousness of the disease if contracted. These factors vary inversely. The more serious the nature of the harm, the lower the probability of transmission need be to amount to a “significant risk of serious bodily harm”.

[87] Third, as discussed earlier in considering guides to interpretation, a standard of realistic possibility of transmission of HIV avoids setting the bar for criminal conviction too high or too low. A standard of any risk, however small, would arguably set the threshold for criminal conduct too low. On the other hand, to limit s. 265(3)(c) to cases where the risk is “high” might condone irresponsible, reprehensible conduct.

[88] Fourth, the common law and statutory history of fraud vitiating consent to sexual relations supports viewing “significant risk of serious bodily harm” as requiring a realistic possibility

[84] À mon sens, le « risque important de lésions corporelles graves » se situe entre les pôles que sont l’absence de risque (le critère retenu par la juge du procès) et le « risque élevé » (celui adopté par la Cour d’appel). Lorsqu’il existe une *possibilité réaliste de transmission du VIH*, le risque important de lésions corporelles graves est établi, et le second volet du critère de l’arrêt *Cuerrier* — la privation — est respecté. Les considérations suivantes militent en faveur de cette interprétation.

[85] Premièrement, le « risque important de lésions corporelles graves » ne saurait s’entendre de tout risque, aussi minime soit-il. Pareille interprétation reviendrait à adopter l’approche de l’obligation absolue de révéler, qui comporte de nombreuses lacunes, et à faire abstraction du qualificatif « important » employé dans la formulation du critère de l’arrêt *Cuerrier*.

[86] Deuxièmement, la norme du risque « élevé » ne tient pas dûment compte de la nature du préjudice causé par la transmission du VIH. Dans l’arrêt *Cuerrier*, la notion de « risque important » tient à la fois au risque de contracter le VIH et à la gravité de la maladie lorsqu’elle est transmise, deux facteurs inversement proportionnels. Plus la nature du préjudice est grave, moins la probabilité de transmission doit être grande pour qu’il y ait « risque important de lésions corporelles graves ».

[87] Troisièmement, comme je le mentionne précédemment dans l’examen des principes d’interprétation, la norme de la possibilité réaliste de transmission du VIH ne place la barre ni trop haut ni trop bas pour qu’il puisse y avoir déclaration de culpabilité. La norme correspondant à tout risque, aussi minime soit-il, pourrait établir un seuil de criminalité trop facile à franchir. Par ailleurs, limiter l’application de l’al. 265(3)c) aux cas où le risque est « élevé » pourrait avoir l’effet d’excuser un comportement irresponsable et répréhensible.

[88] Quatrièmement, l’évolution de la common law et des lois en matière de fraude viciant le consentement aux relations sexuelles étaye la proposition selon laquelle le « risque important de

of transmission of HIV. This history suggests that only serious deceptions with serious consequences are capable of vitiating consent to sexual relations. Interpreting “significant risk of serious bodily harm” in *Cuerrier* as extending to any risk of transmission would be inconsistent with this. A realistic possibility of transmission arguably strikes the right balance for a disease with the life-altering consequences of HIV.

[89] Fifth, the values of autonomy and equality enshrined in the *Charter* support an approach to fraud vitiating consent that respects the interest of a person to choose whether to consent to sex with a particular person or not. The law must strike a balance between this interest and the need to confine the criminal law to conduct associated with serious wrongs and serious harms. Drawing the line between criminal and non-criminal misconduct at a realistic possibility of transmission arguably strikes an appropriate balance between the complainant’s interest in autonomy and equality and the need to prevent over-extension of criminal sanctions.

[90] Finally, interpreting “significant risk of serious bodily harm” as entailing a realistic possibility of transmission of HIV is supported by a number of cases. Apart from the trial reasons in this case, we have been referred to no case holding that “significant” means any risk, however small. To be sure, not many cases have considered the point. But the few that have are worth noting. In *R. v. Jones*, 2002 NBQB 340, [2002] N.B.J. No. 375 (QL), the court held that a risk of transmission of hepatitis C between 1.0 and 2.5% was “so low that it cannot be described as significant” (para. 33). And in *R. v. J.A.T.*, 2010 BCSC 766 (CanLII), the trial judge stated that “[a] significant risk means a risk that is of a magnitude great enough to be considered important” (para. 56).

lésions corporelles graves » exige une possibilité réaliste de transmission du VIH. Cette évolution donne à penser que seule la tromperie grave et lourde de conséquences est susceptible de vicier le consentement aux relations sexuelles, ce qui est incompatible avec une interprétation voulant que le « risque important de lésions corporelles graves » requis dans l’arrêt *Cuerrier* vise tout risque de transmission. On peut soutenir que la possibilité réaliste de transmission établit un juste équilibre dans le cas d’une maladie dont les conséquences bouleversent la vie, comme le VIH.

[89] Cinquièmement, les valeurs d’autonomie et d’égalité que consacre la *Charte* militent en faveur d’une définition de la fraude viciant le consentement qui respecte le droit de chacun de consentir ou non à des rapports sexuels avec une personne en particulier. La loi doit établir un équilibre entre ce droit et l’impératif de ne criminaliser que le comportement associé à un acte fautif et à un préjudice graves. Départager l’inconduite criminelle et l’inconduite non criminelle en fonction de la possibilité réaliste de transmission pourrait établir un juste équilibre entre le droit à l’autonomie et à l’égalité du plaignant, d’une part, et la nécessité de faire en sorte que la répression criminelle n’ait pas une portée excessive, d’autre part.

[90] Enfin, un certain nombre de décisions appuient l’assimilation du « risque important de lésions corporelles graves » à la possibilité réaliste de transmission du VIH. Hormis celle rendue à l’issue du procès en l’espèce, nulle décision selon laquelle un « risque important » englobe tout risque, aussi minime soit-il, n’a été invoquée devant nous. Les décisions sur ce point sont certes peu nombreuses, mais elles valent d’être mentionnées. Dans *R. c. Jones*, 2002 NBQB 340, [2002] N.B.J. No. 375 (QL), la cour conclut qu’un risque de transmission de l’hépatite C se situant entre 1,0 et 2,5 % est [TRADUCTION] « si faible qu’on ne saurait le qualifier d’important » (par. 33). Et dans *R. c. J.A.T.*, 2010 BCSC 766 (CanLII), le juge du procès dit qu’[TRADUCTION] « [un] risque important s’entend d’un risque dont l’ampleur justifie qu’on le tienne pour important » (par. 56).

[91] These considerations lead me to conclude that the *Cuerrier* requirement of “significant risk of serious bodily harm” should be read as requiring disclosure of HIV status if there is a realistic possibility of transmission of HIV. If there is no realistic possibility of transmission of HIV, failure to disclose that one has HIV will not constitute fraud vitiating consent to sexual relations under s. 265(3)(c).

[92] The test of realistic possibility of transmission proposed in these reasons is specific to HIV. As discussed above, “significant risk” depends both on the degree of the harm and risk of transmission. These two factors vary inversely. A treatable sexually transmitted disease that does not seriously alter a person’s life or life-expectancy might well not rise to the level of constituting “serious bodily harm”, and would also fail to meet the requirement of endangerment of life for aggravated sexual assault under s. 273(1). Where the line should be drawn with respect to diseases other than HIV is not before us. It is enough to note that HIV is indisputably serious and life-endangering. Although it can be controlled by medication, HIV remains an incurable chronic infection that, if untreated, can result in death. As such, the failure to advise a sexual partner of one’s HIV status may lead to a conviction for aggravated sexual assault under s. 273(1) of the *Criminal Code*. (This said, it may be that with further medical advances, the death rate may decline to the point where the risk of death is virtually eliminated, reducing the offence to sexual assault *simpliciter* under s. 271(1) of the *Criminal Code*. Similarly, the day may come when researchers will find a cure for HIV, with the possible effect that HIV will cease to cause “serious bodily harm” and the failure to disclose will no longer fall under the category of fraud vitiating consent for the purposes of sexual assault.)

[91] Ces considérations m’amènent à conclure que l’exigence d’un « risque important de lésions corporelles graves » formulée dans l’arrêt *Cuerrier* doit être interprétée comme obligeant une personne à révéler sa séropositivité lorsqu’il existe une possibilité réaliste de transmission du VIH. À défaut d’une telle possibilité, l’omission de dévoiler sa séropositivité ne constitue pas une fraude viciant le consentement aux relations sexuelles pour l’application de l’al. 265(3)c).

[92] Le critère de la possibilité réaliste de transmission proposé dans les présents motifs ne vaut que pour le VIH. Rappelons que le « risque important » tient à la fois à la gravité du préjudice et à l’ampleur du risque de transmission, deux facteurs inversement proportionnels. Une maladie transmise sexuellement qui est traitable et qui ne bouleverse pas l’existence ni ne réduit sensiblement l’espérance de vie pourrait très bien ne pas emporter de « lésions corporelles graves » et, de ce fait, ne pas satisfaire à l’exigence de mise en danger de la vie que comporte l’infraction d’agression sexuelle grave prévue au par. 273(1). L’objet du présent pourvoi n’est pas de tracer la ligne de démarcation dans le cas d’autres maladies que le VIH. Il suffit de signaler que le VIH est incontestablement une maladie grave qui met la vie en danger. Bien que son évolution puisse être contrôlée à l’aide de médicaments, le VIH demeure une maladie chronique incurable qui, lorsqu’elle n’est pas traitée, peut entraîner la mort. C’est pourquoi l’omission d’informer un partenaire sexuel de sa séropositivité peut donner lieu à une déclaration de culpabilité d’agression sexuelle grave suivant le par. 273(1) du *Code criminel*. (Cela dit, il se peut que de nouvelles avancées médicales permettent de réduire le taux de mortalité au point de rendre le risque de mortalité presque inexistant, et que l’on ramène l’infraction à celle d’agression sexuelle simple prévue au par. 271(1) du *Code criminel*. De même, les chercheurs pourraient un jour trouver un remède, de sorte que le VIH ne cause plus de « lésions corporelles graves » et que l’omission de révéler qu’on en est atteint ne constitue plus une fraude viciant le consentement pour l’application de l’infraction d’agression sexuelle.)

(4) Realistic Possibility of HIV Transmission

[93] A review of the case law pertaining to fraud vitiating consent to sexual relations leads to the following general principle of law: the *Cuerrier* requirement of a “significant risk of serious bodily harm” entails a *realistic possibility of transmission of HIV*. This applies to all cases where fraud vitiating consent to sexual relations is alleged on the basis of the non-disclosure of HIV-positive status.

[94] This leaves the question of when there is a realistic possibility of transmission of HIV. The evidence adduced here satisfies me that, as a general matter, a realistic possibility of transmission of HIV is negated if (i) the accused’s viral load at the time of sexual relations was low, *and* (ii) condom protection was used.

[95] The conclusion that low viral count coupled with condom use precludes a realistic possibility of transmission of HIV, and hence does not constitute a “significant risk of serious bodily harm” on the *Cuerrier* test, flows from the evidence in this case. This general proposition does not preclude the common law from adapting to future advances in treatment and to circumstances where risk factors other than those considered in this case are at play.

[96] In this case, the evidence accepted by the trial judge was that Mr. Mabior had intercourse by vaginal penetration with the four complainants, during which he ejaculated. The accused underwent antiretroviral treatment on a regular basis, but he only wore condoms occasionally. Mr. Mabior’s medical record also shows that he had been successfully treated for gonorrhœa and had no sexually transmitted infections at the time of intercourse with the four complainants other than HIV. Based on this evidence, three factors were relevant to risk: baseline risk for vaginal intercourse when the male partner is HIV-positive; reduction in risk with condom use; and antiretroviral therapy. I will consider each in turn.

(4) Possibilité réaliste de transmission du VIH

[93] Le principe de droit général suivant se dégage de la jurisprudence en matière de fraude viciant le consentement aux relations sexuelles : l’exigence par notre Cour dans *Cuerrier* d’un « risque important de lésions corporelles graves » suppose une *possibilité réaliste de transmission du VIH*. Le principe vaut pour toute allégation de fraude viciant le consentement à des relations sexuelles fondée sur l’omission de révéler sa séropositivité.

[94] La question se pose alors de savoir dans quelles circonstances il y a possibilité réaliste de transmission du VIH. La preuve offerte me convainc que, de manière générale, cette possibilité est écartée (i) lorsque la charge virale de l’accusé est faible au moment du rapport sexuel *et* (ii) que le condom est utilisé.

[95] La conclusion selon laquelle une charge virale faible combinée à l’utilisation du condom écarte la possibilité réaliste de transmission du VIH, de sorte qu’il n’y a pas de « risque important de lésions corporelles graves » pour l’application du critère de l’arrêt *Cuerrier*, découle de la preuve en l’espèce. Cet énoncé général n’empêche pas la common law de s’adapter aux avancées thérapeutiques et aux circonstances où d’autres facteurs de risque que ceux considérés en l’espèce sont en cause.

[96] En l’espèce, il appert de la preuve admise au procès qu’il y a eu pénétration vaginale et éjaculation lors des rapports sexuels de M. Mabior avec les quatre plaignantes. L’accusé suivait un traitement aux antirétroviraux sur une base régulière, mais il n’utilisait le condom qu’à l’occasion. Son dossier médical indique également qu’il a été traité avec succès pour une gonorrhée et qu’il ne souffrait d’aucune autre infection sexuellement transmissible que le VIH au moment de ses rapports sexuels avec les quatre plaignantes. À la lumière de cette preuve, trois éléments sont pertinents quant à l’évaluation du risque couru : le risque de base d’une relation vaginale avec un partenaire masculin séropositif, la réduction du risque lorsqu’un condom est utilisé et la thérapie antirétrovirale. Je les examine tour à tour.

[97] As the Court of Appeal noted, baseline risk of HIV transmission per act of vaginal intercourse with an infected male partner (i.e. the risk of transmission based on the male ejaculating, without a condom, having a normal unreduced viral load) varies from study to study. Dr. Smith's written report put the risk at 0.05% (1 in 2000) to 0.26% (1 in 384) (p. 4). Ms. McDonald, a public health nurse, testified about the Manitoba Health post-exposure protocol, which puts risk per act at 0.1% (1 in 1000). A systemic review and meta-analysis of 43 publications comprising 25 different study populations, put the risk in high-income countries at 0.08% per sexual act (1 in 1250): M.-C. Boily, et al., "Heterosexual risk of HIV-1 infection per sexual act: systematic review and meta-analysis of observational studies" (2009), 9 *Lancet Infect. Dis.* 118.

[98] It is undisputed that HIV does not pass through good quality male or female latex condoms. However, condom use is not fail-safe, due to the possibility of condom failure and human error. Dr. Smith testified that consistent condom protection reduces the risk of HIV transmission by 80%, relying on the widely accepted Cochrane review: S. C. Weller and K. Davis-Beaty, "Condom effectiveness in reducing heterosexual HIV transmission" (2002), 1 *Cochrane Database Syst. Rev.* CD003255. It was pointed out that the 80% reduction in the transmission risk refers to consistent condom use: the reduction may be larger for consistent *and* correct condom use, but this has not been verified empirically.

[99] The Court of Appeal, in applying a "high risk" approach, held that condom use reduces the risk of HIV transmission "below the level of significance" (para. 87). However, in my view, the evidence does not establish that condom protection alone precludes a *realistic possibility* of transmission, the standard proposed here. According to the expert evidence, the risk might still fall above the "negligible" threshold: Dr. Smith's report, at p. 6.

[97] Comme le signale la Cour d'appel, le risque de base de transmission du VIH lors d'une relation vaginale avec un partenaire masculin infecté (à supposer que l'homme éjacule, qu'il n'emploie pas de préservatif et que sa charge virale soit normale, plutôt que réduite) varie selon les études. Dans son rapport, le D^r Smith situe le risque par acte entre 0,05 % (1 sur 2000) et 0,26 % (1 sur 384) (p. 4). Une infirmière en santé publique, M^{me} McDonald, a témoigné au sujet du protocole post-exposition du Manitoba, lequel fait état d'un risque par acte de 0,1 % (1 sur 1000). L'examen systématique et la méta-analyse de 43 publications portant sur 25 études de population établit le risque couru dans les pays où les revenus sont élevés à 0,08 % par acte sexuel (1 sur 1250) : M.-C. Boily, et al., « Heterosexual risk of HIV-1 infection per sexual act : systematic review and meta-analysis of observational studies » (2009), 9 *Lancet Infect. Dis.* 118.

[98] Nul ne conteste que le VIH ne passe pas à travers la paroi d'un préservatif masculin ou féminin en latex de bonne qualité. Cependant, tout risque n'est pas éliminé, car le condom peut être défectueux ou mal employé. Le D^r Smith a témoigné que l'utilisation systématique du condom 100, et il a cité à l'appui l'étude de Cochrane, qui jouit d'une large reconnaissance : S. C. Weller et K. Davis-Beaty, « Condom effectiveness in reducing heterosexual HIV transmission » (2002), 1 *Cochrane Database Syst. Rev.* CD003255. Il a précisé que ce pourcentage de réduction correspondait à l'utilisation systématique du condom, car il peut être plus élevé s'il y a à la fois utilisation systématique *et* adéquate du condom, une hypothèse qui n'a cependant pas été vérifiée empiriquement.

[99] Adoptant l'angle du « risque élevé » d'infection, la Cour d'appel conclut que l'utilisation du condom abaisse le risque de transmission du VIH [TRADUCTION] « sous le seuil du risque important » (par. 87). Toutefois, à mon avis, la preuve n'établit pas que, à elle seule, cette protection écarte la *possibilité réaliste* de transmission, la norme proposée en l'espèce. Selon la preuve d'expert, le risque pourrait toujours dépasser le seuil du risque « négligeable » : rapport du D^r Smith, p. 6.

[100] This brings us to the final factor, antiretroviral therapy. As noted by the Court of Appeal, the transmissibility of HIV is proportional to the viral load, i.e. the quantity of HIV copies in the blood. The viral load of an untreated HIV patient ranges from 10,000 copies to a few million copies per millilitre. When a patient undergoes antiretroviral treatment, the viral load shrinks rapidly to less than 1,500 copies per millilitre (low viral load), and can even be brought down to less than 50 copies per millilitre (undetectable viral load) over a longer period of time. This appears to be scientifically accepted at this point, on the evidence in this case.

[101] Dr. Smith explained in his report that antiretroviral therapy is not a safe-sex strategy, and that “it is highly advisable that persons even with an undetectable viral load who are having sex with more than one partner unfailingly and correctly use a condom” (pp. 5 and 7). The most recent wide-scale study on this issue, relied on by a number of interveners, concludes that the risk of HIV transmission is reduced by 89 to 96% when the HIV-positive partner is treated with antiretrovirals, irrespective of whether the viral load is low or undetectable: M. S. Cohen, et al., “Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy” (2011), 365 *New Eng. J. Med.* 493. This evidence indicates that antiretroviral therapy, alone, still exposes a sexual partner to a realistic possibility of transmission. However, on the evidence before us, the ultimate percentage risk of transmission resulting from the combined effect of condom use *and* low viral load is clearly extremely low — so low that the risk is reduced to a speculative possibility rather than a realistic possibility.

[102] In reaching this conclusion, I use *low* viral load, rather than *undetectable* viral load, as one of the factors for determining risk. This avoids the evidentiary difficulties associated with establishing an *undetectable* viral load. Dr. Smith presented evidence that various factors such as common infections and treatment issues may lead to fluctuations in a person’s viral load. So-called

[100] Passons maintenant au dernier élément, la thérapie antirétrovirale. Comme le signale la Cour d’appel, la transmissibilité du VIH est proportionnelle à la charge virale, soit le nombre de copies du VIH dans le sang. La charge virale d’une personne séropositive qui n’est pas traitée se situe entre 10 000 et quelques millions de copies par millilitre. Lorsque le patient suit un traitement aux antirétroviraux, sa charge virale chute rapidement à moins de 1 500 copies par millilitre (charge faible), voire jusqu’à moins de 50 copies par millilitre (charge indétectable) sur une plus longue période de temps. Selon la preuve au dossier, ces données seraient celles admises de nos jours par la science.

[101] Le D^r Smith explique dans son rapport que la thérapie antirétrovirale n’offre pas un moyen d’avoir des relations sexuelles sans risque et qu’[TRADUCTION] « il est fortement recommandé aux personnes qui ont plus d’un partenaire sexuel, même lorsque leur charge virale est indétectable, d’utiliser systématiquement et correctement le condom » (p. 5 et 7). Citée par un certain nombre d’intervenants, l’étude à grande échelle la plus récente sur ce point conclut que le risque de transmission du VIH diminue de 89 à 96 % lorsque le partenaire séropositif est traité aux antirétroviraux, peu importe que sa charge virale soit faible ou indétectable : M. S. Cohen, et al., « Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy » (2011), 365 *New Eng. J. Med.* 493. C’est donc dire que la seule thérapie antirétrovirale expose quand même le partenaire sexuel à une possibilité réaliste de transmission. Toutefois, il appert de la preuve au dossier que le risque de transmission résultant de l’effet combiné de l’utilisation du condom *et* d’une charge virale faible est de toute évidence extrêmement faible, si faible que le risque devient hypothétique plutôt que réaliste.

[102] Pour arriver à cette conclusion, je retiens au nombre des éléments qui permettent d’évaluer le risque la charge virale *faible*, plutôt que la charge virale *indétectable*. Ce choix évite les difficultés liées à la preuve d’une charge virale *indétectable*. Le D^r Smith a témoigné que plusieurs choses, comme une infection banale ou un aléa thérapeutique, peuvent faire fluctuer la charge virale d’une

“spikes” or “blips” bring the viral load of a person treated with antiretrovirals above the detectable level. Furthermore, detectability depends on the accuracy of ever-developing technology: a viral load that assays do not detect today, might very well be detectable by future assays. Finally, it must be observed that Dr. Smith did not accept, and presented as controversial, the 2008 announcement by the Swiss Federal Commission for HIV/AIDS that an HIV-positive person with an undetectable viral load is not sexually infectious (p. 5). As he noted, this statement is subject to important qualifications, based only on a review of scientific literature, and requires corroborating research.

[103] This leads to the conclusion that on the evidence before us, the combined effect of condom use *and* low viral load precludes a realistic possibility of transmission of HIV. In these circumstances, the *Cuerrier* requirement of significant risk of serious bodily harm is not met. There is no deprivation within the meaning of *Cuerrier* and failure to disclose HIV status will not constitute fraud vitiating consent under s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*.

(5) Summary

[104] To summarize, to obtain a conviction under ss. 265(3)(c) and 273, the Crown must show that the complainant’s consent to sexual intercourse was vitiated by the accused’s fraud as to his HIV status. Failure to disclose (*the dishonest act*) amounts to fraud where the complainant would not have consented had he or she known the accused was HIV-positive, and where sexual contact poses a significant risk of or causes actual serious bodily harm (*deprivation*). A significant risk of serious bodily harm is established by a realistic possibility of transmission of HIV. On the evidence before us, a realistic possibility of transmission is negated by evidence that the accused’s viral load was low at the time of intercourse and that condom protection

personne. Des variations brusques ou passagères élèvent au-dessus du seuil de la détectabilité la charge virale d’une personne traitée aux antirétroviraux. De plus, la détectabilité dépend de la précision d’une technologie en évolution constante : la charge virale qui n’est pas détectable aujourd’hui pourrait très bien l’être ultérieurement grâce à un nouveau test. Enfin, il convient de signaler le désaccord du D^r Smith avec la Commission fédérale suisse sur le VIH/sida, qui a affirmé en 2008 qu’une personne séropositive dont la charge virale est indétectable n’est pas sexuellement infectieuse. Il s’agit selon lui d’une affirmation controversée (p. 5). Il ajoute que cet avis appelle des réserves importantes parce qu’il n’est fondé que sur un examen de la littérature scientifique et qu’il doit être confirmé par la recherche.

[103] Au vu de la preuve au dossier, force est donc de conclure que l’effet combiné de l’utilisation du condom *et* de l’existence d’une charge virale faible écarte la possibilité réaliste de transmission du VIH. Dans ces circonstances, il n’est pas satisfait à l’exigence établie par la Cour dans *Cuerrier*, à savoir l’existence d’un risque important de lésions corporelles graves. Il n’y a aucune privation au sens de l’arrêt *Cuerrier*, et l’omission de l’accusé de révéler sa séropositivité ne constitue pas une fraude viciant le consentement aux fins de l’al. 265(3)(c) du *Code criminel*.

(5) Résumé

[104] En résumé, pour obtenir une déclaration de culpabilité sous le régime de l’al. 265(3)(c) et de l’art. 273, le ministère public doit démontrer que le consentement du plaignant aux relations sexuelles est vicié par la fraude de l’accusé concernant sa séropositivité. L’omission de révéler (*l’acte mal-honnête*) constitue une fraude lorsque le plaignant n’aurait pas donné son consentement s’il avait su que l’accusé était séropositif et lorsqu’un contact sexuel présente un risque important de lésions corporelles graves ou inflige effectivement de telles lésions (*la privation*). La possibilité réaliste de transmettre le VIH établit le risque important de lésions corporelles graves. Selon la preuve au dossier, la possibilité réaliste de transmission est écartée par la

was used. However, the general proposition that a low viral load combined with condom use negates a realistic possibility of transmission of HIV does not preclude the common law from adapting to future advances in treatment and to circumstances where risk factors other than those considered in the present case are at play.

[105] The usual rules of evidence and proof apply. The Crown bears the burden of establishing the elements of the offence — a dishonest act and deprivation — beyond a reasonable doubt. Where the Crown has made a *prima facie* case of deception and deprivation as described in these reasons, a tactical burden may fall on the accused to raise a reasonable doubt, by calling evidence that he had a low viral load at the time and that condom protection was used.

B. Application

[106] With respect to the four counts before us, the complainants all consented to sexual intercourse with the accused. Each of the complainants testified that they would not have had sex with the accused had they known that he was HIV-positive. The only issue is whether their consent was vitiated because he did not tell them that he had HIV.

[107] The trial judge found the accused guilty of aggravated sexual assault on the four counts where it was established that his viral load was not undetectable or no condom was used. The Court of Appeal set aside the convictions on the basis that *either* an undetectable viral load *or* condom protection would suffice.

[108] As set out above, at this point in the development of the common law, a clear test can be laid down. The absence of a realistic possibility of HIV transmission precludes a finding of fraud vitiating consent under s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*. In

preuve selon laquelle, lors de la relation sexuelle considérée, la charge virale de l'accusé était faible et un condom a été utilisé. Cependant, l'énoncé général voulant que la charge virale faible combinée à l'emploi du condom écarte la possibilité réaliste de transmission du VIH n'empêche pas la common law de s'adapter aux futures avancées thérapeutiques et aux circonstances où d'autres facteurs de risque que ceux considérés en l'espèce sont en jeu.

[105] Les règles de preuve habituelles s'appliquent en l'espèce. C'est au ministère public qu'il incombe d'établir hors de tout doute raisonnable les éléments constitutifs de l'infraction, à savoir l'acte malhonnête et la privation. Une fois ces deux éléments établis *prima facie* conformément aux présents motifs, l'accusé peut avoir l'obligation tactique de soulever un doute raisonnable par la présentation d'éléments de preuve selon lesquels, au moment considéré, sa charge virale était faible et un condom a été utilisé.

B. Application

[106] En ce qui concerne les quatre chefs d'accusation visés par le pourvoi, les plaignantes ont toutes consenti aux rapports sexuels qu'elles ont eus avec l'accusé. Chacune a déclaré qu'elle n'aurait pas eu de relations sexuelles avec l'accusé si elle l'avait su séropositif. La seule question en litige est celle de savoir si leur consentement est vicié par l'omission de l'accusé de les informer de sa séropositivité.

[107] La juge du procès reconnaît l'accusé coupable d'agression sexuelle grave quant aux quatre chefs dans la mesure où était établi que sa charge virale n'était pas indétectable ou qu'il n'avait pas utilisé de condom. La Cour d'appel annule les déclarations de culpabilité au motif que *soit* une charge virale indétectable, *soit* une protection au moyen d'un condom était suffisante.

[108] Comme je le dis précédemment, à cette étape de l'évolution de la common law, il est possible d'établir un critère clair. L'absence de possibilité réaliste de transmission du VIH empêche de conclure à l'existence d'une fraude viciant le

the case at hand, no realistic possibility of transmission was established when the accused had a low viral load and wore a condom. It follows that the appeal should be allowed insofar as the decision of the Court of Appeal conflicts with this conclusion.

[109] The accused had a low viral load at the time of intercourse with each of S.H., D.C.S. and D.H., but did not use a condom. Consequently, the trial judge's convictions on these counts should be maintained. This leaves K.G. The trial judge convicted on the ground that, although the accused used a condom at the time of the encounter, his viral load "was not suppressed" (para. 128). As discussed, the combination of a low viral load — as opposed to an *undetectable* viral load — and of condom use negates a realistic possibility of transmission, on the evidence in this case. The record shows that the accused's viral load was low at the time of sexual relations with K.G. When combined with condom protection, this low viral load did not expose K.G. to a significant risk of serious bodily harm. The trial judge's conviction on this count must be reversed.

[110] I would allow the appeal in part and restore the convictions in respect of the complaints by S.H., D.C.S. and D.H. I would dismiss the appeal in respect of the complaint by K.G.

Appeal allowed in part.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: Legal Aid Manitoba, Winnipeg.

Solicitors for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the HIV & AIDS

consentement suivant l'al. 265(3)c) du *Code criminel*. Dans la présente affaire, nulle possibilité réaliste de transmission n'a été établie relativement aux rapports sexuels au cours desquels l'accusé avait une charge virale faible et utilisait un condom. Le pourvoi doit donc être accueilli dans la mesure où la décision de la Cour d'appel va à l'encontre de cette conclusion.

[109] Lors de ses rapports sexuels avec chacune des plaignantes S.H., D.C.S. et D.H., l'accusé avait une charge virale faible, mais n'a pas utilisé de condom. Il convient donc de confirmer les déclarations de culpabilité prononcées par la juge du procès sur les chefs correspondants. Reste à statuer sur le cas de K.G. La juge du procès déclare l'accusé coupable au motif que, même s'il a utilisé un condom lors des relations sexuelles avec elle, sa charge virale [TRADUCTION] « n'était pas supprimée » (par. 128). Je rappelle qu'une charge virale faible — par opposition à une charge virale *indétectable* — combinée à l'utilisation du condom écarte la possibilité réaliste de transmission suivant la preuve présentée en l'espèce. Il appert du dossier qu'au moment de ses rapports sexuels avec K.G., l'accusé avait une charge virale faible. Jumelée à la protection au moyen d'un condom, cette charge virale faible n'a pas exposé K.G. à un risque important de lésions corporelles graves. La déclaration de culpabilité prononcée par la juge sur ce chef doit être annulée.

[110] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de rétablir les déclarations de culpabilité pour agression sexuelle grave relativement aux plaignantes S.H., D.C.S. et D.H., ainsi que de rejeter le pourvoi en ce qui concerne la plaignante K.G.

Pourvoi accueilli en partie.

Procureur de l'appelante : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intimé : Aide juridique Manitoba, Winnipeg.

Procureurs des intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic

Legal Clinic Ontario, Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, the Positive Living Society of British Columbia, the Canadian AIDS Society, the Toronto People With AIDS Foundation, the Black Coalition for AIDS Prevention and the Canadian Aboriginal AIDS Network: Cooper & Sandler, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Schreck Presser, Toronto.

Solicitors for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal: Poupart, Dadour, Touma et Associés, Montréal.

Solicitors for the intervener Institut national de santé publique du Québec: Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.

Ontario, la Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, Positive Living Society of British Columbia, la Société canadienne du sida, Toronto People With AIDS Foundation, Black Coalition for AIDS Prevention et le Réseau canadien autochtone du sida : Cooper & Sandler, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Schreck Presser, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal : Poupart, Dadour, Touma et Associés, Montréal.

Procureurs de l'intervenant l'Institut national de santé publique du Québec : Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

D.C. *Respondent*

and

Attorney General of Alberta, Canadian HIV/AIDS Legal Network, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, Positive Living Society of British Columbia, Canadian AIDS Society, Toronto People With AIDS Foundation, Black Coalition for AIDS Prevention, Canadian Aboriginal AIDS Network, Criminal Lawyers' Association of Ontario, British Columbia Civil Liberties Association, Association des avocats de la défense de Montréal and Institut national de santé publique du Québec *Interveners*

INDEXED AS: R. v. D.C.

2012 SCC 48

File No.: 34094.

2012: February 8; 2012: October 5.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Evidence — Credibility — Sexual assault and aggravated assault — Non-disclosure of HIV status — Proof of realistic possibility of transmission of HIV — Whether trial judge could rely on doctor's note as confirmatory evidence of complainant's testimony that no condom had been used — Whether trial judge committed error on question of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3)(c), 268, 271, 686(1)(a)(ii).

D.C. was charged with sexual assault and aggravated assault. When she first engaged in vaginal intercourse

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

D.C. *Intimée*

et

Procureur général de l'Alberta, Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, Positive Living Society of British Columbia, Société canadienne du sida, Toronto People With AIDS Foundation, Black Coalition for AIDS Prevention, Réseau canadien autochtone du sida, Criminal Lawyers' Association of Ontario, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Association des avocats de la défense de Montréal et Institut national de santé publique du Québec *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. D.C.

2012 CSC 48

N^o du greffe : 34094.

2012 : 8 février; 2012 : 5 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Preuve — Crédibilité — Agression sexuelle et voies de fait graves — Omission de révéler la séropositivité — Preuve d'une possibilité réaliste de transmission du VIH — Le juge du procès pouvait-il considérer la note d'un médecin comme un élément de preuve corroborant le témoignage du plaignant concernant l'inutilisation d'un condom? — A-t-il commis une erreur de droit? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265(3)c), 268, 271, 686(1)a)(ii).

D.C. a été inculpée d'agression sexuelle et de voies de fait graves. Lors de sa première relation sexuelle

with the complainant, she had not disclosed to him the fact that she was HIV-positive. At the time, her viral load was undetectable. The critical issue in the trial was whether a condom had been used. The only evidence on the point was that of the complainant and D.C. The complainant testified no condom was used; D.C. testified a condom was used. The trial judge found that neither witness was credible. However, on the basis of a note of D.C.'s doctor made seven years earlier and referring to a broken condom, the judge concluded that D.C. had lied to her doctor, and inferred that no condom had been worn. He convicted D.C. The Court of Appeal concluded that the trial judge's reasoning as to whether a condom was used was a reasonable inference, but set aside the convictions on the ground that even without condom use, the requirement of a significant risk of serious bodily harm was not met, given the absence of detectable HIV copies in D.C.'s blood.

Held: The appeal should be dismissed.

As discussed in *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584, in the case of HIV, a significant risk of serious bodily harm is found in the presence of a realistic possibility of transmission. On the facts of this case, condom use was required to preclude a realistic possibility of HIV transmission. Given the lack of credibility of the complainant, the trial judge needed evidence that a condom had not been used in order to convict. Here, he erred in law in relying on speculation as confirmatory evidence of the complainant's testimony that a condom had not been used. He could not rely on a series of speculative conclusions about a supposed lie and the motives for it, based on a note made seven years earlier that did not constitute independent evidence. It follows that the prosecution failed to prove D.C.'s guilt on the charges against her beyond a reasonable doubt.

Cases Cited

Applied: *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584; **referred to:** *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3)(c), 686(1)(a)(ii).

vaginale avec le plaignant, elle ne lui avait pas révélé sa séropositivité. Sa charge virale était alors indétectable. Au procès, la question cruciale était celle de savoir si un condom avait été utilisé. Les seuls témoignages entendus sur ce point ont été ceux du plaignant et de D.C. Le premier a témoigné qu'ils n'avaient pas utilisé de condom; la seconde a affirmé le contraire. Selon le juge du procès, ni l'un ni l'autre n'étaient crédibles. Cependant, il a conclu sur la foi d'une note du médecin de D.C., rédigée sept ans auparavant et faisant mention d'une rupture de condom, que D.C. avait menti à son médecin. Il en a inféré que la relation n'avait pas été protégée et il a déclaré D.C. coupable. La Cour d'appel a conclu que le raisonnement du juge du procès sur l'utilisation d'un condom participait d'une inférence qu'il pouvait raisonnablement tirer, mais elle a annulé les déclarations de culpabilité au motif que, même si un condom n'avait pas été utilisé, l'exigence jurisprudentielle d'un risque important de lésions corporelles graves n'était pas remplie vu l'absence de copie détectable du VIH dans le sang de D.C.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Comme il est précisé dans l'arrêt *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584, dans le cas du VIH, la possibilité réaliste de transmission crée un risque important de lésions corporelles graves. Au vu des faits de l'espèce, il y avait obligation d'utiliser le condom pour exclure la possibilité réaliste de transmission du VIH. Étant donné l'absence de crédibilité du plaignant, le juge du procès ne pouvait prononcer une déclaration de culpabilité que si l'inutilisation du condom était établie par ailleurs. En l'espèce, il a commis une erreur de droit en se fondant sur une conjecture comme s'il s'agissait d'un élément de preuve corroborant le témoignage du plaignant selon lequel aucun condom n'avait été utilisé. Il ne lui était pas loisible de s'appuyer sur une série de conclusions conjecturales concernant un prétendu mensonge et ce qui l'avait motivé, des conclusions tirées à partir d'une note rédigée sept ans auparavant qui ne constituait pas une preuve indépendante. La poursuite n'a donc pas établi hors de tout doute raisonnable la culpabilité de D.C. à l'égard des accusations qui pesaient contre elle.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584; **arrêt mentionné :** *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265(3)c), 686(1)(a)(ii).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland, Léger and Gagnon JJ.A.), 2010 QCCA 2289, 270 C.C.C. (3d) 50, [2011] R.J.Q. 18, 81 C.R. (6th) 336, [2010] Q.J. No. 13599 (QL), 2010 CarswellQue 14778, SOQUIJ AZ-50700564, setting aside the convictions for sexual assault and aggravated assault entered by Bisson J.C.Q., 2008 QCCQ 629, [2008] J.Q. n° 994 (QL), 2008 CarswellQue 986, SOQUIJ AZ-50473926. Appeal dismissed.

Caroline Fontaine and Magalie Cimon, for the appellant.

Christian Desrosiers, for the respondent.

Christine Rideout, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Jonathan Shime, Corie Langdon, Richard Elliott and Ryan Peck, for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, the Positive Living Society of British Columbia, the Canadian AIDS Society, the Toronto People With AIDS Foundation, the Black Coalition for AIDS Prevention and the Canadian Aboriginal AIDS Network.

P. Andras Schreck and Candice Suter, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Michael A. Feder and Angela M. Juba, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

François Dadour, for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal.

Lucie Joncas and François Côté, for the intervener Institut national de santé publique du Québec.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] This appeal, like the companion appeal, *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584,

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Chamberland, Léger et Gagnon), 2010 QCCA 2289, [2011] R.J.Q. 18, 270 C.C.C. (3d) 50, 81 C.R. (6th) 336, [2010] J.Q. n° 13599 (QL), 2010 CarswellQue 13482, SOQUIJ AZ-50700564, qui a annulé les déclarations de culpabilité d'agression sexuelle et de voies de fait graves inscrites par le juge Bisson, 2008 QCCQ 629, [2008] J.Q. n° 994 (QL), 2008 CarswellQue 986, SOQUIJ AZ-50473926. Pourvoi rejeté.

Caroline Fontaine et Magalie Cimon, pour l'appelante.

Christian Desrosiers, pour l'intimée.

Christine Rideout, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Jonathan Shime, Corie Langdon, Richard Elliott et Ryan Peck, pour les intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, la Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, Positive Living Society of British Columbia, la Société canadienne du sida, Toronto People With AIDS Foundation, Black Coalition for AIDS Prevention et le Réseau canadien autochtone du sida.

P. Andras Schreck et Candice Suter, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Michael A. Feder et Angela M. Juba, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

François Dadour, pour l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal.

Lucie Joncas et François Côté, pour l'intervenant l'Institut national de santé publique du Québec.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] À l'instar du pourvoi connexe *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584, le présent

raises the question of when an HIV-positive person's failure to disclose the condition to a sexual partner amounts to fraud vitiating consent under s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, with the result that the sexual act constitutes the offence of aggravated sexual assault. In *Mabior*, I hold that the realistic possibility of transmission of HIV should be disclosed and that the failure to do so amounts to fraud.

[2] In this case, D.C.'s viral load was undetectable, and the trial judge found no condom protection was used on one occasion before HIV status was disclosed (2008 QCCQ 629 (CanLII)). The Court of Appeal set aside the convictions on the ground that even without condom use, the requirement of a significant risk of serious bodily harm in the prior jurisprudence was not met, given the absence of any detectable HIV copies in D.C.'s blood (2010 QCCA 2289, 270 C.C.C. (3d) 50). This is contrary to the standard now proposed in *Mabior*. On the facts of this case, condom use was required to preclude a realistic possibility of HIV transmission.

[3] However, I would dismiss the appeal but set aside the conviction on the ground that the trial judge erred in law in relying on speculation as confirmatory evidence in order to convict. But for this error, the trial judge would have acquitted D.C. Accordingly, the conviction cannot stand: s. 686(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*.

II. The Facts

[4] D.C. learned that she was HIV-positive in 1991, after the death of her partner. She was treated with antiretrovirals, resulting in the undetectability of her viral load. In July of 2000, she met the complainant at a soccer match in which their sons were playing. In time, their relationship became intimate. Depending on whose account is believed,

pourvoi soulève la question de savoir dans quels cas l'omission d'une personne atteinte du SIDA de dévoiler sa séropositivité à un partenaire sexuel équivaut à une fraude viciant le consentement suivant l'al. 265(3)c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, de sorte que l'acte sexuel constitue une agression sexuelle grave. Dans l'arrêt *Mabior*, je conclus qu'il y a obligation de révéler la possibilité réaliste de transmission du VIH et que l'omission de s'y conformer constitue une fraude.

[2] Dans la présente affaire, la charge virale était indétectable, et le juge du procès a conclu que D.C. avait eu une relation sexuelle non protégée à une occasion avec le plaignant avant de l'informer de son état de santé (2008 QCCQ 629 (CanLII)). La Cour d'appel a annulé les déclarations de culpabilité au motif que, même si le condom n'avait pas été utilisé, l'exigence jurisprudentielle d'un risque important de lésions corporelles graves n'était pas remplie vu l'absence de copie détectable du VIH dans le sang de D.C. (2010 QCCA 2289, [2011] R.J.Q. 18). Ce raisonnement va à l'encontre de la norme désormais préconisée dans l'arrêt *Mabior*. Au vu des faits de l'espèce, il y avait obligation d'utiliser le condom pour exclure la possibilité réaliste de transmission du VIH.

[3] Cependant, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'annuler les déclarations de culpabilité, mais pour le motif que le juge du procès a commis une erreur de droit en se fondant sur des hypothèses comme s'il s'agissait d'éléments de preuve corroborants pour déclarer l'accusée coupable. N'eût été cette erreur, le juge du procès aurait acquitté D.C. Par conséquent, les déclarations de culpabilité ne sauraient être confirmées : sous-al. 686(1)(a)(ii) du *Code criminel*.

II. Les faits

[4] En 1991, après le décès de son conjoint, D.C. a appris qu'elle était atteinte du sida. Elle a suivi un traitement aux antirétroviraux, ce qui a rendu sa charge virale indétectable. En juillet 2000, elle a rencontré le plaignant lors d'un match de soccer auquel leurs fils participaient. Avec le temps, leur relation est devenue intime. Ils ont eu une ou

they had sex on one or more occasions before D.C. disclosed her HIV status to the complainant. And depending on who was believed, a condom was or was not used; the complainant said no condom was used; D.C. said a condom was used.

[5] Upon learning that D.C. had HIV, the complainant broke off the relationship, but renewed it of his own initiative a few weeks later. They moved in together and lived as a family for four years. During this time, they had protected and unprotected sexual relations. The complainant has never contracted HIV.

[6] In December 2004, D.C., who had been briefly hospitalized, decided to end the relationship. She asked the complainant to leave the house. He refused. A few days later, D.C., accompanied by her son, went to the family home to remove her belongings. The encounter was violent. The complainant assaulted D.C. and her son. He was charged and convicted of assault.

[7] On February 11, 2005, the complainant filed complaints with the police. The Crown laid charges of sexual assault and aggravated assault against D.C., on the ground that when the complainant and D.C. first had sex four years earlier, D.C. had not disclosed the fact that she was HIV-positive.

III. The Trial Judgment, 2008 QCCQ 629 (CanLII)

[8] The trial judge, after a long and detailed assessment of the evidence, concluded that neither the complainant nor D.C. were credible witnesses.

[9] The trial judge found that there was one sexual encounter before disclosure, accepting D.C.'s evidence in preference to the complainant's on this point.

[10] The trial judge then addressed the requirement in *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, of a "significant risk of serious bodily harm" for there

plusieurs relations sexuelles avant que D.C. ne révèle sa séropositivité au plaignant, selon que l'on ajoute foi à la version des faits de l'un ou de l'autre. Il y a alors eu ou non usage du condom, toujours selon la version à laquelle on prête foi : le plaignant soutient que la ou les relations n'ont pas été protégées, et D.C. affirme le contraire.

[5] Après avoir appris que D.C. était séropositive, le plaignant l'a quittée, mais il a renoué avec elle de sa propre initiative quelques semaines plus tard. Ils ont emménagé ensemble, puis mené une vie de famille pendant quatre ans. Pendant cette période, leurs relations sexuelles ont parfois été protégées, parfois non. Le plaignant n'a jamais contracté le VIH.

[6] En décembre 2004, après avoir été brièvement hospitalisée, D.C. a décidé de mettre fin à la relation. Elle a demandé au plaignant de quitter le domicile, mais il a refusé. Quelques jours plus tard, D.C. s'est rendue au domicile familial en compagnie de son fils pour prendre ses effets personnels. La rencontre a pris une tournure violente. Le plaignant a agressé D.C. et son fils. Inculpé de voies de fait, il a été déclaré coupable de l'infraction.

[7] Le 11 février 2005, le plaignant a porté plainte à la police. Le ministère public a inculpé D.C. d'agression sexuelle et de voies de fait graves au motif que, lors de sa première relation sexuelle avec le plaignant quatre ans plus tôt, elle ne lui avait pas révélé sa séropositivité.

III. Le jugement de première instance, 2008 QCCQ 629 (CanLII)

[8] À l'issue d'un examen long et détaillé de la preuve, le juge du procès conclut que ni le plaignant ni D.C. ne sont des témoins crédibles.

[9] Il arrive à la conclusion qu'il n'y a eu qu'une seule relation sexuelle avant que D.C. ne dévoile sa séropositivité, préférant le témoignage de D.C. sur ce point à celui du plaignant.

[10] Il se penche ensuite sur l'exigence — établie par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371 — d'un « risque important de lésions

to be sexual assault from non-disclosure of HIV status. The evidence was that engaging in vaginal intercourse carried with it a basic infection risk of 0.1% — similar to the basic infection risk for Mr. Mabior — according to medical experts (para. 179). The trial judge correctly concluded that two facts were relevant to preclude a realistic possibility of transmission: (1) D.C.'s undetectable viral load; and (2) whether a condom was used.

[11] The critical issue in the trial was whether a condom had been used on the single occasion of pre-disclosure sex. The evidence on this conflicted. The complainant testified for the prosecution that no condom had been used. D.C., however, testified that a condom had been used.

[12] The only evidence called by the prosecution on the issue of whether a condom was used on the pre-disclosure sexual contact was that of the complainant. The trial judge concluded that he could not accept the evidence of the complainant generally. More particularly, he found that the complainant's evidence, on its own, did not establish failure to use a condom on the relevant occasion. He found the credibility of the complainant to be undermined by the following:

- His behaviour during the long period that followed the initial sexual encounter, including sexual encounters during the four-year period of cohabitation with full knowledge of D.C.'s condition, waiting four years to make a complaint, and the aura of vengeance that surrounded the making of the complaints (paras. 152-54);
- The manner in which he gave his evidence (para. 152);
- The fact that he was mistaken as to the place of the pre-disclosure sexual encounter(s) (para. 155);

corporelles graves » pour qu'il y ait perpétration d'une agression sexuelle du fait de l'omission de révéler sa séropositivité. Selon la preuve, la relation sexuelle vaginale non protégée présente un risque de transmission de 0,1 %, un risque de base qui s'apparente à celui en cause dans l'affaire *Mabior*, au dire des experts médicaux (par. 179). Le juge du procès conclut à juste titre que deux éléments sont pertinents pour déterminer s'il y a une possibilité réaliste de transmission : (1) la charge virale indétectable de D.C. et (2) l'utilisation ou l'inutilisation du condom.

[11] Lors du procès, la question cruciale était celle de savoir si les parties avaient eu recours au condom lors de la seule relation sexuelle qu'ils avaient eue avant que D.C. n'informe le plaignant de sa séropositivité. La preuve sur ce point était contradictoire. Appelé à témoigner pour le compte de la poursuite, le plaignant a dit que la relation n'avait pas été protégée; D.C. a affirmé le contraire.

[12] Le seul témoignage présenté par la poursuite quant à savoir s'il y avait eu ou non usage du condom lors de la relation sexuelle antérieure au dévoilement de la séropositivité de D.C. était celui du plaignant. Le juge du procès dit ne pas pouvoir ajouter foi au témoignage du plaignant en général. Il conclut plus particulièrement que ce témoignage ne suffit pas, à lui seul, pour établir l'omission d'utiliser le condom lors de la relation sexuelle en cause. Selon lui, la crédibilité du plaignant est minée par ce qui suit :

- son comportement pendant la longue période qui a suivi la première relation sexuelle, notamment son activité sexuelle avec D.C. lors des quatre ans de cohabitation (et ce, en connaissant très bien son état de santé), les quatre années écoulées avant qu'il ne porte plainte, de même que l'esprit de vengeance qui l'animait (par. 152-154);
- la manière dont il a témoigné (par. 152);
- le fait qu'il s'est trompé sur l'endroit où il aurait eu une ou plusieurs relations sexuelles avec D.C. avant qu'elle ne lui révèle sa séropositivité (par. 155);

- Lack of precision as to the number of pre-disclosure sexual encounters (para. 155);
 - Inconsistencies with the evidence of Dr. Klein, D.C.'s physician at the time; he stated that he discussed with Dr. Klein the unprotected relations he had had with D.C., but Dr. Klein had no memory or notes of such discussions, leading the trial judge to conclude they had not taken place (para. 156);
 - The fact that he referred to having met Dr. Klein at all the medical appointments, but that Dr. Klein did not mention this in her evidence (para. 157);
 - His denial that he told the police officer: (1) that his partner had HIV and had infected him; (2) that he did not use a condom because he did not like to do so; and (3) that he continued to have unprotected sexual relations with D.C. after she disclosed her condition. On these points, the trial judge said he had no reason to reject the testimony of the police officer (para. 158).
- l'imprécision du nombre de relations sexuelles qu'il a prétendu avoir eues avec D.C. avant qu'elle ne l'informe de son état de santé (par. 155);
 - l'incompatibilité de son témoignage avec celui de la D^{re} Klein, le médecin de D.C. : il a dit avoir discuté avec elle de ses relations sexuelles non protégées avec D.C., alors qu'elle n'en avait aucun souvenir et ne l'avait pas inscrit à son dossier (le juge en conclut que les échanges allégués n'ont pas eu lieu) (par. 156);
 - le fait qu'il a dit avoir rencontré la D^{re} Klein à tous les rendez-vous, alors que la D^{re} Klein n'en a pas fait mention dans son témoignage (par. 157);
 - son refus de reconnaître avoir dit au policier (1) que sa conjointe était porteuse du VIH et qu'elle le lui avait transmis, (2) qu'il n'utilisait pas de condom parce qu'il n'aimait pas ça et (3) qu'il avait continué à avoir des relations sexuelles non protégées avec D.C. après qu'elle lui eut révélé son état de santé (le juge dit n'avoir aucun motif de rejeter le témoignage du policier sur ces points) (par. 158).

[13] The trial judge went on to hold that while the credibility of the complainant was tainted by these considerations, there was independent proof that permitted him to infer that a condom had not been used. This evidence, he said, confirmed the complainant's evidence that a condom had not been used on the single occasion of pre-disclosure sex (para. 159).

[14] According to the trial judge, the medical note written by Dr. Klein and the inferences he drew from it amounted to [TRANSLATION] "independent evidence" confirming the complainant's evidence of unprotected sex (para. 159). Dr. Klein had no independent recollection of her conversation with D.C., only what was mentioned in her note: "Sex c new partner — condom broke — consl to discló".

[13] Le juge du procès ajoute que même si ces considérations minent la crédibilité du plaignant, un élément de preuve indépendant lui permet d'inférer l'absence de protection au moyen d'un condom. Il estime que cet élément de preuve corrobore le témoignage du plaignant selon lequel le condom n'a pas été utilisé lors de la seule relation sexuelle antérieure à la révélation de sa séropositivité par D.C. (par. 159).

[14] De l'avis du juge du procès, la note de la D^{re} Klein et les inférences qu'il en tire forment un « élément de preuve indépendant » qui confirme le témoignage du plaignant voulant qu'il y ait eu des rapports sexuels non protégés (par. 159). La D^{re} Klein n'avait aucun souvenir personnel de sa conversation avec D.C.; elle n'a pu faire état que du contenu de sa note au dossier : [TRADUCTION] « Rapp. sex. avec nouv. partenaire — rupture de condom — recomm. de révéler ».

[15] From this, the trial judge drew a series of inferences. He took for granted that D.C. told Dr. Klein a condom was worn but had broken (para. 160). He inferred this was a lie by assuming she wanted to camouflage from her doctor the fact that she had unprotected sex (para. 168). From this inference of a lie, the trial judge drew a further inference that no condom had been used, confirming the complainant's evidence on that point (para. 171). On this basis, the trial judge concluded the prosecution had established beyond a reasonable doubt that D.C. was guilty of sexual assault and aggravated assault.

IV. The Court of Appeal, 2010 QCCA 2289, 270 C.C.C. (3d) 50

[16] One of D.C.'s main grounds of appeal was that the trial judge had erred in inferring that a condom was not used on the basis of Dr. Klein's evidence, because (a) the evidence was privileged; (b) D.C. had been improperly cross-examined on the note; and (c) the judge erred in characterizing the evidence as "independent evidence" that a condom had not been used, and the judge's inferences from it amounted to speculation.

[17] I agree with the Court of Appeal that the first two submissions in support of this ground of appeal are without merit. However, with respect, I cannot agree that the third should be dismissed.

[18] On the third argument, the Court of Appeal correctly concluded that Dr. Klein's note that D.C. had spoken of a broken condom was not independent evidence, and that the trial judge had erred in treating it as such. The Court of Appeal stated:

[TRANSLATION] Regarding the medical visit on August 31, 2000, Dr. Klein testified from her patient file. She had no memory of [D.C.'s] remarks. This is not, in my opinion, independent evidence. The notes put in the medical file do nothing more than convey, in abridged form, [D.C.'s] remarks of August 31, 2000,

[15] Le juge du procès tire dès lors une série d'inférences. Il tient pour acquis que D.C. a dit à la D^{re} Klein qu'un condom avait été utilisé, mais qu'il s'était rompu (par. 160). Il tire une inférence de cette prétendue affirmation de D.C., à savoir qu'elle a menti au sujet de l'utilisation du condom afin de dissimuler son imprudence à son médecin (par. 168). De cette inférence, le juge tire une inférence supplémentaire, à savoir qu'aucun condom n'a été utilisé. Cette inférence confirme le témoignage du plaignant concernant l'inutilisation d'un condom (par. 171). Le juge arrive ainsi à la conclusion que la poursuite a démontré hors de tout doute raisonnable que D.C. était coupable d'agression sexuelle et de voies de fait graves.

IV. La Cour d'appel, 2010 QCCA 2289, [2011] R.J.Q. 181

[16] En appel, D.C. a notamment fait valoir que le juge du procès avait eu tort de conclure à l'inutilisation du condom sur la foi du témoignage de la D^{re} Klein, car a) il s'agissait d'un élément de preuve visé par le privilège de la confidentialité, b) D.C. avait été contre-interrogée de manière irrégulière relativement à la note du médecin et c) le juge avait conclu à tort qu'un « élément de preuve indépendant » établissait l'inutilisation du condom, et les inférences qu'il en avaient tirées relevaient de la conjecture.

[17] Je conviens avec la Cour d'appel que les deux premières prétentions formulées dans le cadre de ce moyen d'appel sont sans fondement. Mais, en tout respect, je ne puis souscrire à son avis qu'il faut également rejeter la troisième prétention.

[18] En ce qui concerne cette troisième prétention, la Cour d'appel conclut à bon droit que la note de la D^{re} Klein faisant état de la rupture de condom signalée par D.C. ne constitue pas un élément de preuve indépendant, et que le juge du procès a eu tort de la considérer comme tel. Voici ce que dit la Cour d'appel à ce sujet :

Concernant la visite médicale du 31 août 2000, la D^{re} Klein témoigne à partir du dossier de sa patiente. Elle n'a aucun souvenir des propos tenus par [D.C.]. Il ne s'agit pas, selon moi, d'une preuve indépendante. Les notes consignées au dossier médical ne font que traduire, en forme très abrégée, les propos tenus par [D.C.]

seven years before the trial and four years before the charges. [para. 52, *per* Chamberland J.A.]

[19] However, having concluded that Dr. Klein's evidence was not independent evidence, the Court of Appeal went on:

[TRANSLATION] Regardless of the exact characterization of this evidence, however, the trial judge infers from the lie he attributes to [D.C.] that her first sexual encounter with the complainant was unprotected, thus confirming the complainant's version. [para. 53]

The question, the court said, was whether this was a reasonable inference or mere speculation. It concluded that the trial judge's reasoning was a reasonable inference to draw from [TRANSLATION] "what he considered to be [D.C.'s] lie to her doctor".

[TRANSLATION] From the moment the judge, who had the opportunity to hear and assess [D.C.'s] testimony regarding the visit to Dr. Klein, concluded that [D.C.] had lied regarding the use of a condom, he was perfectly free to infer that a condom had not been used. [para. 56]

This was a factual inference, the court concluded, not speculation.

[20] However, the Court of Appeal went on to state that when the judge tried to explain why D.C. had lied to her doctor — that she wanted to camouflage her omission by reassuring her doctor — he was speculating.

[TRANSLATION] People lie for all manner of reasons. Why accept this explanation rather than another? I believe that, on this point, the judge was speculating. But the fact that this part of the trial judge's reasoning constitutes conjecture does not affect the validity of the inference of fact drawn from [D.C.'s] lie to her doctor concerning the use of a condom. [para. 60]

V. The Problem

[21] The trial judge found both the complainant and D.C. to lack credibility, but convicted D.C. on the basis that there was independent evidence confirming the complainant's evidence that no condom was worn on the incident of pre-disclosure sex. The central problem is that, as explained below, there was no evidence, independent or otherwise,

le 31 août 2000, sept ans avant le procès et quatre ans avant les accusations. [par. 52, le juge Chamberland]

[19] Cependant, après avoir conclu que le témoignage de la D^{re} Klein n'équivalait pas à une preuve indépendante, elle ajoute :

Mais peu importe la qualification exacte de cette preuve, le juge tire du mensonge qu'il impute à [D.C.] la conclusion que sa première relation sexuelle avec le plaignant était non protégée, ce qui confirme ce que disait le plaignant. [par. 53]

Selon la Cour d'appel, la question est celle de savoir s'il s'agit d'une inférence raisonnable ou d'une simple conjecture. Elle conclut que le raisonnement du juge du procès participe d'une inférence qu'il pouvait raisonnablement tirer de « ce qu'il considère être le mensonge de [D.C.] à son médecin ».

À partir du moment où le juge conclut que [D.C.] — dont il a eu le loisir d'entendre et d'apprécier le témoignage concernant cette visite à la D^{re} Klein — mentait quant à l'utilisation du condom, il lui était tout à fait loisible d'inférer qu'il n'y avait pas eu utilisation du condom. [par. 56]

Il s'agit selon elle d'une inférence factuelle, non d'une conjecture.

[20] La Cour d'appel ajoute toutefois que le juge recourt à une conjecture pour expliquer le mensonge de D.C. à son médecin : elle aurait voulu dissimuler son omission en rassurant son médecin.

Les gens mentent pour toutes sortes de raisons. Pourquoi retenir cette explication plutôt qu'une autre? Ici, je crois que le juge spéculé. Mais le fait que ce volet du raisonnement du juge de première instance constitue une spéculation n'affecte en rien la validité de l'inférence factuelle qu'il tir[e] du mensonge de [D.C.] à son médecin concernant l'utilisation du condom. [par. 60]

V. L'erreur du juge du procès

[21] Même s'il estime que le plaignant et D.C. manquent tous deux de crédibilité, le juge du procès déclare cette dernière coupable au motif qu'un élément de preuve indépendant confirme le témoignage du plaignant selon lequel il n'a pas enfilé de condom lors de la relation sexuelle antérieure à la révélation de la séropositivité de D.C. Comme je

capable of corroborating the complainant's contention that a condom was not used on the first sexual encounter.

[22] The evidence relied on by the trial judge as confirmation that no condom was worn was based on inferences from a note in the respondent D.C.'s doctor's records. For the following reasons, I conclude that the note and inferences are not evidence capable of confirming the complainant's otherwise unsatisfactory evidence. As a consequence, the verdict must be set aside.

[23] First, as discussed, the note did not confirm that a condom had not been worn on the critical occasion. Rather, it said one had been worn, but broke.

[24] Second, the note is of dubious evidentiary quality. It was made in the course of a client interview, seven years earlier. Dr. Klein had no independent recollection of its contents. The note is cryptic: "Sex c new partner — condom broke — consl to disclo". The possibility of miscommunication or inaccurate transcription cannot be discounted. (The conversation was in French, but Dr. Klein's first language was English.)

[25] Third, the trial judge's inference from the note that *D.C. lied to her doctor* is speculative. He took as true that D.C. had told Dr. Klein that a condom was worn but had broken. D.C. testified that she expressed her fear that the condom might have broken to Dr. Klein. The trial judge rejected her explanation for "condom broke" in the note as inadequate. But that does not establish that D.C. also lied to Dr. Klein with respect to the use of a condom, on which both her testimony and the medical note are consistent. The trial judge's conclusion that D.C. lied to Dr. Klein regarding the use of a condom lacks an evidentiary basis and, as such, is speculative.

l'explique ci-après, l'erreur fondamentale du juge du procès tient à ce qu'aucune preuve indépendante ni aucune autre preuve n'est susceptible de corroborer la prétention du plaignant, à savoir que la première relation sexuelle n'a pas été protégée.

[22] Selon le juge du procès, une série d'inférences tirées d'une note versée au dossier du médecin de D.C. confirme l'inutilisation du condom. Pour les motifs qui suivent, je conclus que ni cette note ni ces inférences ne sont des éléments de preuve de nature à confirmer le témoignage par ailleurs non convaincant du plaignant. Le verdict doit donc être annulé.

[23] Premièrement, je le répète, la note ne confirme pas l'inutilisation du condom lors de la relation sexuelle en cause. Elle dit plutôt qu'un condom a été utilisé, mais qu'il s'est rompu.

[24] Deuxièmement, la valeur probante de la note est douteuse. Elle a été rédigée sept ans auparavant lors d'un entretien avec une patiente. La D^{re} Klein n'a pas de souvenir personnel de son contenu. La note est succincte : [TRADUCTION] « Rapp. sex. avec nouv. partenaire — rupture de condom — recomm. de révéler ». On ne peut écarter la possibilité d'un malentendu ou d'une transcription inexacte. (La consultation s'est déroulée en français, mais la langue première de la D^{re} Klein est l'anglais.)

[25] Troisièmement, l'inférence selon laquelle *D.C. a menti à son médecin* relève de la conjecture. Le juge du procès tient pour avéré que D.C. a dit à la D^{re} Klein qu'un condom avait été utilisé, mais qu'il s'était rompu. D.C. a dit avoir fait part à la D^{re} Klein de sa crainte qu'il n'y ait eu rupture du condom. Le juge du procès rejette son explication de la mention [TRADUCTION] « rupture de condom » dans la note, car il la juge insatisfaisante. Or, cela ne prouve pas que D.C. a aussi menti à la D^{re} Klein en ce qui concerne l'utilisation d'un condom, point sur lequel il y a concordance entre son témoignage et la note du médecin. La conclusion du juge du procès voulant que D.C. ait menti à la D^{re} Klein au sujet de l'utilisation du condom n'est pas étayée par la preuve et tient donc de la conjecture.

[26] Fourth, the trial judge's further inference that D.C. "lied" to conceal from her doctor the fact she had had unprotected sex was speculative. Having concluded that D.C. lied to her doctor, the trial judge asked, [TRANSLATION] "Why did she not tell her doctor the truth?" He then answered: "The only inference that can be drawn is that she wanted to hide from her doctor the carelessness she had shown in having unprotected sexual relations with a new partner, the complainant" (paras. 167-68). As the Court of Appeal pointed out, people may lie for many reasons. To fix on one possibility among others is speculative.

[27] The Court of Appeal concluded that the speculative nature of the trial judge's finding that D.C. lied to her doctor to hide the fact that she had had unprotected sex with the complainant did not matter. The court said, at para. 60: [TRANSLATION] "But the fact that this part of the trial judge's reasoning constitutes conjecture does not affect the validity of the inference of fact drawn from [D.C.'s] lie to her doctor concerning the use of a condom". With respect, it did matter. There is a distinction between speculation and evidence.

[28] In brief, the trial judge needed evidence confirming that a condom had not been used in order to convict, given the lack of credibility of the complainant. He purported to find that evidence in a conclusion that D.C. lied to her doctor to hide the fact that a condom had not been used. But when his reasoning is deconstructed, what emerges is not evidence, but a series of speculative conclusions about a supposed lie and the motives for it based on a note made seven years earlier that did not constitute independent evidence. The tissue of speculation on which the trial judge relied was not independent evidence confirming the testimony of the complainant, which the trial judge would otherwise have rejected.

[26] Quatrièmement, l'autre inférence du juge du procès — à savoir que D.C. a « menti » à son médecin pour lui cacher le fait qu'elle avait eu une relation sexuelle non protégée — relève de la conjecture. Après avoir conclu que D.C. avait ainsi menti, il demande : « Pourquoi ne pas dire la vérité à son médecin? » Ce à quoi il répond : « La seule inférence qu'il est possible de tirer est qu'elle a voulu cacher à son médecin son incurie d'avoir eu une relation sexuelle non protégée avec son nouveau partenaire, le plaignant » (par. 167-168). Comme le souligne la Cour d'appel, les gens mentent pour toutes sortes de raisons. C'est conjecturer que de retenir une possibilité plutôt qu'une autre.

[27] Selon la Cour d'appel, la nature conjecturale de la conclusion du juge du procès selon laquelle D.C. a menti à son médecin pour dissimuler le fait qu'elle avait eu une relation sexuelle non protégée avec le plaignant importe peu. Elle affirme ce qui suit au par. 60 de ses motifs : « Mais le fait que ce volet du raisonnement du juge de première instance constitue une spéculation n'affecte en rien la validité de l'inférence factuelle qu'il tir[e] du mensonge de [D.C.] à son médecin concernant l'utilisation du condom ». En tout respect, la nature conjecturale de cette conclusion importe, car il faut distinguer entre conjecture et preuve.

[28] En résumé, vu l'absence de crédibilité du plaignant, le juge du procès ne pouvait rendre un verdict de culpabilité que s'il disposait d'une preuve confirmant l'inutilisation du condom. Il a tenté d'ériger en élément de preuve son inférence suivant laquelle D.C. a menti à son médecin pour dissimuler son omission d'utiliser un condom. Mais une fois son raisonnement décortiqué, il en ressort non pas une preuve, mais une série de conclusions conjecturales concernant un prétendu mensonge et ce qui l'aurait motivé. Ces conclusions sont tirées à partir d'une note rédigée sept ans auparavant qui ne constitue pas une preuve indépendante. L'échafaudage de conjectures sur lequel se fonde le juge du procès n'équivaut pas à un élément de preuve indépendant qui corrobore le témoignage du plaignant. Sans ces conjectures, le juge du procès aurait rejeté ce témoignage.

VI. Disposition

[29] To convict, it was necessary to establish beyond a reasonable doubt that D.C. failed to disclose her HIV status to the complainant, where there was a significant risk of serious bodily harm. As discussed in *Mabior*, a significant risk of serious bodily harm, in the case of HIV, is found in the presence of a realistic possibility of transmission and is negated by both low viral load and condom protection. Here low — indeed undetectable — viral load was established. The critical issue on the trial was therefore whether a condom was used on the single pre-disclosure act of sexual intercourse between the complainant and D.C.

[30] The only evidence on the point was that of the complainant and D.C. The complainant testified no condom was used; D.C. testified a condom was used. The trial judge found that neither witness was credible. If the matter had ended there, D.C. would have been acquitted, since the prosecution bears the burden of proving guilt beyond a reasonable doubt. However, as discussed above, the trial judge went on to find independent evidence confirming the complainant's testimony that no condom was used, in the note of D.C.'s doctor referring to a broken condom. He concluded from this note that D.C. had lied to her doctor, and went on to infer from the "lie" that no condom had been worn. The speculative edifice the trial judge built on a single hearsay note made seven years before the trial does not constitute evidence that no condom was used. It follows, on the trial judge's analysis, that the prosecution failed to prove D.C.'s guilt on the charges against her beyond a reasonable doubt. Accordingly, the verdict must be set aside.

[31] I would therefore dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Poursuites criminelles et pénales du Québec, Longueuil.

VI. Dispositif

[29] Pour qu'il y ait déclaration de culpabilité, il fallait établir hors de tout doute raisonnable que D.C. n'avait pas informé le plaignant de sa séropositivité alors qu'elle lui faisait courir un risque important de lésions corporelles graves. Comme nous le précisons dans l'arrêt *Mabior*, la possibilité réaliste de transmettre le VIH crée un risque important de lésions corporelles graves. Ce risque est écarté à la fois par une faible charge virale et par l'usage du condom. Une charge virale faible — voire indétectable — a été établie en l'espèce. La question cruciale qui se posait au procès était donc celle de savoir si le plaignant et D.C. avaient utilisé un condom lors de l'unique relation sexuelle qu'ils avaient eue avant que D.C. n'informe le plaignant de sa séropositivité.

[30] Les seuls témoignages entendus sur ce point sont ceux du plaignant et de D.C. Le premier a prétendu qu'ils n'avaient pas utilisé de condom, tandis que la seconde a affirmé le contraire. Le juge du procès a conclu que ni l'un ni l'autre n'étaient crédibles. Si les choses en étaient restées là, D.C. aurait été acquittée, car il incombait à la poursuite d'établir sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Cependant, je le rappelle, le juge du procès a ensuite vu dans la note du médecin de D.C. faisant mention d'une rupture de condom un élément de preuve indépendant qui confirmait le témoignage du plaignant selon lequel la relation n'avait pas été protégée. Il en a conclu que D.C. avait menti à son médecin, inférant en outre de ce « mensonge » l'inutilisation du condom. Les conjectures que le juge du procès échauffe à partir d'une seule note qui constitue du ouï-dire et qui a été rédigée sept ans plus tôt ne prouvent pas l'inutilisation du condom. Au vu de l'analyse du juge du procès, la poursuite n'a donc pas établi hors de tout doute raisonnable la culpabilité de D.C. à l'égard des accusations qui pesaient contre elle. Par conséquent, le verdict doit être annulé.

[31] Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Longueuil.

Solicitors for the respondent: Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.

Solicitors for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, the Positive Living Society of British Columbia, the Canadian AIDS Society, the Toronto People With AIDS Foundation, the Black Coalition for AIDS Prevention and the Canadian Aboriginal AIDS Network: Cooper & Sandler, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Schreck Presser, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Solicitors for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal: Poupart, Dadour, Touma et Associés, Montréal.

Solicitors for the intervener Institut national de santé publique du Québec: Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

Procureurs des intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, la Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, Positive Living Society of British Columbia, la Société canadienne du sida, Toronto People With AIDS Foundation, Black Coalition for AIDS Prevention et le Réseau canadien autochtone du sida : Cooper & Sandler, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Schreck Presser, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal : Poupart, Dadour, Touma et Associés, Montréal.

Procureurs de l'intervenant l'Institut national de santé publique du Québec : Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.

Ewaryst Prokofiew *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec, Criminal Lawyers' Association of Ontario and Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

INDEXED AS: R. v. PROKOFIEW

2012 SCC 49

File No.: 33754.

2011: November 8; 2012: October 12.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Failure to testify — Charge to jury — Accused did not testify but incriminated by co-accused's testimony — Co-accused's counsel inviting jury to infer accused's guilt from failure to testify — Trial judge refrained from giving remedial instruction to jury about accused's right to silence — Whether trial judge prohibited by Canada Evidence Act from affirming right to silence — Whether failure to give explicit remedial instruction constituted error — If so, whether curative proviso applicable — Canada Evidence Act, s. 4(6) — Criminal Code, s. 686(1)(b)(iii).

Criminal law — Evidence — Hearsay — Whether trial judge's erroneous admission of hearsay evidence sufficiently serious to preclude application of curative proviso — Criminal Code, s. 686(1)(b)(iii).

The Crown alleged that P and his co-accused, S, participated in a fraudulent scheme involving the fictitious sale of heavy equipment to generate harmonized sales tax that was then not remitted to the federal government

Ewaryst Prokofiew *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général du Canada, procureur général du Québec, Criminal Lawyers' Association of Ontario et Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. PROKOFIEW

2012 CSC 49

N° du greffe : 33754.

2011 : 8 novembre; 2012 : 12 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

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

Droit criminel — Preuve — Défaut de témoigner — Exposé au jury — Témoignage d'un coaccusé incriminant l'accusé, qui n'a pas témoigné — Jury invité par l'avocat du coaccusé à inférer la culpabilité de l'accusé du défaut de ce dernier de témoigner — Abstention du juge du procès de donner au jury une directive correctrice au sujet du droit de l'accusé de garder le silence — La Loi sur la preuve au Canada interdit-elle au juge du procès de faire état du droit de garder le silence? — Le défaut de donner une directive correctrice explicite a-t-il constitué une erreur? — Dans l'affirmative, la disposition réparatrice est-elle applicable? — Loi sur la preuve au Canada, art. 4(6) — Code criminel, art. 686(1)(b)(iii).

Droit criminel — Preuve — Ouï-dire — L'admission erronée de la preuve par ouï-dire par le juge du procès est-elle une erreur suffisamment grave pour faire obstacle à l'application de la disposition réparatrice? — Code criminel, art. 686(1)(b)(iii).

Le ministère public a reproché à P et à son coaccusé, S, d'avoir participé à un stratagème frauduleux de vente fictive de machinerie lourde afin de percevoir la taxe de vente harmonisée, taxe qui n'était par la suite

as required. The fraudulent nature of the scheme was never challenged. The involvement of P and S in the scheme was also conceded. The question for the jury was whether either or both accused were aware of the fraudulent nature of the scheme. P did not testify, but was incriminated by S's testimony. In his closing address, S's counsel invited the jury to infer P's guilt from P's failure to testify. The trial judge refrained from giving a remedial instruction to the jury about P's right to silence. P was convicted and sentenced and his appeal was dismissed.

Held (McLachlin C.J. and LeBel, Fish and Cromwell JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Deschamps, Abella, Rothstein, Moldaver and Karakatsanis JJ.: Section 4(6) of the *Canada Evidence Act* does not prohibit a trial judge from affirming an accused's right to silence. Conversely, the trial judge need not affirm the accused's right in every case, only where there is a realistic concern that the jury may place evidential value on an accused's decision not to testify. In such a case, the trial judge should make it clear to the jury that an accused's silence is not evidence and that it cannot be used as a makeweight for the Crown in deciding whether the Crown has proved its case.

In assessing the credibility and reliability of evidence upon which the Crown can and does rely, a jury is entitled to take into account, among other things, the fact that the evidence stands uncontradicted, if that is the case, and the jury may be so instructed. The fact that evidence is uncontradicted does not mean that the jury must accept it and an instruction to that effect should also be given.

In this case, S's counsel could have relied on the fact that his client had testified to argue that S was innocent and had "nothing to hide". Moreover, he could have emphasized that S's testimony stood uncontradicted and that the jury could consider this in assessing whether they believed his evidence or whether it left them in a state of reasonable doubt. What S's counsel could not do is mislead the jury on a matter of law. He could not invite the jury to use P's silence at trial as evidence, much less evidence of guilt.

pas remise au gouvernement fédéral comme elle devait l'être. Le caractère frauduleux du stratagème n'a jamais été contesté, et la participation de P et de S à ce stratagème a été admise. Le jury devait décider si l'un ou l'autre des accusés, ou les deux, étaient au fait du caractère frauduleux du stratagème. P n'a pas témoigné, mais il a été incriminé par le témoignage de S. Dans son exposé final, l'avocat de S a invité le jury à inférer du défaut de P de témoigner que celui-ci était coupable. Le juge du procès s'est abstenu de donner au jury une directive correctrice à propos du droit de P de garder le silence. P a été reconnu coupable et condamné, et son appel a été rejeté.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish et Cromwell sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Deschamps, Abella, Rothstein, Moldaver et Karakatsanis : Le paragraphe 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada* n'interdit pas au juge du procès de faire état du droit de l'accusé de garder le silence. En revanche, le juge n'est pas tenu de faire état de ce droit dans tous les cas, mais seulement dans ceux où il est réaliste de craindre que le jury accorde à la décision d'un accusé de ne pas témoigner une certaine valeur probante. En pareil cas, le juge du procès doit indiquer clairement aux jurés que le silence d'un accusé ne constitue pas un élément de preuve et qu'il ne peut être utilisé, en faveur du ministère public, pour décider si celui-ci a oui ou non établi le bien-fondé de sa thèse.

Lorsqu'il apprécie la crédibilité et la fiabilité de la preuve que le ministère public peut invoquer, et qu'il invoque effectivement, le jury est autorisé à tenir compte, entre autres, du fait que la preuve n'a pas été contredite, si c'est le cas, et une directive en ce sens peut lui être donnée. Le fait que la preuve ne soit pas contredite ne signifie pas que le jury doive l'accepter, et une directive à cet effet doit également lui être formulée.

En l'espèce, l'avocat de S aurait pu invoquer le fait que son client avait témoigné et plaider que celui-ci était innocent et n'avait « rien à cacher ». En outre, il aurait pu souligner que le témoignage de ce dernier n'avait pas été contredit et que les jurés pouvaient prendre ce fait en considération lorsqu'ils se demanderaient s'ils croyaient le témoignage de son client ou si ce témoignage laissait planer un doute raisonnable dans leur esprit. Ce que l'avocat de S ne pouvait pas faire en revanche, c'était induire le jury en erreur sur une question de droit. Il ne pouvait pas inviter le jury à considérer le silence de P au procès comme un élément de preuve, encore moins comme une preuve de la culpabilité de celui-ci.

While counsel's comment should not have been made, the judge would not have allowed the trial to proceed if he truly believed that the comment had irretrievably compromised P's fair trial rights. He only allowed it to proceed — with the acquiescence of P's counsel who did not move for severance — on the belief that he could disabuse the jury of the notion that P's silence at trial could be used as evidence of his guilt. Although an explicit remedial instruction from the trial judge would have been preferable, his jury charge, when considered as a whole, was adequate. The jury would have understood that the Crown could prove P's guilt only on the evidence and, as P's silence at trial did not constitute evidence, it could not be used to prove his guilt.

As for the hearsay evidence, the trial judge's error in admitting it was harmless and there is no realistic possibility that the verdict would have been different had the error not been made. The trial judge had warned the jury that this evidence should be approached with caution and other items of confirmatory evidence were available to the jury. Accordingly, this is a case where the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* can safely be applied to uphold P's conviction.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Fish and Cromwell JJ. (dissenting): The trial judge erred in failing to instruct the jury that no adverse inference could be drawn from P's silence. Whenever there is a significant risk — as the trial judge found in this case — that the jury will otherwise treat the accused's silence as evidence of guilt, an appropriate remedial direction ought to be given to the jury. That was not done here.

Standard instructions on the definition of evidence, the presumption of innocence, the Crown's burden of proof and the reasonable doubt standard will not suffice. That is particularly true where, as here, counsel for one accused has suggested unmistakably to the jury that the guilt of a co-accused may be inferred from that person's failure to testify.

As a matter of principle, there is no reason why counsel whose client has testified cannot refer to that fact and suggest this indicates the client is innocent and has "nothing to hide". Counsel may certainly emphasize as well that the client's testimony stands uncontradicted, even when the client asserts his or her own innocence

L'avocat n'aurait pas dû faire le commentaire qu'il a fait, mais le juge n'aurait pas laissé le procès suivre son cours s'il avait vraiment estimé que ces remarques avaient irrémédiablement compromis le droit de P à un procès équitable. Le juge a simplement poursuivi l'instance — avec l'assentiment de l'avocat de P, qui n'a pas demandé la tenue de procès distincts —, en se disant qu'il pourrait éliminer dans l'esprit des jurés l'idée que le silence de P au procès pouvait être invoqué comme preuve de sa culpabilité. Bien qu'une directive correctrice explicite de la part du juge du procès eût été préférable, considéré globalement, son exposé au jury était adéquat. Le jury aura compris que le ministère public ne pouvait établir la culpabilité de P que sur la foi de la preuve et que, comme le silence de P au procès ne constituait pas un élément de preuve, il ne pouvait être utilisé pour prouver que ce dernier était coupable.

En ce qui concerne la preuve par ouï-dire, l'erreur qu'a commise le juge du procès en l'admettant était inoffensive et le verdict n'aurait pu réalistement être différent même si l'erreur n'avait pas été faite. Le juge du procès a prévenu les jurés que cet élément de preuve devait être abordé avec circonspection et qu'ils disposaient d'autres éléments de preuve confirmative. En conséquence, nous sommes en présence d'un cas où la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* peut en toute confiance être appliquée pour confirmer la déclaration de culpabilité de P.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish et Cromwell (dissidents) : Le juge du procès a fait erreur en ne disant pas au jury qu'aucune inférence défavorable ne pouvait être tirée du silence de P. Une directive réparatrice adéquate doit être donnée au jury dès qu'il existe un risque important — tel celui constaté par le juge du procès en l'espèce — que, en l'absence d'une telle directive, le jury considère le silence de l'accusé comme une preuve de sa culpabilité. Cela n'a pas été fait en l'espèce.

Les directives habituellement données pour définir la preuve, la présomption d'innocence, le fardeau de preuve qui incombe au ministère public et le doute raisonnable ne suffisent pas. C'est particulièrement vrai dans les cas où, comme en l'espèce, l'avocat d'un accusé laisse clairement entendre au jury que la culpabilité d'un coaccusé peut s'inférer du défaut de celui-ci de témoigner.

En principe, rien n'empêche un avocat dont le client a témoigné de faire état de ce fait et de prétendre que cela tend à indiquer que ce dernier est innocent et « n'a rien à cacher ». Un avocat peut certainement souligner aussi que le témoignage de son client n'est pas contredit, même lorsque ce dernier clame son innocence et impute

and imputes guilt to the co-accused. The right to make full answer and defence is not constrained by the unfavourable impact its effective exercise may have on others in jeopardy of conviction. However, it is not absolute and cannot be exercised with total disregard for the constitutional rights of a co-accused, including that person's right not to have his or her silence treated as evidence of guilt.

In this case, the absence of a remedial direction is sufficient to require a new trial. Moreover, that error was exacerbated by the erroneous admission of hearsay evidence. On any view of the matter, neither of the errors committed by the trial judge can be characterized as trivial. In these circumstances, the Crown has not satisfied its onerous burden in invoking the curative proviso.

Cases Cited

By Fish J. (dissenting)

R. v. Noble, [1997] 1 S.C.R. 874; *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858; *McConnell v. The Queen*, [1968] S.C.R. 802; *Avon v. The Queen*, [1971] S.C.R. 650; *R. v. Biladeau* (2008), 93 O.R. (3d) 365; *R. v. Assoun*, 2006 NSCA 47, 244 N.S.R. (2d) 96; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523; *R. v. Naglik* (1991), 3 O.R. (3d) 385, rev'd [1993] 3 S.C.R. 122; *R. v. Pollock* (2004), 188 O.A.C. 37; *R. v. Oliver* (2005), 194 O.A.C. 284; *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751; *R. v. Sarrazin*, 2011 SCC 54, [2011] 3 S.C.R. 505; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Kehler*, 2004 SCC 11, [2004] 1 S.C.R. 328; *R. v. Brooks* (1998), 41 O.R. (3d) 661.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 4(6).
Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 16, 591(3)(b), 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Feldman, MacPherson, Blair and Juriansz J.J.A.), 2010 ONCA 423, 100 O.R. (3d) 401, 256 C.C.C. (3d) 355, 264 O.A.C. 174, 77 C.R. (6th) 52, [2010] G.S.T.C. 87, 2010 G.T.C. 1044, [2010] O.J. No. 2498 (QL), 2010 CarswellOnt 3899, upholding the convictions for fraud entered

à son coaccusé la responsabilité des faits reprochés. Le droit à une défense pleine et entière n'est pas limité par l'effet défavorable que pourrait avoir son exercice effectif sur d'autres personnes risquant une condamnation. Toutefois, ce droit n'est pas absolu pour autant, et il ne peut être exercé au mépris total des droits constitutionnels d'un coaccusé, y compris le droit de cette personne de garder le silence sans que son silence soit considéré comme une preuve de sa culpabilité.

En l'espèce, l'absence de directive correctrice est suffisante pour obliger la tenue d'un nouveau procès. De plus, cette erreur a été exacerbée par l'admission erronée d'une preuve par oui-dire. Quel que soit l'angle par lequel on les aborde, aucune des erreurs commises par le juge du procès ne saurait être qualifiée de négligeable. Dans ces circonstances, le ministère public n'a pas satisfait au lourd fardeau de preuve requis pour que s'applique la disposition réparatrice.

Jurisprudence

Citée par le juge Fish (dissident)

R. c. Noble, [1997] 1 R.C.S. 874; *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858; *McConnell c. The Queen*, [1968] R.C.S. 802; *Avon c. La Reine*, [1971] R.C.S. 650; *R. c. Biladeau* (2008), 93 O.R. (3d) 365; *R. c. Assoun*, 2006 NSCA 47, 244 N.S.R. (2d) 96; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; *R. c. Naglik* (1991), 3 O.R. (3d) 385, inf. par [1993] 3 R.C.S. 122; *R. c. Pollock* (2004), 188 O.A.C. 37; *R. c. Oliver* (2005), 194 O.A.C. 284; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751; *R. c. Sarrazin*, 2011 CSC 54, [2011] 3 R.C.S. 505; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Kehler*, 2004 CSC 11, [2004] 1 R.C.S. 328; *R. c. Brooks* (1998), 41 O.R. (3d) 661.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 16, 591(3)(b), 686(1)(b)(iii).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 4(6).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Feldman, MacPherson, Blair et Juriansz), 2010 ONCA 423, 100 O.R. (3d) 401, 256 C.C.C. (3d) 355, 264 O.A.C. 174, 77 C.R. (6th) 52, [2010] G.S.T.C. 87, 2010 G.T.C. 1044, [2010] O.J. No. 2498 (QL), 2010 CarswellOnt 3899, qui a maintenu les déclarations de culpabilité pour

by Corbett J., [2005] G.S.T.C. 135, [2005] O.J. No. 1824 (QL), 2005 CarswellOnt 3201. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and LeBel, Fish and Cromwell JJ. dissenting.

Russell Silverstein and Ingrid Grant, for the appellant.

Jennifer M. Woollcombe and Ivan S. Bloom, Q.C., for the respondent.

James C. Martin and Richard Kramer, for the intervener the Attorney General of Canada.

Sylvain Leboeuf and Gilles Laporte, for the intervener the Attorney General of Quebec.

P. Andras Schreck and Lucy Saunders, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Frank Addario, Gerald Chan and Nader R. Hasan, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of Deschamps, Abella, Rothstein, Moldaver and Karakatsanis JJ. was delivered by

[1] MOLDAVER J. — The issue in this case is whether a trial judge is prohibited by s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5 (“CEA”), from affirming an accused’s right to silence. At trial, the Crown alleged that Mr. Prokofiew and his co-accused, Mr. Solty, participated in a fraudulent scheme involving the fictitious sale of heavy equipment to generate harmonized sales tax that was then not remitted to the federal government as required. The fraudulent nature of the scheme was never challenged. The involvement of Messrs. Prokofiew and Solty in the scheme was also conceded. The question for the jury was whether either or both accused were aware of the fraudulent nature of the scheme. Mr. Prokofiew did not testify, but was incriminated by Mr. Solty’s testimony. In his closing address, Mr. Solty’s counsel invited the jury to infer Mr. Prokofiew’s guilt from the latter’s failure to testify. The trial judge refrained from giving a remedial instruction to the jury about

fraude inscrites par le juge Corbett, [2005] G.S.T.C. 135, [2005] O.J. No. 1824 (QL), 2005 CarswellOnt 3201. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish et Cromwell sont dissidents.

Russell Silverstein et Ingrid Grant, pour l’appellant.

Jennifer M. Woollcombe et Ivan S. Bloom, c.r., pour l’intimée.

James C. Martin et Richard Kramer, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Sylvain Leboeuf et Gilles Laporte, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

P. Andras Schreck et Lucy Saunders, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association of Ontario.

Frank Addario, Gerald Chan et Nader R. Hasan, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement des juges Deschamps, Abella, Rothstein, Moldaver et Karakatsanis rendu par

[1] LE JUGE MOLDAVER — Il s’agit en l’espèce de décider si le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 (« LPC »), interdit au juge du procès de faire état du droit de l’accusé de garder le silence. Au procès, le ministère public a reproché à M. Prokofiew et à son coaccusé, M. Solty, d’avoir participé à un stratagème frauduleux de vente fictive de machinerie lourde afin de percevoir la taxe de vente harmonisée, laquelle n’a pas par la suite été remise au gouvernement fédéral comme elle devait l’être. Le caractère frauduleux du stratagème n’a jamais été contesté, et la participation de MM. Prokofiew et Solty à ce stratagème a été admise. Le jury devait déterminer si l’un ou l’autre des accusés, ou les deux, étaient au fait du caractère frauduleux du stratagème. Monsieur Prokofiew n’a pas témoigné, mais il a été incriminé par le témoignage de M. Solty. Dans son exposé final, l’avocat de M. Solty a invité le jury à inférer du défaut de M. Prokofiew de témoigner que celui-ci était coupable.

Mr. Prokofiew's right to silence. Mr. Prokofiew was convicted and sentenced ([2005] G.S.T.C. 135) and his appeal was dismissed by Doherty J.A. on behalf of a unanimous five-person panel of the Ontario Court of Appeal (2010 ONCA 423, 100 O.R. (3d) 401). Largely for the reasons given by Doherty J.A., I would dismiss Mr. Prokofiew's further appeal to this Court.

[2] I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Justice Fish and I agree with much of his analysis. Where I disagree with him is in the result. I will explain our disagreement and why the appeal should be dismissed, but before doing so, I will address the matters on which my colleague and I agree — albeit with some additional observations.

I. Matters of Agreement

[3] My colleague and I agree that s. 4(6) of the *CEA* does not prohibit a trial judge from affirming an accused's right to silence. In so concluding, I should not be taken — nor do I understand my colleague to suggest — that such an instruction must be given in every case where an accused exercises his or her right to remain silent at trial. Rather, it will be for the trial judge, in the exercise of his or her discretion, to provide such an instruction where there is a realistic concern that the jury may place evidential value on an accused's decision not to testify.

[4] In cases where the jury is given an instruction on the accused's right to remain silent at trial, the trial judge should, in explaining the right, make it clear to the jury that an accused's silence is not evidence and that it cannot be used as a makeweight for the Crown in deciding whether the Crown has proved its case. In other words, if, after considering the whole of the evidence, the jury is not satisfied that the charge against the accused has been proven beyond a reasonable doubt, the jury cannot look to

Le juge du procès s'est abstenu de donner au jury une directive correctrice à propos du droit de M. Prokofiew de garder le silence. Ce dernier a été reconnu coupable et condamné ([2005] G.S.T.C. 135). S'exprimant au nom d'une formation unanime de cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Doherty a rejeté son appel (2010 ONCA 423, 100 O.R. (3d) 401). En grande partie pour les motifs exposés par le juge d'appel Doherty, je suis d'avis de rejeter le pourvoi formé par M. Prokofiew devant notre Cour.

[2] J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Fish et, dans une large mesure, je souscris à son analyse. Je ne peux cependant pas me rallier au résultat qu'il propose. Je vais préciser la nature de notre désaccord ainsi que les raisons pour lesquelles l'appel devrait être rejeté, mais avant de le faire je vais examiner les points sur lesquels mon collègue et moi nous accordons — en formulant toutefois quelques observations additionnelles.

I. Points sur lesquels il y a accord

[3] Mon collègue et moi sommes d'accord pour dire que le par. 4(6) de la *LPC* n'interdit pas au juge du procès de faire état du droit de l'accusé de garder le silence. En concluant ainsi, je n'affirme pas — ni mon collègue d'ailleurs — qu'une telle directive doit être donnée chaque fois qu'un accusé exerce son droit de garder le silence au procès. Au contraire, il appartiendra au juge du procès, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de formuler une telle directive dans les cas où il est réaliste de craindre que le jury accorde à la décision d'un accusé de ne pas témoigner une certaine valeur probante.

[4] Dans les affaires où le jury reçoit une directive concernant le droit de l'accusé de garder le silence au procès, le juge qui explique ce droit doit indiquer clairement aux jurés que le silence d'un accusé ne constitue pas un élément de preuve et qu'il ne peut être utilisé, en faveur du ministère public, pour décider si celui-ci a oui ou non établi le bien-fondé de sa thèse. En d'autres mots, si après avoir examiné l'ensemble de la preuve les jurés ne sont pas convaincus que l'infraction reprochée à l'accusé a

the accused's silence to remove that doubt and give the Crown's case the boost it needs to push it over the line.

[5] The case at hand provides an example of a situation where such an instruction would be warranted — cut-throat defences where one accused testifies and points the finger at the other, while the other exercises his right not to testify. My colleague and I agree that, in summing up to the jury, Mr. Solty's counsel could have relied on the fact that his client had testified to argue that Mr. Solty was innocent and had "nothing to hide". Moreover, he could have emphasized that Mr. Solty's testimony stood uncontradicted and that the jury could consider this in assessing whether they believed his evidence or whether it left them in a state of reasonable doubt.

[6] What Mr. Solty's counsel could not do is mislead the jury on a matter of law. He could not invite the jury to use Mr. Prokofiew's silence at trial as evidence, much less evidence of guilt.

[7] In cases where there is a risk of counsel misleading the jury on a co-accused's right to remain silent at trial, trial judges would do well to spell out the governing principles and ensure that counsel's remarks conform to those principles. That way, the potential harm can be prevented from occurring, thereby sparing the need for a remedial instruction.

[8] In the context of the charge as a whole, I think it might be helpful to explain how a jury may use a lack of contradictory evidence in deciding whether the Crown has proved its case beyond a reasonable doubt.

[9] Apart from a few notable exceptions — such as when an accused raises the defence of not

été prouvée hors de tout doute raisonnable, il leur est interdit de prendre en compte le silence de l'accusé afin de dissiper le doute qu'ils entretiennent encore et de permettre ainsi à la preuve du ministère public de satisfaire à la norme applicable.

[5] La présente affaire constitue un exemple de situation où une telle directive serait justifiée — présentation de défenses agressives par des coaccusés, dont l'un témoigne et pointe l'autre du doigt, alors que ce dernier exerce son droit de ne pas témoigner. Tout comme mon collègue, j'estime que l'avocat de M. Solty aurait pu, dans son exposé au jury, invoquer le fait que son client avait témoigné et plaider que celui-ci était innocent et n'avait « rien à cacher ». En outre, il aurait pu souligner que le témoignage de ce dernier n'avait pas été contredit et que les jurés pouvaient prendre ce fait en considération lorsqu'ils se demanderaient s'ils croyaient le témoignage de son client ou si ce témoignage laissait planer un doute raisonnable dans leur esprit.

[6] Ce que l'avocat de M. Solty ne pouvait pas faire en revanche, c'était induire le jury en erreur sur une question de droit. Il ne pouvait pas inviter le jury à considérer le silence de M. Prokofiew au procès comme un élément de preuve, encore moins comme une preuve de la culpabilité de celui-ci.

[7] Dans les cas où il existe un risque qu'un avocat induise le jury en erreur quant au droit d'un coaccusé de garder le silence au procès, le juge serait bien avisé d'expliquer en détail les principes pertinents et de s'assurer que les remarques de l'avocat sont conformes à ces principes. De cette façon, il est possible d'empêcher le préjudice potentiel de se produire et ainsi d'éviter de devoir donner une directive correctrice.

[8] Dans le contexte de l'ensemble de l'exposé du juge au jury, il pourrait à mon avis être utile d'expliquer comment un jury peut utiliser l'absence de preuve contradictoire lorsqu'il décide si le ministère public a prouvé ses allégations hors de tout doute raisonnable.

[9] Sauf dans quelques cas notables — par exemple lorsqu'un accusé invoque la défense de

criminally responsible on account of a mental disorder under s. 16 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 — in every criminal trial, juries are instructed that an accused has no obligation to prove anything. The onus of proof rests upon the Crown from beginning to end and it never shifts.

[10] Juries are also told that in deciding whether the Crown has proved its case to the criminal standard, they are to look to the whole of the evidence — and, having done so, they may only convict if they are satisfied, on the basis of evidence they find to be both credible and reliable, that the Crown has established the accused's guilt beyond a reasonable doubt. In coming to that conclusion, a jury may not use an accused's silence at trial as evidence, much less evidence of guilt, and, where appropriate, the jury should be so instructed.

[11] That said, in assessing the credibility and reliability of evidence upon which the Crown can and does rely, a jury is entitled to take into account, among other things, the fact that the evidence stands uncontradicted, if that is the case — and the jury may be so instructed. Of course, the fact that evidence is uncontradicted does not mean that the jury must accept it, and an instruction to that effect should be given.

II. Is a New Trial Required?

A. *Failure to Instruct the Jury on the Appellant's Right to Silence*

[12] In the course of his closing address to the jury, which covered 23 pages of transcript, counsel for Mr. Solty incorporated the following rhetorical question into his remarks: "Did [Mr. Prokofiew] have something to hide or did he simply have no response that could help him since there is no point in trying to contradict the truth?" (A.R., vol. V, at p. 17). That comment was improper in that it

non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux au sens de l'art. 16 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 —, les jurés se font rappeler, à l'occasion de chaque procès criminel, que l'accusé n'est pas tenu de prouver quoi que ce soit. Le fardeau de la preuve incombe au ministère public du début à la fin, et il n'est jamais inversé.

[10] Le tribunal précise également aux jurés que, pour décider si le ministère public a prouvé ses allégations selon la norme de preuve applicable en matière criminelle, ils doivent tenir compte de l'ensemble de la preuve et que, au terme de cet examen, ils ne peuvent déclarer l'accusé coupable que s'ils sont convaincus, sur le fondement des éléments de preuve qu'ils estiment crédibles et fiables, que le ministère public a établi la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Pour arriver à cette conclusion, le jury ne peut considérer le silence d'un accusé au procès comme un élément de preuve, encore moins comme une preuve de culpabilité, et, lorsqu'il convient de le faire, une directive à cet effet doit être donnée au jury.

[11] Cela dit, lorsqu'il apprécie la crédibilité et la fiabilité de la preuve que le ministère public peut invoquer, et qu'il invoque effectivement, le jury est autorisé à tenir compte, entre autres, du fait que la preuve n'a pas été contredite, si c'est le cas — et une directive en ce sens peut lui être donnée. Bien sûr, le fait que la preuve ne soit pas contredite ne signifie pas que le jury doive l'accepter, et une directive à cet effet doit lui être formulée.

II. Un nouveau procès est-il nécessaire?

A. *Le défaut de donner des directives au jury quant au droit de l'appelant de garder le silence*

[12] Dans le cours de son exposé final au jury, dont la transcription compte 23 pages, l'avocat de M. Solty a formulé la question rhétorique suivante : [TRADUCTION] « Avait-il [M. Prokofiew] quelque chose à cacher, ou n'avait-il tout simplement rien à opposer qui puisse l'aider, puisqu'il est futile d'essayer de réfuter la vérité? » (d.a., vol. V, p. 17). Ce commentaire était inacceptable, parce qu'il invitait

implicitly invited the jury to treat Mr. Prokofiew's silence at trial as evidence of guilt. It should not have been made.

[13] I note that the trial judge took umbrage at the remarks made by Mr. Solty's counsel. Initially, he stated that he would provide the jury with a strong remedial instruction. The following day, in an oral ruling delivered moments before he commenced his charge, the trial judge ruled that he was constrained by s. 4(6) of the *CEA* from giving the jury an explicit remedial instruction. In the same ruling, he remarked that there was a "significant risk" the jury would infer guilt from Mr. Prokofiew's silence, if he did not "give a proper charge to the jury" (A.R., vol. I, at p. 7).

[14] Despite his strong language, I consider it significant that neither the trial judge, on his own motion, nor counsel who was acting for Mr. Prokofiew at the time, raised the prospect of severance. The option of severing Mr. Prokofiew's trial from Mr. Solty's was clearly open if the trial judge believed that severance was warranted in the interests of justice: *Criminal Code*, s. 591(3)(b) — and it would have solved the problem if, as Mr. Prokofiew now argues and my colleague accepts, the risk identified by the trial judge was so great that it could not be overcome by instructions tailored to address, albeit indirectly, the erroneous message conveyed by Mr. Solty's counsel. Presumably, Mr. Prokofiew's trial counsel ascribed to the view that the judge's instructions to the jury would suffice, and thus refrained from moving for severance. I prefer to view the matter that way, rather than to treat his failure to move for severance as a tactical decision designed to preserve a ground of appeal should things go badly at trial.

[15] As for the trial judge, I cannot accept that he would have allowed the trial against Mr. Prokofiew to proceed if he truly believed that the

implicitement le jury à considérer le silence de M. Prokofiew au procès comme une preuve de sa culpabilité. Il n'aurait pas dû être fait.

[13] Je tiens à souligner que le juge du procès s'est offusqué des remarques formulées par l'avocat de M. Solty. D'ailleurs, il a initialement déclaré qu'il donnerait au jury des directives correctrices non équivoques à cet égard. Le jour suivant, dans une décision de vive voix rendue quelques instants avant le début de son exposé, le juge du procès a statué que le par. 4(6) de la *LPC* lui interdisait de donner au jury une directive correctrice explicite. Dans la même décision, il a mentionné qu'il existait un [TRADUCTION] « risque important » que le jury puisse inférer du silence de M. Prokofiew que ce dernier était coupable des infractions reprochées, s'il ne « fai[sait] pas un exposé adéquat au jury » (d.a., vol. I, p. 7).

[14] Malgré les propos non équivoques du juge du procès, je considère important le fait que ni ce dernier de son propre chef, ni l'avocat qui représentait M. Prokofiew à l'époque n'ont soulevé la possibilité de juger séparément M. Prokofiew et M. Solty. Il était clairement possible de tenir des procès distincts si le juge du procès était convaincu que les intérêts de la justice commandaient une telle mesure : *Code criminel*, al. 591(3)b) — et cela aurait réglé le problème si, comme le prétend maintenant M. Prokofiew, prétention à laquelle souscrit mon collègue, le risque mentionné par le juge du procès était si grand qu'il ne pouvait pas être écarté par des directives visant à corriger, bien qu'indirectement, l'effet du message erroné communiqué par l'avocat de M. Solty. L'avocat de M. Prokofiew était sans doute d'avis que les directives du juge au jury suffiraient et, pour cette raison, il s'est abstenu de demander la tenue de procès distincts. Je préfère retenir cette interprétation de son omission de demander la tenue de procès distincts, plutôt que considérer qu'il s'agissait d'une décision tactique visant à se ménager un motif d'appel si les choses tournaient mal au procès.

[15] En ce qui concerne le juge du procès, je ne puis accepter qu'il aurait laissé le procès contre M. Prokofiew suivre son cours s'il avait vraiment

impugned remarks had irretrievably compromised Mr. Prokofiew's fair trial rights. On the contrary, I am satisfied that he proceeded — with the acquiescence of Mr. Prokofiew's trial counsel — on the belief that he could disabuse the jury of the notion that Mr. Prokofiew's silence at trial could be used as evidence of his guilt. And that, in my view, is precisely what the trial judge proceeded to do.

[16] My colleague states that the trial judge's instructions "left [the jury] to determine for themselves, with no assistance from the judge, the evidentiary and legal effect of Mr. Prokofiew's failure to testify at trial" (para. 87). He further contends that, absent an explicit instruction from the trial judge, "[w]e have no basis for supposing that the jury understood . . . which [of the two] counsel had stated the law correctly" (para. 89). With respect, I do not share his view that the jury was left on its own without guidance, relegated in the end to choose, presumably as a matter of guesswork, which of the two counsel had accurately stated the law.

[17] First, the jury was told by the trial judge that he (the trial judge) was supreme in the law and that they must take the law from him. The jury was also told that if they had questions, they were to put the questions in writing and the trial judge would answer them in open court.

[18] In view of those instructions, I believe that if the jury had been faced with the quandary my colleague poses — as to which of the two counsel, who had made "diametrically opposite submissions on a fundamental principle of law" (para. 88), they should believe — they would have asked the trial judge for clarification. I do not accept that they would have left the matter to guesswork or any other form of conduct that would indicate that the jury was being untrue to its oath.

[19] As it is, the jury did not ask a question about the two "diametrically opposite submissions". That

estimé que les remarques contestées avaient irrémédiablement compromis le droit de M. Prokofiew à un procès équitable. Au contraire, je suis convaincu qu'il a poursuivi l'instance — avec l'assentiment de l'avocat de M. Prokofiew — en se disant qu'il pourrait éliminer dans l'esprit des jurés l'idée que le silence de M. Prokofiew au procès pouvait être invoqué comme preuve de sa culpabilité. Et, selon moi, c'est précisément ce que le juge du procès a fait.

[16] Mon collègue affirme que, à la suite des directives du juge du procès, les jurés « ont été laissés à eux-mêmes et ont dû déterminer seuls, sans aide de la part du juge, les conséquences juridiques ainsi que les conséquences du point de vue de la preuve du défaut de M. Prokofiew de témoigner au procès » (par. 87). Il dit de plus que, en l'absence de directive explicite du juge, « [r]ien ne nous permet de penser que le jury a su déterminer [. . .] lequel des avocats avait exposé correctement le droit » (par. 89). Avec égards, je ne peux me rallier à l'opinion du juge Fish selon laquelle les jurés ont été laissés à eux-mêmes, sans directive, et qu'ils ont vraisemblablement été obligés, en fin de compte, de deviner lequel des deux avocats avait exposé correctement le droit.

[17] Premièrement, le juge du procès a dit aux jurés que c'était lui (le juge) qui avait le dernier mot sur le droit applicable et qu'ils devaient s'en remettre à lui à cet égard. Il leur a également dit que, s'ils avaient des questions, ils devaient les formuler par écrit et qu'il y répondrait en salle d'audience.

[18] À la lumière de ces directives, j'estime que si les jurés avaient fait face au dilemme évoqué par mon collègue — à savoir déterminer lequel des avocats, qui avaient tous deux présenté « des observations diamétralement opposées sur un principe juridique fondamental » (par. 88), ils devaient croire — ils auraient demandé des précisions au juge du procès. Je n'accepte pas l'idée qu'ils se seraient livrés à des conjectures ou à tout autre comportement indiquant qu'ils ne respectaient pas leur serment.

[19] En fait, le jury n'a pas posé de question au sujet des « observations diamétralement opposées »

leads to a second area of disagreement with my colleague. It relates to the instructions the jury received and whether those instructions, though not explicit, were sufficient to overcome the risk that the trial judge had flagged — that the jury would use Mr. Prokofiew’s silence at trial as evidence of guilt.

[20] As indicated, my colleague maintains that the jury received no assistance from the trial judge in this regard. They were “left free”, he maintains, “to treat Mr. Prokofiew’s failure to testify as evidence of his guilt and to convict him, at least in part, for that reason” (para. 92). With respect, I disagree. I prefer instead Doherty J.A.’s analysis of the instructions, and his conclusion that, considered in their entirety, the jury would have understood that the Crown could prove Mr. Prokofiew’s guilt only on the evidence, that his silence at trial did not constitute evidence, and that it could therefore not be used to infer guilt.

[21] As Doherty J.A. points out, the trial judge made it clear to the jury that the Crown carried the burden of proof throughout the proceedings and that there was no obligation on the part of Mr. Prokofiew to present evidence or prove anything. The trial judge also emphasized that the jury was to base its verdict on the evidence given during the trial and nothing else. Importantly, he defined “evidence” as being “[o]nly things that are admitted, the exhibits and the things witnesses say in testimony before you” (A.R., vol. V, at p. 143). Like Doherty J.A., I believe the jury would have understood from this that Mr. Prokofiew’s silence did not constitute evidence, and, as such, it could not be used in determining his guilt.

[22] My colleague points out that the trial judge did not give an explicit instruction to the jury about

des deux avocats. Cela m’amène à un deuxième point de désaccord avec mon collègue. Il a trait aux directives que le jury a reçues et à la question de savoir si, bien que non explicites, ces directives suffisaient pour écarter le risque que le juge du procès avait souligné — c’est-à-dire que le jury se serve du silence de M. Prokofiew au procès comme preuve de sa culpabilité.

[20] Comme je l’ai indiqué précédemment, mon collègue soutient que les jurés n’ont reçu aucune assistance de la part du juge du procès à cet égard. Selon lui, on les a « laissés libres de considérer le défaut de témoigner de M. Prokofiew comme une preuve de sa culpabilité et de le déclarer coupable, à tout le moins en partie, pour cette raison » (par. 92). En toute déférence, je ne suis pas d’accord. Je préfère plutôt l’analyse qu’a faite le juge Doherty des directives et sa conclusion selon laquelle le jury a compris de ces directives, considérées globalement, que le ministère public ne pouvait prouver la culpabilité de M. Prokofiew que sur la foi de la preuve disponible, que son silence au procès ne constituait pas un élément de preuve et qu’il ne pouvait donc pas être utilisé pour inférer que l’accusé était coupable.

[21] Comme le souligne le juge d’appel Doherty, le juge du procès a clairement expliqué au jury que le ministère public avait le fardeau de la preuve tout au long de l’instance, et que M. Prokofiew n’était aucunement tenu de présenter des éléments de preuve ou de prouver quoi que ce soit. Le juge du procès a également souligné que le jury devait fonder son verdict sur la preuve soumise durant le procès et sur rien d’autre. Fait important, il a défini la « preuve » comme étant [TRADUCTION] « [u]niquement les choses qui sont admises, les pièces et ce que les témoins disent dans leurs dépositions devant vous » (d.a., vol. V, p. 143). À l’instar du juge d’appel Doherty, j’estime que le jury a compris de ces explications que le silence de M. Prokofiew ne constituait pas une preuve et que, pour cette raison il ne pouvait être utilisé pour statuer sur la culpabilité.

[22] Mon collègue indique que le juge du procès n’a donné aux jurés aucune directive explicite

the impropriety of using Mr. Prokofiew's silence at trial as evidence of guilt. I agree. However, I do not agree that the jury received no assistance from the trial judge on the matter. On the contrary, I am satisfied that the trial judge implicitly endorsed the remarks Mr. Prokofiew's counsel made in direct response to the improper remarks made by Mr. Solty's counsel. At the very least, the trial judge went a long way in that direction.

[23] In response to the impugned remarks, counsel for Mr. Prokofiew juxtaposed other jurisdictions in the world where accused persons were required to disprove their guilt with the situation in Canada:

That is not, thankfully, the way things are done here in Canada. We have the luxury and we have the thankfulness that we have a system that requires the State to prove our guilt before a conviction or a finding of guilt can be entered.

In this situation, this is the situation why Mr. Prokofiew does not have to call evidence, and this is why Mr. Prokofiew did not call evidence. [A.R., vol. V, at p. 27]

[24] In his instructions to the jury, the trial judge picked up on this theme and endorsed it as follows:

Mr. Solty and Mr. Prokofiew do not have to present evidence or prove anything in this case. In particular, they do not have to prove that they are innocent of the crimes charged [*sic*]. From start to finish, it is the Crown that must prove guilt beyond a reasonable doubt. It is Crown counsel who must prove Mr. Solty's guilt and/or Mr. Prokofiew's guilt beyond a reasonable doubt, not Mr. Prokofiew or Mr. Solty who must prove their innocence. [A.R., vol. V, at p. 133]

Doherty J.A. observed that this jury instruction "tied the presumption of innocence into the burden of proof in a manner that spoke almost directly to the irrelevance of the appellant's failure to testify" (para. 49). I agree.

précisant qu'il leur était interdit de se servir du silence de M. Prokofiew au procès comme preuve de sa culpabilité. Je suis du même avis. Toutefois, je ne suis pas d'accord pour dire que les jurés n'ont reçu aucune assistance à cet égard de la part du juge du procès. Au contraire, je suis convaincu que le juge du procès a implicitement cautionné les remarques que l'avocat de M. Prokofiew a formulées en réponse directe aux commentaires inadmissibles de l'avocat de M. Solty. Il a à tout le moins fait un grand pas en ce sens.

[23] Répondant aux remarques litigieuses, l'avocat de M. Prokofiew a comparé la situation qui existe au Canada à celle qui existe dans d'autres pays du monde, où les accusés doivent prouver qu'ils ne sont pas coupables :

[TRADUCTION] Ce n'est heureusement pas ainsi que les choses se passent au Canada. Nous avons le luxe et la gratitude [*sic*] de disposer d'un système dans lequel l'État est tenu de prouver la culpabilité de l'accusé avant qu'une condamnation ou un verdict de culpabilité puisse être prononcé.

Dans cette situation, c'est la raison pour laquelle M. Prokofiew n'a pas à présenter de preuve, et c'est pourquoi il ne l'a pas fait. [d.a., vol. V, p. 27]

[24] Dans ses directives au jury, le juge du procès a repris cette idée et l'a approuvée en ces termes :

[TRADUCTION] M. Solty et M. Prokofiew ne sont pas tenus de présenter de preuve ou de prouver quoi que ce soit en l'espèce. De façon plus particulière, ils n'ont pas à prouver qu'ils n'ont pas commis les crimes reprochés. Du début à la fin, c'est le ministère public qui doit prouver hors de tout doute raisonnable la culpabilité des accusés. C'est à l'avocat du ministère public qu'il incombe d'établir hors de tout doute raisonnable que M. Solty et/ou M. Prokofiew sont coupables, et non à M. Prokofiew ou à M. Solty de prouver leur innocence. [d.a., vol. V, p. 133]

Le juge d'appel Doherty a fait remarquer que cette directive au jury [TRADUCTION] « avait su rattacher la présomption d'innocence au fardeau de la preuve de façon telle que cela revenait presque directement à dire que le fait que l'appelant n'avait pas témoigné n'était pas pertinent » (par. 49). Je partage cet avis.

[25] In the face of an instruction that effectively endorsed the remarks of Mr. Prokofiew's counsel on the very issue of concern, I fail to see how it can be said that the trial judge left the jury to cast about on its own, with free rein to treat Mr. Prokofiew's failure to testify as evidence of his guilt and to convict him, at least in part, for that reason.

[26] In sum, while I agree that an explicit remedial instruction from the trial judge would have been preferable — and would have been warranted in these circumstances — I am satisfied that the instructions that were given in the instant case, when considered as a whole, were adequate. Like Doherty J.A., I am confident that the jury would have understood, in the context of the entirety of the instructions, that the Crown could prove Mr. Prokofiew's guilt only on the evidence and, as Mr. Prokofiew's silence at trial did not constitute evidence, it could not be used to prove his guilt. However, I do not fault the trial judge for concluding — wrongly but understandably — that he was prohibited by s. 4(6) of the *CEA* from making any reference at all to Mr. Prokofiew's failure to testify. My colleague has addressed that matter and it should not pose a problem in future cases.

B. *Failure to Exclude Inadmissible Hearsay Evidence*

[27] The trial judge improperly admitted various cheque stubs and a deposit book into evidence. Crown counsel at trial alleged that the stubs and deposit book recorded cash payments to Mr. Prokofiew from Discount Sales, one of the commercial vehicles of the fraud. Defence counsel at trial disputed that the "E" to which the documents referred was his client, Ewaryst "Eddie" Prokofiew. In my opinion, the trial judge's error was minor and the verdict would inevitably have been the same had he not made it.

[25] En présence d'une directive approuvant concrètement les remarques de l'avocat de M. Prokofiew sur la question même qui nous occupe, je ne vois pas comment on peut affirmer que le juge du procès a abandonné les jurés à eux-mêmes, les laissant ainsi libres de considérer le défaut de M. Prokofiew de témoigner comme une preuve de sa culpabilité et de le déclarer coupable sur la base de ce motif, du moins en partie.

[26] En résumé, bien que je sois moi aussi d'avis qu'une directive correctrice explicite de la part du juge du procès aurait été préférable — et justifiée dans les circonstances —, je suis convaincu que, considérées globalement, les directives qui ont été données en l'espèce étaient adéquates. À l'instar du juge d'appel Doherty, je suis certain que le jury avait compris, à la lumière de l'ensemble des directives, que le ministère public ne pouvait établir la culpabilité de M. Prokofiew que sur la foi de la preuve et que, comme le silence de M. Prokofiew au procès ne constituait pas un élément de preuve, il ne pouvait être utilisé pour prouver que ce dernier était coupable. Toutefois, je ne reproche pas au juge du procès d'avoir conclu — à tort, mais d'une manière par ailleurs compréhensible — que le par. 4(6) de la *LPC* lui interdisait de formuler tout commentaire que ce soit au sujet du défaut de témoigner de M. Prokofiew. Mon collègue a traité de cette question et elle ne devrait pas poser de problèmes dans de futures affaires.

B. *Le défaut d'exclure la preuve par oui-dire inadmissible*

[27] Le juge du procès a à tort admis en preuve un certain nombre de talons de chèque ainsi qu'un livret de dépôt. L'avocat qui représentait le ministère public au procès a plaidé que les talons et le livret de dépôt constataient des paiements en liquide faits à M. Prokofiew par Discount Sales, l'une des sociétés utilisées comme instrument de la fraude. L'avocat de la défense au procès a prétendu que la lettre « E » figurant sur les documents ne désignait pas son client, Ewaryst « Eddie » Prokofiew. À mon avis, il s'agissait d'une erreur mineure de la part du juge du procès et, même s'il ne l'avait pas commise, le verdict aurait inévitablement été identique.

[28] My colleague, however, maintains that the admission of the impugned documents was sufficiently serious to preclude the application of the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. He points out that the Crown's case against Mr. Prokofiew rested almost entirely on the evidence of two disreputable witnesses, Messrs. Solty and Tulloch (the latter being a co-accused who had pled guilty before the trial of Messrs. Solty and Prokofiew and had since become a Crown witness). The jury was told to proceed with caution and to look for confirmatory evidence before acting on their testimony to convict Mr. Prokofiew. Depending on their assessment of the cheque stubs and deposit book, the jury was instructed that those items could constitute confirmatory evidence of Mr. Tulloch's testimony, which in turn would bear on the jury's evaluation of Mr. Solty's credibility. Hence, according to my colleague, the error was not harmless, because the jury "may [have relied] on the impugned evidence to take a small but critical first step in a chain of deductions leading to a finding of guilt" (para. 111).

[29] As indicated, I take a different view of the error. In my view, it was minor and the verdict would inevitably have been the same had it not been made.

[30] Importantly, the impugned documents did not stand alone. Other documentary items existed that lent support to the testimony of Messrs. Solty and Tulloch. These items included:

- sixteen invoices written by Mr. Prokofiew that set out the structure of the various fraudulent transactions;
- financial records confirming Mr. Tulloch's evidence that Mr. Prokofiew used Discount Sales to funnel portions of Mr. Tulloch's share of the illicit proceeds into

[28] Mon collègue soutient cependant que l'admission en preuve des documents contestés constitue une erreur suffisamment grave, qui fait obstacle à l'application de la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Il souligne que la preuve du ministère public contre M. Prokofiew reposait presque entièrement sur les dépositions de deux témoins peu recommandables, MM. Solty et Tulloch (ce dernier étant un coaccusé qui a plaidé coupable avant le procès de MM. Solty et Prokofiew et qui est depuis devenu témoin à charge). Les jurés ont été instruits de faire montre de prudence et de se demander s'il existait des éléments de preuve corroborante avant de se fonder sur les témoignages de ces personnes pour conclure à la culpabilité de M. Prokofiew. Ils ont également été avisés que, selon l'appréciation qu'ils feraient des talons de chèque et du livret de dépôt, ces éléments pourraient constituer des éléments de preuve confirmant le témoignage de M. Tulloch, témoignage qui à son tour pourrait influencer sur leur évaluation de la crédibilité de M. Solty. Par conséquent, selon mon collègue, l'erreur en question n'était pas inoffensive, parce que le jury « [a pu] s'appuyer sur [l']élément [contesté] pour tirer une première inférence limitée mais capitale dans une série de déductions menant à un verdict de culpabilité » (par. 111).

[29] Comme je l'ai indiqué plus tôt, je suis d'avis différent en ce qui concerne cette erreur. Selon moi, il s'agit d'une erreur mineure et, si elle n'avait pas été commise, le verdict aurait inévitablement été le même.

[30] Fait important, les documents contestés n'étaient pas les seules pièces documentaires. Il existait en effet d'autres éléments de preuve documentaire étayant les témoignages de MM. Solty et Tulloch, notamment les suivants :

- seize factures écrites par M. Prokofiew faisant état de la structure des diverses opérations frauduleuses;
- des registres financiers confirmant le témoignage de M. Tulloch selon lequel M. Prokofiew s'était servi de Discount Sales pour convertir une partie de la part de M. Tulloch

purchases of a motorcycle and a boat for Mr. Tulloch;

- the Articles of Incorporation for Discount Sales showed Mr. Prokofiew's home address as the address for the first director; and
- a document listed John O'Meara, Mr. Prokofiew's father-in-law, as the first director of Discount Sales.

[31] In respect of John O'Meara's directorship, his widow testified that he had nothing to do with the operation of the business. She further testified that her husband had no significant assets when he passed away.

[32] The various documentary items that I have listed, in conjunction with the testimony of Mrs. O'Meara, provided the jury with ample confirmatory evidence. The jury was entitled to rely on that evidence to restore its faith in Messrs. Soly and Tulloch and to act on their evidence to convict Mr. Prokofiew.

[33] Apart from the significant body of confirmatory evidence that existed over and above the impugned cheque stubs and deposit book, it is worth noting, for the purposes of assessing the seriousness of the error, that the trial judge cautioned the jury in strong terms that the cheque stubs were hearsay evidence and that it was not possible to cross-examine the person who had written the entries on them. He further told the jury that the stubs were "of dubious reliability" and that the jury "should approach them with great caution" (A.R., vol. V, at p. 162). After reviewing the factors that the jury might wish to consider in deciding what use to make of the cheque stubs, if any, the trial judge completed his remarks with a second strong warning. He reminded the jury that "[n]o witness [had] testified as to these cheque stubs" after reiterating the need to "approach [them] with caution" (A.R., vol. V, at p. 165).

dans les gains illicites afin d'acheter une motocyclette et un bateau à ce dernier;

- les statuts constitutifs de Discount Sales, dans lesquels l'adresse domiciliaire de M. Prokofiew correspondait à l'adresse du premier administrateur;
- une mention indiquant que John O'Meara, le beau-père de M. Prokofiew, était le premier administrateur de Discount Sales.

[31] Relativement au poste d'administrateur de John O'Meara, sa veuve a témoigné qu'il ne participait d'aucune façon à l'exploitation de l'entreprise. Elle a de plus affirmé que son mari ne possédait aucun actif important au moment de son décès.

[32] Conjugés au témoignage de M^{me} O'Meara, les divers éléments de preuve documentaire que j'ai énumérés ont constitué pour le jury une preuve confirmative amplement suffisante. Le jury était autorisé à se fonder sur cette preuve pour prêter foi aux témoignages de MM. Soly et Tulloch, et à s'appuyer sur ces témoignages pour déclarer M. Prokofiew coupable.

[33] Outre le nombre important d'éléments de preuve confirmative qui existaient en plus des talons de chèque et du livret de dépôt litigieux, il convient de souligner que, pour les besoins de l'appréciation de la gravité de l'erreur, le juge du procès a prévenu en termes non équivoques les jurés que les talons de chèque constituaient du ouï-dire et qu'il n'était pas possible de contre-interroger la personne qui avait fait les inscriptions sur ces documents. Il leur a de plus dit que les talons étaient [TRADUCTION] « d'une fiabilité douteuse » et qu'ils « devaient faire montre de beaucoup de circonspection à leur égard » (d.a., vol. V, p. 162). Après avoir passé en revue les facteurs que les jurés pourraient vouloir considérer pour décider quelle utilisation ils pouvaient faire des talons de chèque, s'ils choisissaient de le faire, le juge du procès a terminé son exposé par une deuxième mise en garde ferme sur cette question. Il leur a en effet rappelé qu'« aucun témoin [n'avait] déposé au sujet de ces talons de chèque », après avoir réitéré qu'ils devaient « faire montre de circonspection à leur égard » (d.a., vol. V, p. 165).

[34] In the face of those instructions and the other items of confirmatory evidence available to the jury, I cannot accept that the admission of the cheque stubs and deposit book amounted to a significant error. The error, in my view, was harmless in its overall effect — and I have no doubt that the verdict would have been the same had it not been made. Accordingly, this is a case where the curative proviso can safely be applied to uphold the conviction.

III. Conclusion

[35] Taking into account the entirety of the trial judge's instructions, I am satisfied that the jury would have understood that Mr. Prokofiew's silence at trial could not be used as evidence of his guilt. As for the trial judge's error in admitting the hear say evidence, in my view, the error was harmless and there is no realistic possibility that the verdict would have been different had it not been made.

[36] Accordingly, I would dismiss the appeal.

The reasons of McLachlin C.J. and LeBel, Fish and Cromwell JJ. were delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

[37] At the conclusion of their joint trial before judge and jury, Ewaryst Prokofiew and Peter Solty were both convicted of fraud and conspiracy to defraud the Government of Canada of \$3.25 million ([2005] G.S.T.C. 135).

[38] Mr. Prokofiew did not testify. Mr. Solty did, proclaiming his innocence and incriminating Mr. Prokofiew.

[39] In his closing address to the jury, Mr. Solty's counsel implied that Mr. Prokofiew's silence indicated that he had something to hide. There is no dispute as to the significance of counsel's words:

[34] À la lumière de ces directives et des autres éléments de preuve confirmative dont disposait le jury, je ne puis accepter que l'admission en preuve des talons de chèque et du livret bancaire a constitué une erreur importante. Cette erreur n'a eu, selon moi, qu'un effet global inoffensif — et je n'ai aucun doute que le verdict aurait été identique même si l'erreur n'avait pas été commise. En conséquence, nous sommes en présence d'un cas où la disposition réparatrice peut en toute confiance être appliquée pour confirmer la déclaration de culpabilité.

III. Conclusion

[35] Compte tenu de l'ensemble des directives données par le juge du procès, je suis convaincu que le jury a compris que le silence de M. Prokofiew au procès ne pouvait pas être utilisé comme preuve de sa culpabilité. En ce qui concerne l'erreur qu'a commise le juge du procès en admettant la preuve par ouï-dire, je suis d'avis qu'il s'agit d'une erreur inoffensive et que le verdict n'aurait pu réalistement être différent même si elle n'avait pas été faite.

[36] Par conséquent, je rejetterais le pourvoi.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Fish et Cromwell rendus par

LE JUGE FISH (dissident) —

I

[37] Au terme d'un procès conjoint devant juge et jury, Ewaryst Prokofiew et Peter Solty ont été déclarés coupables de fraude et de complot en vue de frauder le gouvernement du Canada ([2005] G.S.T.C. 135). La somme concernée était de 3,25 millions de dollars.

[38] Monsieur Prokofiew n'a pas témoigné, mais M. Solty l'a fait, proclamant son innocence et incriminant M. Prokofiew.

[39] Dans son exposé final au jury, l'avocat de M. Solty a laissé entendre que le silence de M. Prokofiew indiquait que celui-ci avait quelque chose à cacher. La teneur des propos de l'avocat

The Crown concedes in its factum that “counsel for Mr. Solty suggested [to the jury] that [Mr. Prokofiew] *had not testified because he was guilty of the alleged offences*” (R.F., at para. 2 (emphasis added)).

[40] The trial judge recognized that no such inference was permitted and he wanted to make this clear to the jury. He concluded there was a “significant risk” that the jury might otherwise, as suggested by Mr. Solty’s counsel, infer from Mr. Prokofiew’s silence that he was guilty as charged (A.R., vol. I, at p. 7).

[41] In response to defence counsel’s request for a “strong [remedial] direction”, the trial judge replied: “You can count on it” (A.R., vol. V, at p. 92).

[42] “[T]here are few rights more fundamental than the right to remain silent”, the judge added, “and it must be made clear to the jury . . . that they may not consider Mr. Prokofiew’s silence . . . as indicative of guilt when they come to considering his guilt or innocence” (A.R., vol. V, at p. 92).

[43] After considering two decisions of this Court, however, the trial judge held — wrongly but understandably, as we shall see — that he was prohibited by s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, from making any reference at all to Mr. Prokofiew’s failure to testify. He therefore refrained from giving the remedial instruction that he had earlier thought necessary to prevent the jury from drawing the impermissible inference they had been invited to draw by Mr. Solty’s counsel.

[44] The Court of Appeal for Ontario, correctly in my view, held that s. 4(6) prohibits comments *prejudicial to the accused* — but not the remedial instruction requested by defence counsel and contemplated by the judge (2010 ONCA 423, 100 O.R. (3d) 401). The Court of Appeal held as well, again correctly, that the trial judge had erred in

n’est pas contestée : le ministère public concède dans son mémoire que [TRADUCTION] « l’avocat de M. Solty a suggéré [au jury] que [M. Prokofiew] *n’avait pas témoigné parce qu’il était coupable des infractions reprochées* » (m.i., par. 2 (italiques ajoutés)).

[40] Le juge du procès a reconnu qu’aucune inférence de la sorte n’est permise, et il voulait l’indiquer clairement au jury. Il a conclu qu’il existait un [TRADUCTION] « risque important » qu’en l’absence d’instruction de sa part le jury puisse inférer du silence de M. Prokofiew que ce dernier était coupable des infractions reprochées, comme l’insinuait l’avocat de M. Solty (d.a., vol. I, p. 7).

[41] À l’avocat de la défense, qui sollicitait une [TRADUCTION] « directive [correctrice] non équivoque », le juge du procès a répondu ceci : « Vous pouvez compter là-dessus » (d.a., vol. V, p. 92).

[42] Le juge a ajouté que [TRADUCTION] « peu de droits sont plus fondamentaux que le droit de garder le silence » et qu’« il fallait clairement indiquer aux jurés [. . .] qu’ils ne peuvent considérer le silence de M. Prokofiew comme un signe de culpabilité lorsqu’ils s’interrogent sur sa culpabilité ou son innocence » (d.a., vol. V, p. 92).

[43] Toutefois, après avoir examiné deux arrêts de notre Cour, le juge du procès a conclu — erronément mais de manière compréhensible, comme nous le verrons —, que le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, lui interdisait tout commentaire au sujet du défaut de M. Prokofiew de témoigner. En conséquence, il s’est abstenu de formuler la directive correctrice qu’il avait précédemment jugée nécessaire pour éviter que le jury ne tire l’inférence prohibée que l’avocat de M. Solty l’invitait à tirer.

[44] La Cour d’appel de l’Ontario a, à juste titre selon moi, conclu que le par. 4(6) interdit les commentaires *préjudiciables à l’accusé* — mais non la directive correctrice demandée par la défense et envisagée par le juge (2010 ONCA 423, 100 O.R. (3d) 401). Elle a également jugé, toujours à bon droit, que le juge du procès avait fait erreur en admettant

admitting hearsay evidence. It is undisputed in this Court that the hearsay evidence was inadmissible and ought to have been excluded.

[45] The Court of Appeal nonetheless dismissed Mr. Prokofiew's appeal on the ground that both errors were harmless. With respect, I am of a different view. For the reasons that follow, I would quash Mr. Prokofiew's conviction, allow the appeal and order a new trial.

II

[46] Having concluded that a new trial should be had, I shall refer to the facts only to the extent necessary to explain my conclusion.

[47] Mr. Prokofiew and Mr. Solty were alleged by the Crown to have participated knowingly in a fraudulent scheme involving the sale of non-existent "heavy equipment" between the Maritimes and Ontario. Harmonized Sales Tax (HST) was collected on these fictitious sales but never remitted to the government. In all, the perpetrators of the scheme defrauded the Government of Canada of more than three million dollars.

[48] It was uncontested at trial that the scheme was fraudulent and that Mr. Prokofiew and Mr. Solty had both participated in it. The only live issue was whether they were aware of its fraudulent nature.

[49] Mr. Solty testified that he was an innocent participant. He was induced, he said, to participate in the fraud by Mr. Prokofiew, who orchestrated the scheme.

[50] Mr. Prokofiew did not testify.

[51] In his address to the jury, counsel for Mr. Solty contrasted in the following terms Mr. Prokofiew's silence with Mr. Solty's decision to testify:

It's clear that Mr. Solty never ran and [n]ever tried to hide from his involvement in this case. . . . And when

des éléments de preuve par oui-dire. Personne n'a contesté devant notre Cour que cette preuve était inadmissible et qu'elle aurait dû être écartée.

[45] La Cour d'appel a néanmoins rejeté l'appel de M. Prokofiew, pour le motif que ces deux erreurs n'avaient entraîné aucun préjudice. Avec égards, je suis d'avis contraire. Pour les motifs qui suivent, j'annulerais le verdict de culpabilité de M. Prokofiew, j'accueillerais l'appel et j'ordonnerais un nouveau procès.

II

[46] Ayant conclu qu'un nouveau procès s'impose, je ne ferai mention des faits que dans la mesure nécessaire pour expliquer ma conclusion.

[47] Le ministère public a soutenu que MM. Prokofiew et Solty avaient sciemment participé à un stratagème frauduleux de vente de « machinerie lourde » inexistante entre les Maritimes et l'Ontario. La taxe de vente harmonisée a été perçue à l'égard de ces ventes fictives, mais elle n'a jamais été remise au gouvernement. En tout, les auteurs de ce stratagème auraient fraudé le gouvernement du Canada de plus de trois millions de dollars.

[48] Au procès, personne n'a contesté que ce stratagème était frauduleux et que MM. Prokofiew et Solty y avaient tous deux participé. La seule question litigieuse consistait à décider si ceux-ci étaient conscients de la nature frauduleuse de ces opérations.

[49] Monsieur Solty a témoigné qu'il était un participant innocent, affirmant qu'il avait été incité à prendre part à la fraude par M. Prokofiew, qui avait orchestré le stratagème.

[50] Pour sa part, M. Prokofiew n'a pas témoigné.

[51] Dans son exposé au jury, l'avocat de M. Solty a opposé en ces termes la décision de M. Solty de témoigner et celle de M. Prokofiew de garder le silence :

[TRADUCTION] Il est clair que M. Solty ne s'est jamais dérobé et n'a jamais essayé de cacher sa participation

it came to his turn to tell his side of the story, he did not, like Ewaryst Prokofiew, shirk from that challenge. And why did he do all this? Especially when there was absent no obligation for him to do anything? Because, I suggest, he had nothing to hide. Because he's innocent. Innocent people don't make themselves scarce when the troubles begin. They stand up with their friends and colleagues and try and deal with the problem. I suggest to you that at every turn, Peter Solty acted in a manner that is consistent with an innocent person.

. . .

Lastly, Peter Solty took the stand and told his story, warts and all. Ewaryst Prokofiew did not. Mr. Solty accused him of massive monetary fraud, and backed up that accusation with the hand-written invoices and other documentation that he provided to the police. What was Mr. Prokofiew's response? Ask yourself why Ewaryst Prokofiew did not testify. Did he have something to hide or did he simply have no response that could help him since there is no point in trying to contradict the truth? [A.R., vol. V, at pp. 10-11 and 16-17]

[52] The trial judge was concerned that these comments could undermine Mr. Prokofiew's right to a fair trial. As earlier mentioned, he felt there was a "significant risk" that the jury would infer that Mr. Prokofiew's silence could be taken as evidence of guilt, in contravention of *R. v. Noble*, [1997] 1 S.C.R. 874 (A.R., vol. I, at p. 7). It was therefore necessary, said the judge, to make clear to the jury that no such inference was permitted — "that they may not consider Mr. Prokofiew's silence . . . as indicative of [his] guilt" (A.R., vol. V, at p. 92).

[53] However, after hearing submissions and reviewing *Noble* and *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858, the trial judge concluded that s. 4(6) of the *Canada Evidence Act* precluded him from commenting *in any way* on an accused's silence at trial. He therefore made no reference in his jury instructions to Mr. Prokofiew's failure to testify.

dans cette affaire. [. . .] Et quand est venu son tour de donner sa version des faits, contrairement à Ewaryst Prokofiew il ne s'est pas soustrait à cette tâche. Et pourquoi a-t-il fait tout ça? Surtout qu'il n'avait aucune obligation de faire quoi que ce soit? La raison, je vous dirais, c'est qu'il n'avait rien à cacher. Parce qu'il est innocent. Les gens innocents ne s'enfuient pas devant les difficultés. Ils se tiennent debout avec leurs amis et collègues et essaient de résoudre le problème. J'affirme que Peter Solty s'est à tous égards comporté comme on s'y attendrait d'une personne innocente.

. . .

Enfin, Peter Solty s'est présenté à la barre et a donné sa version, sans esquiver les aspects moins reluisants. Ewaryst Prokofiew ne l'a pas fait. M. Solty l'a accusé d'avoir perpétré une fraude énorme, accusation qu'il a étayée par les factures manuscrites et autres documents qu'il avait fournis à la police. Quelle a été la réponse de M. Prokofiew? Demandez-vous pourquoi Ewaryst Prokofiew n'a pas témoigné. Avait-il quelque chose à cacher, ou n'avait-il tout simplement rien à opposer qui puisse l'aider, puisqu'il est futile d'essayer de réfuter la vérité? [d.a., vol. V, p. 10-11 et 16-17]

[52] Le juge du procès a craint que ces propos puissent porter atteinte au droit de M. Prokofiew à un procès équitable. Comme je l'ai mentionné précédemment, il pensait qu'il existait un [TRADUCTION] « risque important » que les jurés concluent que le silence de M. Prokofiew pouvait être considéré comme une preuve de sa culpabilité, contrairement aux prescriptions de l'arrêt *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874 (d.a., vol. I, p. 7). Il était donc nécessaire, a précisé le juge, d'expliquer clairement aux jurés qu'une telle inférence n'était pas permise — [TRADUCTION] « qu'ils ne pouvaient considérer le silence de M. Prokofiew [. . .] comme une indication de [sa] culpabilité » (d.a., vol. V, p. 92).

[53] Toutefois, après avoir entendu les plaidoiries et examiné les arrêts *Noble* et *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858, le juge du procès a conclu que le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada* lui interdisait de commenter *de quelque manière que ce soit* le silence d'un accusé au procès. Il n'a en conséquence fait aucune mention dans ses directives au jury du défaut de témoigner de M. Prokofiew.

[54] The Court of Appeal agreed with the trial judge that Sopinka J. did state in *Noble* and *Crawford* that s. 4(6) prohibits any mention of the accused's failure to testify. However, Doherty J.A., speaking for a unanimous Court, found that Justice Sopinka's statements to this effect in both *Noble* and *Crawford* were *obiter dicta*.

[55] Justice Doherty recognized that lower courts should presume that *obiter dicta* of the Supreme Court are binding upon them (para. 21). And he then proceeded to explain, persuasively and with care, why that presumption was inapplicable in this instance.

[56] Justice Doherty first noted that the impugned *obiter dicta* were plainly inconsistent with the *ratio decidendi* of decisions predating *Crawford* and *Noble* — in particular, *McConnell v. The Queen*, [1968] S.C.R. 802, and *Avon v. The Queen*, [1971] S.C.R. 650.

[57] One reason for treating *obiter* as binding is to preserve and promote certainty in the law. Yet to do so here would have the opposite effect. It would disregard precedent that was not questioned in *Crawford*, *Noble* or subsequent decisions of the Supreme Court — and, indeed, applied recently and consistently at the appellate level in Ontario, and elsewhere in Canada (para. 29, citing, *inter alia*, *R. v. Biladeau* (2008), 93 O.R. (3d) 365 (C.A.), at para. 20, and *R. v. Assoun*, 2006 NSCA 47, 244 N.S.R. (2d) 96, at paras. 285-88).

[58] Justice Doherty noted as well that the comments in *Crawford* and *Noble* relied on by the judge in this case were not only tangential (para. 36), but entirely inconsistent with the “constitutional vision” articulated in *Noble* itself (para. 39).

[59] The Court of Appeal therefore concluded that the trial judge had misconstrued s. 4(6) of the

[54] À l'instar du juge du procès, la Cour d'appel a estimé que le juge Sopinka avait effectivement affirmé dans *Noble* et *Crawford* que le par. 4(6) interdit toute mention du défaut de témoigner d'un accusé. Toutefois, exprimant l'opinion unanime de la Cour d'appel, le juge Doherty a conclu qu'il s'agissait dans les deux cas de remarques incidentes.

[55] Le juge d'appel Doherty a reconnu que les juridictions inférieures doivent présumer qu'elles sont liées par les remarques incidentes de la Cour suprême (par. 21). Il s'est ensuite employé à expliquer, de manière convaincante et méticuleuse, pourquoi cette présomption ne s'appliquait pas en l'espèce.

[56] Il a d'abord souligné que les remarques incidentes en question étaient nettement incompatibles avec la *ratio decidendi* d'arrêts antérieurs à *Crawford* et *Noble* — en particulier les arrêts *McConnell c. The Queen*, [1968] R.C.S. 802, et *Avon c. La Reine*, [1971] R.C.S. 650.

[57] D'ailleurs, l'une des raisons pour lesquelles on considère les remarques incidentes comme obligatoires, c'est pour protéger et favoriser la certitude du droit. Or, on obtiendrait le résultat inverse si on le faisait en l'espèce, car on se trouverait à faire abstraction de décisions qui n'ont pas été remises en question dans *Crawford*, *Noble* ou d'autres arrêts postérieurs de la Cour suprême — et qui ont d'ailleurs été appliquées avec constance, et ce, encore récemment par des cours d'appel en Ontario et ailleurs au Canada (par. 29, citant, entre autres, *R. c. Biladeau* (2008), 93 O.R. (3d) 365 (C.A.), par. 20, et *R. c. Assoun*, 2006 NSCA 47, 244 N.S.R. (2d) 96, par. 285-288).

[58] Le juge Doherty a également indiqué que les commentaires tirés des arrêts *Crawford* et *Noble* sur lesquels le juge du procès s'est appuyé dans la présente affaire avaient non seulement un caractère indirect (par. 36), mais ils étaient tout à fait incompatibles avec la [TRADUCTION] « vision constitutionnelle » exposée dans *Noble* lui-même (par. 39).

[59] La Cour d'appel a par conséquent conclu que le juge du procès avait mal interprété le par. 4(6) de

Canada Evidence Act and could properly have instructed the jury not to draw an adverse inference from Mr. Prokofiew's silence. The court recognized that "no one knows for sure what the jury used or did not use", but found that the absence of a remedial instruction would only be fatal where the "appellant shows a real risk that his silence was misused" (para. 42).

[60] The Court of Appeal concluded that Mr. Prokofiew had not discharged this burden. Relying on the judge's charge as a whole, and more particularly on passages to which I shall later refer, the court was satisfied that the absence of a specific remedial instruction did not amount to reviewable error in this case.

[61] A second ground of appeal raised by Mr. Prokofiew in the Court of Appeal was likewise dismissed. It concerned the admission by the trial judge of hearsay documents that, according to the Crown, implicated Mr. Prokofiew in the fraud. The Crown conceded before the Court of Appeal that this evidence was inadmissible and should therefore have been excluded.

[62] Justice Doherty described the inadmissible hearsay as nothing more than "a small brick in a very large wall built by the evidence offered by the Crown against the appellant" (para. 57). And he concluded that the second error, like the first, was not fatal, since "the rest of the evidence presented an overwhelming case" (para. 57).

[63] In the result, the Court of Appeal found that the erroneous admission of the hearsay evidence "caused no substantial wrong or miscarriage of justice" (para. 54), applied the curative *proviso* of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and dismissed Mr. Prokofiew's appeal.

III

[64] *Noble* establishes that a trier of fact may not draw an adverse inference from the accused's failure to testify and that the accused's silence at trial

la *Loi sur la preuve au Canada* et qu'il aurait à bon droit pu ordonner au jury de ne tirer aucune conclusion défavorable du silence de M. Prokofiew. Elle a reconnu que [TRADUCTION] « personne ne sait avec certitude ce que le jury a utilisé ou n'a pas utilisé », mais elle a jugé que l'absence de directive correctrice ne serait fatale que dans les cas où « l'appelant démontre l'existence d'un risque réel que son silence ait été utilisé erronément » (par. 42).

[60] La Cour d'appel a jugé que M. Prokofiew ne s'était pas acquitté de ce fardeau. Se fondant sur l'ensemble de l'exposé du juge au jury et, plus particulièrement, sur certains passages dont je ferai état plus loin, la cour a dit être convaincue que l'absence de directive correctrice n'avait pas constitué une erreur donnant ouverture à révision.

[61] Un autre motif d'appel invoqué par M. Prokofiew en Cour d'appel a lui aussi été rejeté. Ce motif se rapportait à l'admission par le juge du procès de documents constituant du ouï-dire et qui, selon le ministère public, impliquaient M. Prokofiew dans la fraude. Devant la Cour d'appel, le ministère public a concédé que cette preuve était inadmissible et aurait donc dû être écartée.

[62] Le juge Doherty a affirmé que cette preuve par ouï-dire inadmissible n'était guère plus qu'[TRADUCTION] « une petite brique dans le très gros mur que formait la preuve produite contre l'appelant par le ministère public » (par. 57). Il a en outre conclu que cette seconde erreur, tout comme la première, n'était pas fatale, étant donné que « le reste de la preuve était accablant » (par. 57).

[63] En définitive, la Cour d'appel a jugé que l'utilisation erronée de la preuve par ouï-dire n'avait entraîné [TRADUCTION] « ni tort important ni erreur judiciaire grave » (par. 54), puis elle a appliqué la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et rejeté l'appel de M. Prokofiew.

III

[64] L'arrêt *Noble* établit que le juge des faits ne peut tirer de conclusion défavorable du défaut d'un accusé de témoigner, et que le silence de celui-ci au

may not be treated as evidence of guilt. To do so would violate the presumption of innocence and the right to silence. It would to that extent and for that reason shift the burden of proof to the accused, turning the accused's constitutional right to silence into a "snare and a delusion" (*Noble*, at para. 72).

[65] We are now urged by the Crown to overrule *Noble*. Upon careful consideration of Crown counsel's full and able argument, and the helpful submissions of all counsel on this issue, I would decline to do so.

[66] I see no persuasive reason to overturn *Noble*. *Noble* is a recent and important precedent regarding a fundamental constitutional principle. The Court's decision in that case is constitutionally mandated and has not proven unworkable in practice. Nothing of significance has occurred since 1997 to cause the Court to reconsider its decision. And it is well established that the Court must exercise particular caution in contemplating the reversal of a precedent where the effect, as here, would be to diminish the protection of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 44.

[67] These questions remain: Does s. 4(6) of the *Canada Evidence Act* prohibit any comment at all by the trial judge on the failure of the accused to testify — as the trial judge found in this case? If not, what can trial judges tell juries about the failure of an accused to testify? Was a remedial instruction required in this case? If so, is the absence of a remedial instruction fatal to the verdict?

[68] Section 4(6) of the *Canada Evidence Act* provides:

The failure of the person charged, or of the wife or husband of that person, to testify shall not be made the subject of comment by the judge or by counsel for the prosecution.

procès ne peut être considéré comme une preuve de sa culpabilité. Le faire porterait atteinte à la présomption d'innocence ainsi qu'au droit de garder le silence. Dans cette mesure et pour cette raison, cela aurait pour effet de transférer à l'accusé le fardeau de la preuve et à « tendre un piège » à un accusé qui exercerait son droit constitutionnel au silence (*Noble*, par. 72).

[65] Le ministère public nous exhorte aujourd'hui à écarter *Noble*. Après avoir examiné attentivement l'argumentation compétente et exhaustive de l'avocat du ministère public, ainsi que les observations utiles de tous les avocats sur cette question, je n'entends pas accéder à cette demande.

[66] Je ne vois aucune raison convaincante d'écarter l'arrêt *Noble*. Il constitue un précédent important et récent concernant un principe constitutionnel fondamental. La décision qu'a rendue la Cour dans cette affaire est dictée par la Constitution et elle ne s'est pas révélée inapplicable en pratique. Depuis 1997, il n'est rien survenu d'important qui justifierait notre Cour de reconsidérer sa décision. Qui plus est, il est bien établi que la Cour doit se montrer particulièrement prudente lorsque le fait d'écarter un précédent aurait pour effet, comme en l'espèce, de réduire la protection accordée par la *Charte canadienne des droits et libertés* : *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 44.

[67] Il reste à répondre aux questions suivantes. Est-ce que le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada* interdit au juge du procès de formuler quelque commentaire que ce soit à propos du défaut de témoigner d'un accusé — comme a conclu le juge du procès en l'espèce? Dans le cas contraire, que peut dire le juge au jury à ce sujet? Une directive correctrice était-elle nécessaire dans le présent cas? Dans l'affirmative, l'absence d'une telle directive porte-t-elle un coup fatal au verdict?

[68] Le paragraphe 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada* est rédigé ainsi :

Le défaut de la personne accusée, ou de son conjoint, de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat du poursuivant.

[69] In *Crawford*, Justice Sopinka stated that s. 4(6) “encompasses both comment prejudicial to the accused, as well as a direction that the jury must not draw an unfavourable conclusion from the accused’s failure to testify” (para. 22).

[70] And he reiterated this observation in *Noble*:

Section 4(6), whose validity is not at issue in the present case, prevents a trial judge from commenting on the silence of the accused. The trial judge is therefore prevented from instructing the jury on the impermissibility of using silence to take the case against the accused to one that proves guilt beyond a reasonable doubt. [para. 95]

[71] I agree with Justice Doherty that both comments were *obiter dicta*. Section 4(6) was not at issue in either *Crawford* or *Noble*. *Crawford* dealt with what an accused or defence counsel may say in relation to a co-accused’s pre-trial silence, while *Noble* held that an accused’s silence at trial cannot be used as evidence of guilt.

[72] In both cases, Justice Sopinka’s references to s. 4(6) merely formed part of his description of the legislative background in describing ancillary issues relating to an accused’s silence. His comments were brief and unnecessary to the result. *Dicta* of this sort may be set aside where, as in this instance, there are good reasons to do so: *Henry*, at para. 57.

[73] First, the impugned observations in *Noble* and *Crawford* ignored — indeed, contradicted — judgments of the Court that explicitly defined and applied s. 4(6) (*McConnell*, at p. 809; *Avon*, at p. 655; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525, at pp. 557-58). These well-established precedents cannot be taken to have been overruled without mention — *en passant*, as it were — by *obiter* comments in *Crawford* and *Noble*.

[69] Dans l’arrêt *Crawford*, le juge Sopinka a déclaré que le par. 4(6) « vise aussi bien une observation préjudiciable à l’accusé qu’une directive selon laquelle le jury ne doit pas tirer une conclusion défavorable du fait que l’accusé n’a pas témoigné » (par. 22).

[70] Il a réitéré cette observation dans *Noble* :

Le paragraphe 4(6), dont la validité n’est pas en cause dans le présent pourvoi, interdit au juge du procès de faire des commentaires sur le défaut de témoigner de l’accusé. Le juge du procès ne peut donc pas donner au jury de directives concernant l’interdiction de s’appuyer sur le silence de l’accusé pour considérer que la preuve établit sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. [par. 95]

[71] À l’instar du juge d’appel Doherty, je suis d’avis que ces deux commentaires constituaient des remarques incidentes. En effet, le par. 4(6) n’était en cause ni dans *Crawford* ni dans *Noble*. Le premier arrêt portait sur ce qu’un accusé ou un avocat de la défense est autorisé à dire au sujet du silence d’un coaccusé avant le procès, tandis que dans le second il a été jugé que le silence d’un accusé au procès ne peut être invoqué comme preuve de sa culpabilité.

[72] Dans les deux pourvois, le juge Sopinka a fait mention du par. 4(6) simplement pour exposer le contexte législatif de certaines questions accessoires relatives au silence d’un accusé. Ses commentaires ont été brefs et n’étaient pas essentiels au résultat. De telles remarques incidentes peuvent être écartées lorsqu’il existe, comme en l’espèce, de bonnes raisons de le faire : *Henry*, par. 57.

[73] Premièrement, les observations contestées dans *Noble* et *Crawford* ne tenaient pas compte — et d’ailleurs allaient à l’encontre — de jugements de notre Cour qui avaient explicitement défini et appliqué explicitement le par. 4(6) (*McConnell*, p. 809; *Avon*, p. 655; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, p. 557-558). Cette jurisprudence bien établie ne saurait avoir été écartée sans mention à cet effet — *en passant*, pour ainsi dire — par des remarques incidentes formulées dans *Crawford* et *Noble*.

[74] Second, as *McConnell*, *Avon* and *Potvin* demonstrate, a purposive interpretation of s. 4(6) compels the conclusion that trial judges may inform the jury of the accused's right to silence and the protection it affords. More specifically, applying *Noble*, trial judges may instruct the jury that, as a matter of law, no adverse inference may be drawn from the failure of the accused to testify.

[75] In *McConnell*, the trial judge instructed the jury that there was no onus on an accused to testify and that they should not be influenced in their decision by the accused's silence at trial (p. 815). In rejecting the contention that the trial judge's instructions contravened s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* (now s. 4(6)), Ritchie J. explained:

Here the language used by the trial judge to which objection is taken was not so much a "comment" on the failure of the persons charged to testify as a statement of their right to refrain from doing so, and it does not appear to me that it should be taken to have been the intention of Parliament in enacting s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* to preclude judges from explaining to juries the law with respect to the rights of accused persons in this regard. . . .

I think it is to be assumed that the section in question was enacted *for the protection of accused persons against the danger of having their right not to testify presented to the jury in such fashion as to suggest that their silence is being used as a cloak for their guilt.* [Emphasis added; p. 809.]

[76] *Avon* dealt with a similar instruction. And the Court again rejected a submission that s. 4(5) (now s. 4(6)) prohibits any mention by the trial judge of the accused's silence at trial:

. . . I would say that the language used by [the trial judge] is a "statement" of an accused's right not to testify, rather than a "comment" on his failure to do so. In my opinion, the instructions complained of cannot be construed as prejudicial to the accused or such as to suggest to the jurors that his silence was used to cloak his guilt. [p. 655]

[77] Similarly, in *Potvin*, Wilson J. held that s. 4(5) (now s. 4(6)) must be interpreted in a

[74] Deuxièmement, comme le démontrent les arrêts *McConnell*, *Avon* et *Potvin*, l'interprétation téléologique du par. 4(6) oblige à conclure que le juge du procès peut informer le jury du droit au silence d'un accusé et de la protection qui en découle. Plus précisément, le juge peut, suivant *Noble*, dire au jurés que le droit leur interdit de tirer quelque conclusion défavorable que ce soit du défaut de témoigner de l'accusé.

[75] Dans *McConnell*, le juge du procès avait indiqué aux jurés qu'un accusé n'est pas tenu de témoigner et que le silence de ce dernier au procès ne devait pas influencer leur décision (p. 815). Rejetant l'argument selon lequel ces directives du juge contrevenaient au par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada* (l'actuel par. 4(6)), le juge Ritchie a donné les explications suivantes :

[TRADUCTION] Ici, les termes dans lesquels le juge de première instance s'est exprimé, et qu'on lui reproche, ne sont pas tant un « commentaire » sur l'abstention des accusés de rendre témoignage qu'un énoncé de leur droit de s'en abstenir; je ne crois pas qu'on puisse conclure qu'en édictant le par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*, le Parlement a eu l'intention d'empêcher les juges d'expliquer aux jurés les règles de droit quant aux droits des accusés sur ce point. . . .

Je pense qu'il faut tenir pour acquis que l'article en question a été adopté *pour protéger les accusés du danger d'avoir leur droit de ne pas témoigner présenté au jury de manière à suggérer que leur silence est utilisé pour masquer leur culpabilité.* [Italiques ajoutés; p. 809.]

[76] *Avon* portait sur une directive analogue. Encore une fois, la Cour n'a pas retenu l'argument selon lequel le par. 4(5) (l'actuel par. 4(6)) interdit au juge du procès toute mention relative au silence d'un accusé :

. . . je dirais que le langage employé par [le juge du procès] est plutôt un « énoncé » du droit d'un prévenu de s'abstenir de témoigner qu'un « commentaire » sur son abstention de ce faire. À mon avis, les instructions reprochées ne sont pas susceptibles d'une interprétation préjudiciable à l'accusé ou aptes à suggérer aux jurés que son silence fut utilisé pour masquer sa culpabilité. [p. 655]

[77] De même, dans l'arrêt *Potvin*, le juge Wilson a statué que le par. 4(5) (l'actuel par. 4(6)) doit être

purposive and not literal manner. Properly understood, it prohibits only statements prejudicial to the accused (pp. 557-58).

[78] Quite properly, the Crown has conceded before us that s. 4(6) should be interpreted in accordance with *McConnell, Avon* and *Potvin*.

[79] In short, s. 4(6) of the *Canada Evidence Act* does not prohibit an affirmation by the trial judge of the accused's right to silence. And, in appropriate circumstances, an instruction that no adverse inference may be drawn from the silence of the accused at trial is not a prohibited "comment" on the accused's failure to testify within the meaning of that provision.

IV

[80] I turn now to consider whether the trial judge in this case erred in failing to instruct the jury that no adverse inference could be drawn from the appellant's failure to testify. Unlike the Court of Appeal, and with the greatest of respect, I believe that he did. And I believe as well that this error, though understandable in light of *Crawford* and *Noble*, is fatal to the jury's verdict.

[81] The Court of Appeal recognized that "no one knows for sure what the jury used or did not use", but found that the absence of a remedial instruction would only be fatal where the "appellant shows a real risk that his silence was misused" (para. 42).

[82] In concluding that Mr. Prokofiew had not discharged that burden, the Court of Appeal pointed to various passages of the judge's charge. Essentially, in the passages considered by the Court of Appeal (paras. 46-48), the trial judge instructed the jury that their verdict must be based on "the evidence put before you, and only on that evidence" (A.R., vol. V, at p. 125); that both Mr. Prokofiew and Mr. Solty were presumed

interprété de manière téléologique et non littérale. Selon le sens qu'il convient de lui donner, cette disposition prohibe uniquement les commentaires préjudiciables à l'accusé (p. 557-558).

[78] Devant nous, le ministère public a à juste titre reconnu que le par. 4(6) doit être interprété conformément aux arrêts *McConnell, Avon* et *Potvin*.

[79] En résumé, le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada* n'interdit pas au juge du procès de faire état du droit de l'accusé au silence. En outre, lorsque les circonstances le justifient, une directive précisant qu'aucune inférence défavorable ne peut être tirée du silence de l'accusé ne constitue pas un « commentaire » prohibé au sujet du défaut de témoigner au sens de cette disposition.

IV

[80] Je passe maintenant à la question de savoir si le juge du procès a fait erreur en ne disant pas au jury qu'aucune inférence défavorable ne pouvait être tirée du défaut de l'appellant de témoigner. Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par la Cour d'appel, j'estime que le juge du procès a commis une erreur. De plus, j'estime que cette erreur — bien que compréhensible à la lumière des arrêts *Crawford* et *Noble* — est néanmoins fatale pour le verdict du jury.

[81] La Cour d'appel a reconnu que [TRADUCTION] « nul ne sait avec certitude ce que le jury a utilisé ou n'a pas utilisé », mais elle a jugé que l'absence de directive correctrice ne serait fatale que dans les cas où « l'appellant démontre l'existence d'un risque réel que son silence ait été utilisé erronément » (par. 42).

[82] Se reportant à divers passages de l'exposé du juge au jury, la Cour d'appel a conclu que M. Prokofiew n'avait pas fait cette démonstration. Essentially, dans les passages en question (par. 46-48) le juge du procès a indiqué aux jurés qu'ils devaient fonder leur verdict [TRADUCTION] « sur la preuve qui [leur avait] été présentée et uniquement sur cette preuve » (d.a., vol. V, p. 125), que MM. Prokofiew et Solty devaient tous deux être

innocent throughout the trial; that they did not have to prove their innocence; and that the presumption of their innocence “is only defeated if and when Crown counsel has satisfied all of you, beyond a reasonable doubt, that either or both Mr. Prokofiew and Mr. Solty are guilty of either or both of the crimes with which they are each charged” (p. 132).

[83] Relying on the entirety of the judge’s instructions, and notably on the instructions mentioned, the court was satisfied “that the jury would understand that the Crown could prove the appellant’s guilt based only on the evidence, and that the appellant’s silence at trial — or indeed, any other non-evidentiary matter — could not be used to infer the appellant’s guilt” (para. 51).

[84] The Court of Appeal also characterized as a “direct response” (para. 44) to the prejudicial comments by counsel for Mr. Solty, the following passages from the closing address of counsel for Mr. Prokofiew:

Mr. Prokofiew, as [counsel for Mr. Solty] pointed out, chose not to testify in this case. There are many jurisdictions in the world that are, frankly, not as kind as ours; that when a person has an allegation against them, that they have to stand up; you’re alleged to do this; or you prove to us, you tell us why you are not guilty. That is not, thankfully, the way things are done here in Canada. We have the luxury and we have the thankfulness that we have a system that requires the State to prove our guilt before a conviction or a finding of guilt can be entered.

In this situation, this is the situation why Mr. Prokofiew does not have to call evidence, and this is why Mr. Prokofiew did not call evidence. In the context of [counsel for Mr. Solty’s] statement, well, yes, Mr. Solty testified, but with respect, Mr. Solty had no choice but to testify. He was implicated at every turn of these transactions. He was in transactions up to his neck. And as a result, with respect to him, he had no choice but to take the stand. In response to Mr. Prokofiew, as I will mention in my submission, the evidence comes down to

présumés innocents pendant tout le procès, qu’ils n’avaient pas à prouver leur innocence et que la présomption d’innocence « ne serait réfutée que si le ministère public [les] convainquait tous hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de MM. Prokofiew et Solty ou encore de l’un ou l’autre d’entre eux, et ce, à l’égard des deux crimes dont chacun d’eux est accusé ou de l’un de ces crimes » (p. 132).

[83] Se fondant sur l’ensemble des directives données par le juge, notamment celles susmentionnées, la Cour d’appel a dit être convaincue que [TRADUCTION] « le jury avait compris que le ministère public ne pouvait établir la culpabilité que sur la foi de la preuve et qu’il ne pouvait utiliser le silence de l’appelant au procès — ni d’ailleurs quelque autre élément ne constituant pas de la preuve — pour conclure à la culpabilité de l’appelant » (par. 51).

[84] La Cour d’appel a aussi qualifié de [TRADUCTION] « réponse directe » (par. 44) aux commentaires préjudiciables de l’avocat de M. Solty les passages suivants de l’exposé final de l’avocat de M. Prokofiew :

[TRADUCTION] Monsieur Prokofiew, comme l’a signalé [l’avocat de M. Solty], a décidé de ne pas témoigner. Il y a beaucoup de pays dans le monde qui, franchement, ne sont pas aussi bienveillants que le nôtre; où, lorsque les gens sont accusés de quelque chose, ils doivent se lever et répondre aux accusations; on vous reproche d’avoir fait quelque chose; alors vous devez prouver, vous devez dire pourquoi vous n’êtes pas coupable. Ce n’est heureusement pas ainsi que les choses se passent au Canada. Nous avons le luxe et la gratitude [*sic*] de disposer d’un système dans lequel l’État est tenu de prouver la culpabilité de l’accusé avant qu’une condamnation ou un verdict de culpabilité puisse être prononcé.

Dans cette situation, c’est la raison pour laquelle M. Prokofiew n’a pas à présenter de preuve, et c’est pourquoi il ne l’a pas fait. Pour ce qui est de la déclaration de [l’avocat de M. Solty], eh bien, oui, M. Solty a témoigné, mais, avec égards, je dirais qu’il n’avait pas le choix. Il était impliqué dans chaque aspect de ces opérations. Il était dans les opérations jusqu’au cou. En conséquence, il n’avait pas d’autre choix que de témoigner. Pour ce qui est de M. Prokofiew, comme je le mentionne dans mon argumentation, la preuve se résume au

the evidence of Mr. Tulloch, and juxtaposed by the evidence of Peter Solty. With the greatest respect to them, their evidence does not come close to establishing guilt beyond a reasonable doubt in this case. And in the context of what Mr. Solty testified to will simply adjust the position of the evidence of Mr. Tulloch. Nothing more, nothing less. [A.R., vol. V, at pp. 27-28]

[85] With respect, unlike the Court of Appeal, I believe these comments by counsel for Mr. Prokofiew lend little curative weight to the absence of a remedial instruction by the trial judge.

[86] It is true that “[a]ppellate review of the trial judge’s charge will encompass the addresses of counsel as they may fill gaps left in the charge” (*R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, at para. 58). However, we are not dealing in this case with a failure by the trial judge to mention evidence that is brought to the jury’s attention by counsel in their closing submissions. Nor are we concerned with uncontested or uncontroversial matters inadvertently omitted from the judge’s charge. Or with any other gap of the kind contemplated by *Daley*.

[87] That is not our case. Here, the jurors were faced with *conflicting* comments by counsel that complicated — rather than complemented — the “gap” in the judge’s charge. They were left to determine for themselves, with no assistance from the judge, the evidentiary and legal effect of Mr. Prokofiew’s failure to testify at trial.

[88] It is true that the addresses of counsel may in some circumstances adequately complement the judge’s charge. But that cannot be so where counsel for two antagonistic accused make diametrically opposite submissions on a fundamental principle of law, as in this case.

[89] We have no basis for supposing that the jury understood, in the absence of an explicit instruction

témoignage de M. Tulloch, auquel se juxtapose celui de Peter Solty. Soit dit avec le plus grand respect, leur témoignage est loin d’établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable en l’espèce. Et dans le contexte de la teneur du témoignage de M. Solty, ce témoignage ne fait que moduler celui de M. Tulloch. Rien de plus rien de moins. [d.a., vol. V, p. 27-28]

[85] Avec égards, contrairement à la Cour d’appel, je crois que ces commentaires de l’avocat de M. Prokofiew font très peu pour combler l’absence de directive correctrice de la part du juge du procès.

[86] Il est vrai que « [l]’examen en appel de l’exposé au jury portera aussi sur les plaidoiries des avocats qui pourraient en combler les lacunes » (*R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 58). Toutefois, nous ne sommes pas en présence d’un cas où le juge du procès a omis de faire état d’éléments de preuve que les avocats ont porté à l’attention du jury dans leur exposé final. Il n’est pas question non plus de points non contestés ou non controversés que le juge aurait, par inadvertance, omis d’aborder dans son exposé, ou de quelque autre lacune envisagée dans *Daley*.

[87] Il ne s’agit de rien de cela en l’espèce. Dans la présente affaire, les jurés se trouvaient plutôt devant des commentaires *contradictaires* des avocats, commentaires qui compliquaient — au lieu de combler — les « lacunes » de l’exposé du juge. Les jurés ont été laissés à eux-mêmes et ont dû déterminer seuls, sans aide de la part du juge, les conséquences juridiques ainsi que les conséquences du point de vue de la preuve du défaut de M. Prokofiew de témoigner au procès.

[88] Il est vrai que, dans certaines circonstances, les plaidoiries des avocats peuvent compléter adéquatement l’exposé du juge. Toutefois, cela n’est pas possible dans les cas où, comme en l’espèce, les avocats représentant des accusés s’opposant mutuellement formulent des observations diamétralement opposées sur un principe juridique fondamental.

[89] Rien ne nous permet de penser que le jury a su déterminer, malgré l’absence de directive

by the judge, which counsel had stated the law correctly. The jury had no informed reason to believe one lawyer rather than the other. The guiding hand of the trial judge was essential — and absent.

[90] Most importantly, *neither* the judge’s instructions cited by the Court of Appeal *nor* the comments by counsel for Mr. Prokofiew address the impermissibility of drawing an adverse inference from Mr. Prokofiew’s silence.

[91] The essence of the matter is that Mr. Solty’s counsel had invited the jurors to draw the impermissible inference that Mr. Prokofiew was using his silence to “cloak his guilt” (*Avon*, at p. 655). In the Crown’s words, “[he] suggested [to the jury] that [Mr. Prokofiew] had not testified because he was guilty of the alleged offences” (R.F., at para. 2).

[92] The impugned comments by Mr. Solty’s counsel, as the trial judge recognized, cried out for an explicit, remedial instruction. They received no remedial instruction at all. I agree with the Court of Appeal that “no one knows for sure what the jury used or did not use” (para. 42). What we do know for sure is that they were left free to treat Mr. Prokofiew’s failure to testify as evidence of his guilt and to convict him, at least in part, for that reason.

[93] In my respectful view, this alone is fatal to their verdict.

[94] Trial judges must take care to ensure that the right to silence becomes neither a snare nor a delusion (*Noble*, at para. 72). To this end, whenever there is a “significant risk” — as the trial judge found in this case — that the jury will otherwise treat the silence of the accused as evidence of guilt, an appropriate remedial direction ought to be given to the jury. That was not done here.

explicite du juge, lequel des avocats avait exposé correctement le droit. Le jury ne disposait d’aucune assise rationnelle l’incitant à croire un des avocats plus que l’autre. L’assistance du juge du procès était dès lors essentielle, mais elle ne s’est pas matérialisée.

[90] Fait plus important encore, *ni* les directives du juge qu’a citées la Cour d’appel *ni* les commentaires de l’avocat de M. Prokofiew ne font état de l’interdiction de tirer une inférence négative du silence de ce dernier.

[91] Le nœud du problème vient du fait que l’avocat de M. Solty a invité les jurés à inférer — alors que cela leur était interdit — que M. Prokofiew choisissait de garder le silence pour « masquer sa culpabilité » (*Avon*, p. 655). Pour reprendre les propos du ministère public, [TRADUCTION] « [il] a laissé entendre [au jury] que [M. Prokofiew] n’avait pas témoigné parce qu’il était coupable des infractions reprochées » (m.i., par. 2).

[92] Comme l’a reconnu le juge du procès, les commentaires reprochés à l’avocat de M. Solty commandaient une directive correctrice explicite. Les jurés n’en ont reçu aucune. Je suis d’accord avec la Cour d’appel pour dire que [TRADUCTION] « nul ne sait avec certitude ce que le jury a utilisé ou n’a pas utilisé » (par. 42). Ce dont nous sommes certains, cependant, c’est que le juge les a laissés libres de considérer le défaut de témoigner de M. Prokofiew comme une preuve de sa culpabilité et de le déclarer coupable, à tout le moins en partie, pour cette raison.

[93] À mon avis, ce facteur porte à lui seul un coup fatal au verdict des jurés.

[94] Le juge qui préside un procès doit veiller à ce que le droit au silence ne devienne pas un piège pour l’accusé (*Noble*, par. 72). À cette fin, il doit donner au jury une directive réparatrice adéquate dès qu’il existe un [TRADUCTION] « risque important » — tel celui constaté par le juge du procès en l’espèce — que, en l’absence d’une telle directive, le jury considère le silence de l’accusé comme une preuve de sa culpabilité. Cela n’a pas été fait en l’espèce.

[95] Standard instructions on the definition of evidence, the presumption of innocence, the Crown's burden of proof, and the reasonable doubt standard will not suffice. That is particularly true where, as here, counsel for one accused has suggested unmistakably to the jury that the guilt of a co-accused may be inferred from that person's failure to testify.

V

[96] The judgment of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Naglik* (1991), 3 O.R. (3d) 385, rev'd on other grounds, [1993] 3 S.C.R. 122, has been cited as authority for the proposition that counsel may comment on the failure of a co-accused to testify (for example, by the Court of Appeal in this case, at para. 12; see also *Crawford*, at para. 24; *R. v. Pollock* (2004), 188 O.A.C. 37, at para. 149; *R. v. Oliver* (2005), 194 O.A.C. 284, at para. 65).

[97] This aspect of the matter has not been fully canvassed in the courts below. And the outcome of this appeal does not turn on whether the Court of Appeal in *Naglik* was correct. I therefore think it sufficient for present purposes to make clear that *Naglik* does not support the proposition that counsel may invite the jury to use a co-accused's silence at trial as evidence of guilt, as Mr. Solty's counsel did in this case.

[98] First, *Naglik* was decided several years before *Noble*. The Court of Appeal found that the impugned comment by counsel in that case was, at the time, correct in law (see p. 395). Second, in *Naglik* the Court of Appeal went on to say that counsel may not "encourage the jury to speculate or draw unwarranted inferences" (p. 397). What was an unwarranted inference then is an impermissible inference now, in virtue of *Noble*. Third, this Court expressly declined in *Naglik* to determine whether counsel may refer to the failure of a co-accused to testify (p. 137).

[95] Les directives habituellement données pour définir la preuve, la présomption d'innocence, le fardeau de preuve qui incombe au ministère public et le doute raisonnable ne suffisent pas. C'est particulièrement vrai dans les cas où, comme en l'espèce, l'avocat d'un accusé laisse clairement entendre au jury que la culpabilité d'un coaccusé peut s'inférer du défaut de celui-ci de témoigner.

V

[96] L'arrêt *R. c. Naglik* (1991), 3 O.R. (3d) 385, de la Cour d'appel de l'Ontario (infirmé pour d'autres raisons, [1993] 3 R.C.S. 122), a été invoqué au soutien de l'argument voulant qu'un avocat puisse commenter le défaut de témoigner d'un coaccusé (notamment par la Cour d'appel en l'espèce, au par. 12; voir aussi *Crawford*, par. 24; *R. c. Pollock* (2004), 188 O.A.C. 37, par. 149; *R. c. Oliver* (2005), 194 O.A.C. 284, par. 65).

[97] Cet aspect de la question n'a pas été débattu en profondeur devant les juridictions inférieures. De plus, l'issue du présent pourvoi ne dépend pas de la question de savoir si la Cour d'appel avait ou non raison dans l'affaire *Naglik*. Par conséquent, il m'apparaît suffisant, pour les besoins du présent pourvoi, d'indiquer clairement que *Naglik* ne permet pas d'affirmer qu'un avocat peut, comme l'a fait l'avocat de M. Solty en l'espèce, inviter le jury à considérer le silence d'un coaccusé au procès comme une preuve de sa culpabilité.

[98] Premièrement, l'affaire *Naglik* a été tranchée plusieurs années avant *Noble*. La Cour d'appel a jugé que les commentaires reprochés à l'avocat dans cette affaire étaient, à l'époque, conformes au droit applicable (voir p. 395). Deuxièmement, dans *Naglik* la Cour d'appel a ajouté qu'un avocat ne peut « encourager le jury à se livrer à des conjectures ou à tirer des inférences injustifiées » (p. 397). Ce qui était alors considéré comme une inférence injustifiée est aujourd'hui devenu, par l'effet de l'arrêt *Noble*, une inférence prohibée. Enfin, dans *Naglik*, notre Cour a expressément refusé de trancher la question de savoir si un avocat peut faire état du défaut d'un coaccusé de témoigner (p. 137).

[99] As a matter of principle, I see no reason why counsel whose client has testified cannot refer to that fact and suggest this indicates the client is innocent and has “nothing to hide”. Counsel may certainly emphasize as well that the client’s testimony stands uncontradicted, even when the client asserts his or her own innocence and imputes guilt to the co-accused.

[100] The right to make full answer and defence is not constrained by the unfavourable impact its effective exercise may have on others in jeopardy of conviction. It is, however, not absolute and cannot be exercised with total disregard for the constitutional rights of a co-accused, including that person’s right not to have his or her silence treated as evidence of guilt.

VI

[101] It is uncontested that the trial judge erred in law by admitting hearsay evidence that ought to have been excluded.

[102] The impugned evidence consisted of cheque stubs and a deposit book. The Crown alleged at trial that the stubs and deposit book recorded cash payments made to Mr. Prokofiew from Discount Sales, one of the commercial vehicles of the fraud. Counsel for Mr. Prokofiew disputed that the “E” to which the documents referred was his client, Ewaryst “Eddie” Prokofiew.

[103] While conceding that the hearsay evidence should have been excluded, the Crown submits that its erroneous admission is of negligible significance. As we shall see, I am of a different view.

VII

[104] We are urged by the Crown to apply the curative *proviso* of s. 686(1)(b)(iii) if we conclude, as I would, that the trial judge erred in law in failing to give the jury the remedial instruction requested by defence counsel and, again, in admitting the hearsay evidence that ought to have been excluded.

[99] En principe, je ne vois pas pourquoi un avocat dont le client a témoigné ne pourrait faire état de ce fait et prétendre que cela tend à indiquer que ce dernier est innocent et « n’a rien à cacher ». Un avocat peut certainement souligner aussi que le témoignage de son client n’est pas contredit, même lorsque ce dernier clame son innocence et impute à son coaccusé la responsabilité des faits reprochés.

[100] Le droit à une défense pleine et entière n’est pas limité par l’effet défavorable que pourrait avoir son exercice effectif sur d’autres personnes risquant une condamnation. Toutefois, ce droit n’est pas absolu pour autant, et il ne peut être exercé au mépris total des droits constitutionnels d’un coaccusé, y compris le droit de cette personne de garder le silence sans que son silence soit considéré comme une preuve de sa culpabilité.

VI

[101] Personne ne conteste le fait que le juge du procès a commis une erreur de droit en admettant une preuve par ouï-dire qui aurait dû être écartée.

[102] La preuve contestée était composée de talons de chèque et d’un livret de dépôt. Au procès, le ministère public a prétendu que ces pièces constataient des paiements en liquide faits à M. Prokofiew par Discount Sales, l’une des sociétés utilisées comme instrument de la fraude. L’avocat de M. Prokofiew a plaidé que le « E » inscrit sur les documents ne désignait pas son client, Ewaryst « Eddie » Prokofiew.

[103] Bien qu’il concède que cette preuve par ouï-dire aurait dû être écartée, le ministère public soutient que son admission n’a eu qu’une portée négligeable. Comme on le verra, je ne suis pas de cet avis.

VII

[104] Le ministère public exhorte la Cour à appliquer la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) si elle conclut, comme je serais disposé à le faire, que le juge du procès a commis une erreur de droit, d’une part en ne donnant pas au jury la directive correctrice sollicitée par l’avocat de la défense et, d’autre part, en admettant la preuve par ouï-dire qui aurait dû être exclue.

[105] It is now well established that the *proviso* may only be applied where the Crown satisfies the court that the evidence of the appellant's guilt is overwhelming or that the trial judge's errors of law were harmless because there is "no realistic possibility that a new trial would produce a different verdict" (*R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751, at para. 46; *R. v. Sarrazin*, 2011 SCC 54, [2011] 3 S.C.R. 505, at paras. 23-24). I am not satisfied that the Crown has discharged its burden in this case.

[106] The Court of Appeal held that the case against Mr. Prokofiew was "overwhelming" (para. 57). This conclusion overlooks the fact that the strength of the Crown's case depends on the credibility of the two witnesses who incriminated Mr. Prokofiew, both disreputable. And it rests on the assumption that neither of the judge's errors of law has any bearing on their credibility, tainted to begin with.

[107] I refer, of course, to the co-accused, Mr. Solty, and to Andrew Tulloch, a Crown witness. Mr. Tulloch had pleaded guilty prior to the trial. They alone asserted that Mr. Prokofiew was the architect of the fraudulent scheme. None of the Crown's other witnesses had dealt with Mr. Prokofiew directly or were able to attest to his knowing participation in the fraud. Some documentary evidence demonstrated Mr. Prokofiew's involvement in the transactions. But nothing in the documents or elsewhere — independent of Mr. Solty and Mr. Tulloch's testimony — showed conclusively that he conducted them with fraudulent intent.

[108] It was, of course, open to the jury to consider the testimony of Mr. Solty and Mr. Tulloch credible. Quite properly, however, the trial judge warned the jury against resting its verdict on their uncorroborated evidence. Mr. Tulloch was a *Vetrovec* witness (*Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811). The trial judge therefore instructed the

[105] Il est maintenant bien établi que cette disposition réparatrice ne peut être appliquée que dans les cas où le ministère public convainc la Cour que la preuve de la culpabilité de l'appelant est accablante ou encore lorsque les erreurs de droit du juge du procès étaient inoffensives, étant donné qu'il n'y a alors « aucune possibilité réaliste qu'un nouveau procès aboutisse à un verdict différent » (*R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751, par. 46; *R. c. Sarrazin*, 2011 CSC 54, [2011] 3 R.C.S. 505, par. 23-24). Je ne suis pas convaincu que le ministère public s'est acquitté de ce fardeau de preuve en l'espèce.

[106] La Cour d'appel a jugé [TRADUCTION] « accablante » la preuve présentée contre M. Prokofiew (par. 57). Cette conclusion ne tient pas compte du fait que la solidité de la preuve à charge en l'espèce dépend de la crédibilité des deux témoins qui ont incriminé M. Prokofiew, deux individus peu recommandables; elle repose en outre sur l'hypothèse selon laquelle il n'existe aucune corrélation entre les erreurs de droit du juge et la crédibilité, par ailleurs déjà entachée, de ces témoins.

[107] Je parle naturellement du coaccusé, M. Solty, et d'un témoin à charge, Andrew Tulloch, lequel avait plaidé coupable avant le procès. Seuls ces deux témoins ont affirmé que M. Prokofiew avait échafaudé le stratagème frauduleux. Aucun des autres témoins à charge n'a déposé directement au sujet de M. Prokofiew ou a été en mesure d'attester que ce dernier avait sciemment participé à la fraude. Des éléments de preuve documentaire démontraient l'implication de M. Prokofiew dans les opérations. Mais rien dans ces documents ou dans d'autres éléments de preuve — abstraction faite du témoignage de MM. Solty et Tulloch — n'établissait de façon incontestable que M. Prokofiew avait agi dans une intention frauduleuse.

[108] Il était bien sûr loisible aux jurés de considérer que les témoignages de MM. Solty et Tulloch étaient crédibles. Toutefois, le juge du procès a, à très juste titre, invité les jurés à ne pas fonder leur verdict sur ces témoignages non corroborés. Monsieur Tulloch était un témoin du type visé dans l'arrêt *Vetrovec* (*Vetrovec c. La Reine*, [1982]

jury that it would be “dangerous” to rely on his testimony absent confirmatory evidence (A.R., vol. V, at p. 160). The trial judge also cautioned the jury against relying on Mr. Solty’s evidence when considering the case against Mr. Prokofiew:

You should consider that testimony of Mr. Solty with particular care, because he may have been more concerned about protecting himself and damaging Mr. Prokofiew than in telling the truth. [A.R., vol. V, at p. 156]

[109] In addition, counsel for Mr. Prokofiew suggested at trial that Mr. Solty was motivated by a powerful animus against Mr. Prokofiew: Mr. Solty was aware that Mr. Prokofiew had had an affair with Mr. Solty’s wife.

[110] When confronted with tainted witnesses of this sort, triers of fact must act on their evidence with caution (*Vetrovec*; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Kehler*, 2004 SCC 11, [2004] 1 S.C.R. 328). Accordingly, they will not lightly accept the unsupported assertions of potentially unreliable witnesses where little but the word of those witnesses implicates the accused in the commission of the crime charged (*Kehler*, at para. 17; *Bevan*, at pp. 614-15; *R. v. Brooks* (1998), 41 O.R. (3d) 661 (C.A.), at pp. 694-95).

[111] And when such witnesses are central to the Crown’s case, as they were here, corroboration becomes particularly significant. In this regard, an evidential error that might otherwise appear insignificant raises particular concern when it goes to the credibility of potentially unreliable witnesses. Unaware of its erroneous admission, the trier of fact may rely on the impugned evidence to take a small but critical first step in a chain of deductions leading to a finding of guilt.

[112] On any view of the matter, neither of the errors committed by the trial judge can be

1 R.C.S. 811). Le juge a donc indiqué aux jurés qu’il serait [TRADUCTION] « dangereux » de se fier à son témoignage en l’absence de preuve corroborante (d.a., vol. V, p. 160). Il les a également mis en garde relativement à l’utilisation du témoignage de M. Solty dans leur appréciation de la preuve à charge contre M. Prokofiew :

[TRADUCTION] Vous devez considérer le témoignage de M. Solty avec beaucoup de prudence, car ce dernier cherchait peut-être davantage à se protéger et à jeter le blâme sur M. Prokofiew qu’à dire la vérité. [d.a., vol. V, p. 156]

[109] En outre, l’avocat de M. Prokofiew avait laissé entendre au procès que M. Solty était mû par une animosité intense à l’endroit de M. Prokofiew : il savait que ce dernier avait eu une liaison avec sa femme.

[110] Le juge des faits doit aborder le témoignage de tels témoins tarés avec prudence (*Vetrovec*; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Kehler*, 2004 CSC 11, [2004] 1 R.C.S. 328). Par conséquent, il n’acceptera pas à la légère les affirmations non étayées de témoins dont la fiabilité pourrait être mise en doute, dans les cas où il n’y a guère que leur parole qui implique l’accusé dans le crime reproché (*Kehler*, par. 17; *Bevan*, p. 614-615; *R. c. Brooks* (1998), 41 O.R. (3d) 661 (C.A.), p. 694-695).

[111] Qui plus est, lorsque de tels témoins sont cruciaux pour la thèse du ministère public, comme c’était le cas ici, la corroboration devient alors particulièrement importante. À cet égard, une erreur en matière de preuve qui pourrait autrement paraître négligeable soulève des inquiétudes particulières lorsqu’elle touche à la crédibilité de témoins dont la fiabilité pourrait être mise en doute. Ne sachant pas que l’élément contesté a été admis erronément en preuve, le juge des faits pourrait alors s’appuyer sur cet élément pour tirer une première inférence limitée mais capitale dans une série de déductions menant à un verdict de culpabilité.

[112] Quel que soit l’angle par lequel on les aborde, aucune des erreurs commises par le juge

characterized as trivial. As I have already mentioned, the absence of a remedial direction is in my view sufficient to require a new trial. That error was exacerbated by the erroneous admission of hearsay evidence. In his charge to the jury, the trial judge referred to that evidence as tending to corroborate the evidence of Mr. Tulloch (A.R., vol. V, at p. 161). If they found that it did, this would likely bear as well on the jury's evaluation of the credibility of Mr. Solty, whose evidence, the trial judge said, was in turn corroborated by Mr. Tulloch's (A.R., vol. V, at p. 161). And the acceptance of their evidence, I repeat, was essential to the Crown's case against Mr. Prokofiew.

[113] In these circumstances, the Crown cannot be said to have satisfied its onerous burden in invoking the curative *proviso* of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

VIII

[114] For all of these reasons, I would allow the appeal and order a new trial.

Appeal dismissed, MCLACHLIN C.J. and LEBEL, FISH and CROMWELL JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Russell Silverstein & Associate, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Schreck Presser, Toronto.

du procès ne saurait être qualifiée de négligeable. Comme je l'ai mentionné plus tôt, l'absence de directive correctrice est à mon avis suffisante pour exiger la tenue d'un nouveau procès. Cette erreur a été exacerbée par l'admission erronée d'une preuve par ouï-dire. Dans son exposé au jury, le juge du procès a indiqué que cette preuve tendait à corroborer le témoignage de M. Tulloch (d.a., vol. V, p. 161). Si les jurés ont conclu que cette preuve avait cet effet, cela a vraisemblablement influé aussi sur leur appréciation de la crédibilité de M. Solty, dont le témoignage, a affirmé le juge, était lui-même corroboré par celui de M. Tulloch (d.a., vol. V, p. 161). Et, je le répète, l'acceptation de ces témoignages par les jurés était essentielle à la thèse du ministère public contre M. Prokofiew.

[113] Dans ces circonstances, il est impossible d'affirmer que le ministère public a satisfait au lourd fardeau de preuve requis pour que s'applique la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

VIII

[114] En conséquence, j'accueillerais le pourvoi et j'ordonnerais un nouveau procès.

Pourvoi rejeté, la juge en chef MCLACHLIN et les juges LEBEL, FISH et CROMWELL sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Russell Silverstein & Associate, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Schreck Presser, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto; Ruby Shiller Chan, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto; Ruby Shiller Chan, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Nicole Rochon *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions of
Canada** *Intervener*

INDEXED AS: R. v. ROCHON

2012 SCC 50

File No.: 34557.

2012: October 16.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella,
Rothstein, Cromwell and Moldaver JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF
QUEBEC

Criminal law — Parties to offences — Doing or omitting to do anything to aid any person to commit offence — Accused entrusting property to son and failing to report son's marijuana cultivation on property — Evidence insufficient to establish that accused aided in commission of offence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 21(1)(b).

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec (Duval Hesler C.J.Q., Dalphond and Kasirer JJ.A.), 2011 QCCA 2012, 90 C.R. (6th) 38, SOQUIJ AZ-50799783, [2011] J.Q. n° 15669 (QL), 2011 CarswellQue 12372, setting aside the accused's conviction for being a party to drug-related offences entered by Chevalier J., 2008 QCCQ 7960, SOQUIJ AZ-50513168, [2008] J.Q. n° 8940 (QL), 2008 CarswellQue 8968. Appeal dismissed, Cromwell J. dissenting.

Jean Campeau and Christine Lafrance, for the appellant.

Julie Giroux and Alexandre Bergevin, for the respondent.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Nicole Rochon *Intimée*

et

**Directeur des poursuites
pénales du Canada** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. ROCHON

2012 CSC 50

N° du greffe : 34557.

2012 : 16 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell et Moldaver.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Participants aux infractions — Accomplir ou omettre d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à commettre une infraction — Propriété confiée par l'accusée à son fils et omission par la première de signaler la culture par le second de marijuana sur cette propriété — Preuve insuffisante pour établir que l'accusée a aidé à commettre l'infraction — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21(1)b).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (la juge en chef Duval Hesler et les juges Dalphond et Kasirer), 2011 QCCA 2012, 90 C.R. (6th) 38, SOQUIJ AZ-50799783, [2011] J.Q. n° 15669 (QL), 2011 CarswellQue 12372, qui a écarté la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé par le juge Chevalier pour avoir participé à des infractions liées à la drogue, 2008 QCCQ 7960, SOQUIJ AZ-50513168, [2008] J.Q. n° 8940 (QL), 2008 CarswellQue 8968. Pourvoi rejeté, le juge Cromwell est dissident.

Jean Campeau et Christine Lafrance, pour l'appelante.

Julie Giroux et Alexandre Bergevin, pour l'intimée.

François Lacasse, for the intervener.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

[1] FISH J. — It is unnecessary to decide in this case whether an omission “to do anything” can serve as a basis for conviction under s. 21(1)(b) of the *Criminal Code*, where the accused did not have a duty to act.

[2] In light of the trial judge’s findings of fact, we agree with the majority of the Court of Appeal that the evidence was insufficient to establish to the required degree of certainty that the respondent had acted, or failed to act, for the purpose of aiding any person to commit the crimes mentioned in the indictment, even if that was clearly the result.

[3] For these reasons, the appeal is dismissed.

[4] Cromwell J., dissenting, would have allowed the appeal, substantially for the reasons given by Dalphond J.A., dissenting in the Court of Appeal.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Jean Campeau, Gatineau.

Solicitors for the respondent: Bergevin & Associés, Montréal.

Solicitor for the intervener: Public Prosecution Service of Canada, Ottawa.

François Lacasse, pour l’intervenant.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

[1] LE JUGE FISH — Il n’est pas nécessaire de décider en l’espèce si une omission « d’accomplir quelque chose » ne saurait fonder une déclaration de culpabilité aux termes de l’al. 21(1)b) du *Code criminel* en l’absence d’un devoir d’agir de la part de l’accusé(e).

[2] Compte tenu des conclusions de fait du premier juge, nous sommes d’accord avec les juges de la majorité en Cour d’appel que la preuve était insuffisante pour conclure avec la certitude requise que l’intimée ait agi ou omis d’agir en vue d’aider quelqu’un à commettre les crimes mentionnés à l’acte d’accusation, même si cela en était le résultat manifeste.

[3] Pour ces motifs, l’appel est rejeté.

[4] Le juge Cromwell, dissident, aurait accueilli le pourvoi, essentiellement pour les motifs du juge Dalphond, dissident en Cour d’appel.

Jugement en conséquence.

Procureur de l’appelante : Jean Campeau, Gatineau.

Procureurs de l’intimée : Bergevin & Associés, Montréal.

Procureur de l’intervenant : Service des poursuites pénales du Canada, Ottawa.

Southcott Estates Inc. *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

Toronto Catholic District School Board *Respondent/Appellant on cross-appeal*

INDEXED AS: SOUTHCOTT ESTATES INC. v. TORONTO CATHOLIC DISTRICT SCHOOL BOARD

2012 SCC 51

File No.: 33778.

2012: March 20; 2012: October 17.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Contracts — Commercial contracts — Remedies — Specific performance — Duty to mitigate — Single-purpose company entering into agreement for purchase of land — Vendor breaching contractual obligations — Company seeking specific performance — Whether single-purpose company must mitigate its losses — Whether plaintiff seeking specific performance has obligation to mitigate its losses — Whether trial judge erred in concluding there were no comparable properties available for mitigation.

The appellant S is a single-purpose company incorporated solely for the purpose of a specific land purchase, with no assets other than money advanced to it by its parent company for the deposit relating to such purchase. It entered into an agreement of purchase and sale for a specific property with the respondent. When the respondent failed to satisfy a condition and refused to extend the closing date, S sought specific performance of the contract. It argued that it was not required to mitigate its losses. The trial judge refused to award specific performance but awarded damages to S in the amount of \$1,935,500. The Court of Appeal concluded that the respondent had breached its contractual obligations but that S had failed to take available steps to mitigate its losses. It reduced the damage award to a nominal sum.

Southcott Estates Inc. *Appelante/intimée au pourvoi incident*

c.

Toronto Catholic District School Board *Intimé/appelant au pourvoi incident*

RÉPERTORIÉ : SOUTHCOTT ESTATES INC. c. TORONTO CATHOLIC DISTRICT SCHOOL BOARD

2012 CSC 51

N° du greffe : 33778.

2012 : 20 mars; 2012 : 17 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell et Karakatsanis.

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

Contrats — Contrats commerciaux — Recours — Exécution intégrale — Obligation de mitiger le préjudice — Promesse d'achat d'un terrain par une société à but unique — Inexécution de la promesse de vente par le promettant-vendeur — Demande d'exécution intégrale par la société — Une société à but unique doit-elle mitiger ses pertes? — La demanderesse qui cherche à obtenir l'exécution intégrale a-t-elle l'obligation de mitiger ses pertes? — Le juge de première instance a-t-il eu tort de conclure qu'aucun immeuble comparable n'aurait pu servir à mitiger le préjudice?

L'appelante S est une société à but unique constituée dans le seul but d'acheter un terrain en particulier. Elle n'a pas d'actifs autres que l'argent avancé par sa société mère pour le dépôt à verser en vue de cet achat. S a conclu avec l'intimé une promesse d'achat et de vente du terrain en cause. Lorsque l'intimé a fait défaut de satisfaire à une des conditions de l'entente et a refusé de proroger la date de clôture, S a réclamé l'exécution intégrale du contrat. Cette dernière a plaidé qu'elle n'était pas tenue de mitiger ses pertes. Le juge de première instance a refusé d'ordonner l'exécution intégrale du contrat mais a accordé à S la somme de 1 935 500 \$ à titre de dommages-intérêts. La Cour d'appel a conclu que l'intimé n'avait pas respecté le contrat mais que S avait omis de prendre les mesures appropriées pour mitiger ses pertes. Elle a ramené à une somme symbolique le montant accordé à titre de dommages-intérêts.

Held (McLachlin C.J. dissenting): The appeal and cross-appeal should be dismissed.

Per LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell and Karakatsanis JJ.: Mitigation is a doctrine based on fairness and common sense, which seeks to do justice between the parties in the particular circumstances of the case. As a general rule, a plaintiff will not be able to recover those losses which he could have avoided by taking reasonable steps.

The main issue is whether S, a single-purpose corporation, was excused from mitigating its losses when the vendor breached the agreement of purchase and sale, and particularly when it had promptly brought an action for specific performance. As a separate legal entity, S was required to mitigate by making diligent efforts to find a substitute property. Those who choose the benefits of incorporation must bear the corresponding burdens. One such responsibility is to take steps to mitigate losses. A plaintiff cannot recover losses that could reasonably have been avoided. S sought specific performance and was therefore ready to complete the purchase. Its alternative claim for consequential damages was predicated upon its access to capital to complete the agreement of purchase and sale. As such, both claims were premised upon resources that were not tied up as a result of the breach alleged. S can hardly argue that the same money would not have been available for mitigation. In the absence of actual evidence of impecuniosity, finding that losses cannot be reasonably avoided, simply because the corporation is a single-purpose corporation within a larger group of companies, would give these corporations an unfair advantage. If single-purpose corporations were not required to mitigate their losses, this could expose defendants contracting with such corporations to higher damage awards.

This Court has recognized that there may be situations in which a plaintiff's inaction is justifiable notwithstanding its failure to obtain an order for specific performance. If the plaintiff has a "fair, real, and substantial justification" or a "substantial and legitimate interest" in specific performance, its refusal to purchase other property may be reasonable, depending upon the circumstances of the case. A plaintiff deprived of an investment property does not have a "fair, real, and substantial justification" or a "substantial and legitimate interest" in specific performance unless he can show that money is not a complete remedy because the

Arrêt (la juge en chef McLachlin est dissidente) : Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

Les juges LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell et Karakatsanis.: La notion de mitigation du préjudice repose sur l'équité et le bon sens et vise à assurer la justice entre les parties en fonction des circonstances propres à l'espèce. En principe, un demandeur ne peut se faire indemniser d'une perte qu'il aurait pu éviter par des précautions raisonnables.

La principale question en litige est de savoir si S, une société à but unique, était relevée de son obligation de mitiger ses pertes lorsque le promettant-vendeur n'a pas respecté la promesse d'achat et de vente, en particulier lorsqu'elle a rapidement intenté une action en exécution intégrale. En tant qu'entité juridique distincte, S était tenue de mitiger ses pertes en faisant diligence pour trouver une autre propriété. Quiconque choisit de bénéficier des avantages de la constitution en société doit en supporter les inconvénients. La société a notamment la responsabilité de prendre des mesures pour mitiger ses pertes. Un demandeur ne peut se faire indemniser des pertes qu'il pouvait raisonnablement éviter. S réclamait l'exécution intégrale; elle était donc prête à parfaire l'achat. Sa demande subsidiaire de dommages-intérêts pour préjudice indirect dépendait de l'obtention, pour elle, de capitaux lui permettant de parfaire la vente. En fait, les deux demandes étaient fondées sur la possibilité d'obtenir des ressources qui n'étaient pas bloquées par suite de l'inexécution reprochée. S ne peut guère prétendre que les mêmes fonds n'auraient pas pu servir à mitiger le préjudice. À défaut d'éléments de preuve concrets démontrant le manque de ressources, le fait de conclure que les pertes ne peuvent raisonnablement être évitées du simple fait qu'il s'agit d'une société à but unique membre d'un consortium de sociétés aurait pour effet de conférer à ces sociétés un avantage injustifié. Si les sociétés à but unique n'étaient pas tenues de mitiger leurs pertes, les défendeurs qui signent des contrats avec elles seraient susceptibles d'être condamnés à des dommages-intérêts plus élevés.

Notre Cour a reconnu que dans certains cas, l'inaction du demandeur peut se justifier malgré le fait qu'il n'a pas réussi à obtenir l'exécution intégrale. Si le demandeur réclame l'exécution intégrale en se fondant sur des « motifs équitables, réels et importants » ou un « intérêt important et légitime », son refus d'acheter un autre bien peut être justifié, compte tenu des circonstances de l'espèce. Un demandeur privé d'un immeuble de placement ne peut exiger l'exécution intégrale en invoquant des « motifs équitables, réels et importants » ou un « intérêt important et légitime » que s'il peut démontrer que l'octroi d'une somme d'argent ne

land has “a peculiar and special value” to him. S has not demonstrated such a claim and therefore cannot justify its inaction. S was engaged in a commercial transaction for the purpose of making a profit. The property’s particular qualities were only of value due to their ability to further profitability, for which damages were an adequate remedy.

Where it is alleged that the plaintiff has failed to mitigate, the defendant bears the burden of proving that the plaintiff has failed to make reasonable efforts to mitigate and that mitigation was possible. Whether or not there were comparable properties and whether they are profitable is a finding of fact. The trial judge made a palpable and overriding error in finding there were no comparable mitigation opportunities. He failed to consider the reasonable and available inferences arising from expert evidence regarding other land suitable for development sold in the area, the investment properties purchased by the parent company of S and the absence of evidence to the contrary. The respondent discharged the burden of showing that there were other comparable development properties available in the relevant time period to mitigate the losses.

Per McLachlin C.J. (dissenting): The Board, having breached the contract, bears the onus of proving that S unreasonably failed to mitigate its loss. This entails establishing, on a balance of probabilities: (1) that an opportunity to mitigate the loss was available to S; and (2) that S unreasonably failed to pursue that opportunity. The trial judge’s finding that the Board failed to establish that S had an opportunity to mitigate is sufficient to dispose of the appeal. This finding was grounded in the evidence and did not constitute palpable and overriding error. The Board failed to prove that another property comparable to the one that S sought to purchase was available. Neither the evidence of the Board’s expert witness nor that of purchases by other subsidiaries of S’s parent company established that a comparable property was available for S.

Moreover, S could not be unreasonable in failing to mitigate its loss because it reasonably maintained its action for specific performance. The act of filing a claim for specific performance is inconsistent with the act of acquiring a substitute property. A plaintiff, acting reasonably, cannot pursue specific performance and mitigate its potential loss of damages at the same time.

constituerait pas une réparation complète parce que cet immeuble a « une valeur particulière » pour lui. S n’a pas démontré que tel était le cas et elle ne peut donc justifier son inaction. Elle avait entrepris cette opération commerciale dans le but de réaliser un profit. Les caractéristiques particulières de l’immeuble tenaient seulement à sa valeur du fait qu’il pouvait s’avérer rentable, et les dommages-intérêts constituaient une réparation adéquate.

Lorsqu’il est allégué que le demandeur n’a pas mitigé le préjudice, il incombe au défendeur de démontrer que le demandeur n’a pas pris toutes les mesures raisonnables pour mitiger le préjudice et que la mitigation était possible. La question de savoir s’il existait des immeubles comparables et s’ils étaient rentables est une question de fait. Le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en affirmant qu’il n’y avait pas de possibilités de mitiger le préjudice. Il n’a pas considéré les inférences raisonnables que lui présentaient le témoignage de l’expert relativement à d’autres terrains susceptibles de mise en valeur vendus dans la région, les immeubles de placement acquis par la société mère de S ainsi que l’absence de preuve contraire. L’intimé s’est acquitté du fardeau de démontrer qu’il existait, au cours de la période en cause, d’autres immeubles de placement comparables qui auraient pu servir à mitiger les pertes.

La juge en chef McLachlin (dissidente) : Il incombe au conseil scolaire, qui n’a pas respecté le contrat, de prouver que le défaut de S de mitiger sa perte n’était pas justifié. Cela signifie qu’il doit établir, suivant la prépondérance des probabilités, (1) que S avait eu une possibilité de mitiger la perte et (2) que le défaut de S de se prévaloir de cette possibilité n’était pas justifié. La conclusion du juge de première instance selon laquelle le conseil scolaire n’a pas établi que S avait eu une possibilité de mitiger sa perte suffit pour disposer du pourvoi. La preuve appuyait cette conclusion qui n’était entachée d’aucune erreur manifeste et dominante. Le conseil scolaire n’a pas prouvé qu’il se trouvait sur le marché une propriété comparable à celle que S avait tenté d’acquérir. Ni le témoignage de l’expert cité par l’intimé ni la preuve des acquisitions faites par d’autres filiales de la société mère de S n’ont établi que S pouvait trouver une propriété comparable.

De plus, S ne pouvait agir de façon injustifiée en faisant défaut de mitiger sa perte parce qu’elle était justifiée de maintenir son action en exécution intégrale. Le dépôt d’une demande d’exécution intégrale n’est pas compatible avec l’acquisition d’un bien de substitution. Le demandeur qui agit raisonnablement ne peut réclamer l’exécution intégrale du contrat et en même temps

There is no basis on which to conclude that S acted unreasonably in maintaining its suit for specific performance instead of mitigating its loss. S had a “fair, real, and substantial justification” for claiming specific performance. The property was uniquely suited to S’s needs for single-family residential development within the City of Toronto. The evidence supported the view that there were no comparable substitute properties.

Furthermore, it is difficult to conclude that S unreasonably failed to mitigate given that S lacked the financial capacity to go into the market and purchase a substitute property.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Referred to: *Asamera Oil Corp. v. Seal Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways Company of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673; *British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 SCC 38, [2004] 2 S.C.R. 74; *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324; *Evans v. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 SCC 20, [2008] 1 S.C.R. 661; *Redpath Industries Ltd. v. Cisco (The)*, [1994] 2 F.C. 279; *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 S.C.R. 2; *Semelhago v. Paramadevan*, [1996] 2 S.C.R. 415; *Adderley v. Dixon* (1824), 1 Sim. & St. 607, 57 E.R. 239; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

By McLachlin C.J. (dissenting)

Asamera Oil Corp. v. Seal Oil & General Corp., [1979] 1 S.C.R. 633; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways Company of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673; *Dunkirk Colliery Co. v. Lever* (1878), 9 Ch. D. 20; *Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 S.C.R. 146; *Darbishire v. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067; *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324; *Roper v. Johnson* (1873), L.R. 8 C.P. 167; *Lagden v. O’Connor*, [2003] UKHL 64, [2004] 1 All E.R. 277; *General Securities Ltd. v. Don Ingram Ltd.*, [1940] S.C.R. 670; *Andros Springs v. World Beauty*, [1970] P. 144; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Apeco of Canada, Ltd. v. Windmill Place*, [1978] 2 S.C.R. 385; *Semelhago v. Paramadevan*, [1996] 2 S.C.R. 415.

Statutes and Regulations Cited

Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2.

mitiger sa perte éventuelle. Rien ne permet de conclure que S n’était pas justifiée de maintenir sa demande en justice pour exécution intégrale au lieu de mitiger sa perte. S avait des « motifs équitables, réels et importants » de réclamer l’exécution intégrale du contrat. La propriété se prêtait particulièrement bien aux besoins de S pour la construction d’un complexe résidentiel unifamilial dans la ville de Toronto. La preuve appuyait la prétention selon laquelle aucun terrain de substitution comparable n’était disponible.

En outre, il est difficile de conclure que le défaut de S de mitiger sa perte était injustifié étant donné qu’elle n’avait pas la capacité financière d’acheter sur le marché un terrain de substitution.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts mentionnés : *Asamera Oil Corp. c. Seal Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. c. Underground Electric Railways Company of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673; *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74; *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324; *Evans c. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 CSC 20, [2008] 1 R.C.S. 661; *Redpath Industries Ltd. c. Cisco (Le)*, [1994] 2 C.F. 279; *Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 R.C.S. 2; *Semelhago c. Paramadevan*, [1996] 2 R.C.S. 415; *Adderley c. Dixon* (1824), 1 Sim. & St. 607, 57 E.R. 239; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

Citée par la juge en chef McLachlin (dissidente)

Asamera Oil Corp. c. Seal Oil & General Corp., [1979] 1 R.C.S. 633; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. c. Underground Electric Railways Company of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673; *Dunkirk Colliery Co. c. Lever* (1878), 9 Ch. D. 20; *Janiak c. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146; *Darbishire c. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067; *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324; *Roper c. Johnson* (1873), L.R. 8 C.P. 167; *Lagden c. O’Connor*, [2003] UKHL 64, [2004] 1 All E.R. 277; *General Securities Ltd. c. Don Ingram Ltd.*, [1940] R.C.S. 670; *Andros Springs c. World Beauty*, [1970] P. 144; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Apeco of Canada, Ltd. c. Windmill Place*, [1978] 2 R.C.S. 385; *Semelhago c. Paramadevan*, [1996] 2 R.C.S. 415.

Lois et règlements cités

Loi sur l’éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2.

Authors Cited

- Bates, Paul. “Mitigation of Damages: A Matter of Commercial Common Sense” (1992), 13 *Advocates’ Q.* 273.
- McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 18th ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2009.
- Siebrasse, Norman. “Damages in Lieu of Specific Performance: *Semelhago v. Paramadevan*” (1997), 76 *Can. Bar Rev.* 551.
- Yorio, Edward. “A Defense of Equitable Defenses” (1990), 51 *Ohio St. L.J.* 1201.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Sharpe, Blair and MacFarland J.J.A.), 2010 ONCA 310, 104 O.R. (3d) 784, 261 O.A.C. 108, 319 D.L.R. (4th) 349, 93 R.P.R. (4th) 159, 71 B.L.R. (4th) 196, [2010] O.J. No. 1772 (QL), 2010 CarswellOnt 2602, setting aside a decision of Spiegel J. (2009), 78 R.P.R. (4th) 285, [2009] O.J. No. 428 (QL), 2009 CanLII 3567, 2009 CarswellOnt 494. Appeal and cross-appeal dismissed, McLachlin C.J. dissenting.

J. Thomas Curry, Milton A. Davis and Paul-Erik Veel, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Andrew M. Robinson, Elizabeth K. Ackman and Andrea Farkouh, for the respondent/appellant on cross-appeal.

The judgment of LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell and Karakatsanis J.J. was delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Introduction

[1] Real estate developers frequently create single-purpose corporations for the sole purpose of purchasing and developing properties for profit. The corporation has limited liability and no assets other than those that arise from the particular real estate investment. The issue raised in this appeal is whether such a single-purpose corporation is excused from mitigating its losses when the vendor breaches the agreement of purchase and sale, and

Doctrine et autres documents cités

- Bates, Paul. « Mitigation of Damages : A Matter of Commercial Common Sense » (1992), 13 *Advocates’ Q.* 273.
- McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 18th ed. London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2009.
- Siebrasse, Norman. « Damages in Lieu of Specific Performance : *Semelhago v. Paramadevan* » (1997), 76 *R. du B. can.* 551.
- Yorio, Edward. « A Defense of Equitable Defenses » (1990), 51 *Ohio St. L.J.* 1201.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Sharpe, Blair et MacFarland), 2010 ONCA 310, 104 O.R. (3d) 784, 261 O.A.C. 108, 319 D.L.R. (4th) 349, 93 R.P.R. (4th) 159, 71 B.L.R. (4th) 196, [2010] O.J. No. 1772 (QL), 2010 CarswellOnt 2602, qui a infirmé une décision du juge Spiegel (2009), 78 R.P.R. (4th) 285, [2009] O.J. No. 428 (QL), 2009 CanLII 3567, 2009 CarswellOnt 494. Pourvoi et pourvoi incident rejetés, la juge en chef McLachlin est dissidente.

J. Thomas Curry, Milton A. Davis et Paul-Erik Veel, pour l’appelante/intimée au pourvoi incident.

Andrew M. Robinson, Elizabeth K. Ackman et Andrea Farkouh, pour l’intimé/appelant au pourvoi incident.

Version française du jugement des juges LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell et Karakatsanis rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Introduction

[1] Des promoteurs immobiliers créent fréquemment des sociétés à but unique dans le seul objectif d’acquérir des immeubles et de les mettre en valeur pour réaliser un profit. Les sociétés à but unique sont des sociétés à responsabilité limitée qui ne possèdent comme actifs que ceux découlant du placement immobilier qu’elles font. Dans ce pourvoi, la question est de savoir si une telle société à but unique est dispensée de mitiger ses pertes en cas

particularly when it has promptly brought an action for specific performance. The further issue is whether the trial judge erred in his finding that there were no other “comparable” properties available to mitigate the loss.

[2] The appellant, Southcott Estates Inc., was part of the Ballantry Group of associated companies that acquired and developed land in the Greater Toronto Area (“GTA”). Southcott was a single-purpose corporation, without assets, created for the sole purpose of developing the property that is the subject of this action. When the vendor, the Toronto Catholic District School Board, failed to satisfy a condition and refused to extend the closing date, Southcott sought specific performance of the contract. It argues that it was not required to mitigate its losses.

[3] The trial judge ((2009), 78 R.P.R. (4th) 285) found that the Board had breached the agreement of purchase and sale and had failed to prove that Southcott could have mitigated its damages. He awarded damages for loss of chance of profit. He refused to order specific performance, finding that the property was not “unique” and damages were an adequate remedy.

[4] The Ontario Court of Appeal (2010 ONCA 310, 104 O.R. (3d) 784) concluded that while the trial judge correctly found that the Board had breached its contractual obligations, he had erred in his approach to mitigation. The court concluded that Southcott had unreasonably failed to take available steps to mitigate its loss and reduced the damage award granted at trial to a nominal sum.

[5] Southcott did not appeal the trial judge’s refusal to award specific performance. However, it

d’inexécution de la promesse de vente par le promettant-vendeur, en particulier lorsque la société a fait diligence pour tenter une action en exécution intégrale. L’autre question est de savoir si le juge de première instance a eu tort de conclure qu’il n’existait pas d’autres immeubles « comparables » pouvant servir à mitiger la perte.

[2] L’appelante, Southcott Estates Inc., fait partie du groupe Ballantry de sociétés associées qui achètent et mettent en valeur des terrains dans la région métropolitaine de Toronto. Il s’agit d’une société à but unique sans actif qui a été constituée dans le seul but de mettre en valeur l’immeuble faisant l’objet de la présente action. Lorsque le promettant-vendeur, le Toronto Catholic District School Board (le « conseil scolaire »), a fait défaut de satisfaire à une des conditions de l’entente et a refusé de proroger la date de clôture, Southcott a réclamé l’exécution intégrale du contrat. Cette dernière plaide qu’elle n’était pas tenue de mitiger ses pertes.

[3] Le juge de première instance ((2009), 78 R.P.R. (4th) 285) a conclu que le conseil scolaire avait violé la promesse de vente et qu’il n’avait pas démontré que Southcott aurait pu mitiger ses dommages. Il a condamné le conseil scolaire à verser des dommages-intérêts à Southcott pour l’indemniser de la perte de possibilité de réaliser un profit. Il a refusé d’ordonner l’exécution intégrale du contrat, estimant que l’immeuble n’était pas « unique » et que les dommages-intérêts constituaient une réparation adéquate.

[4] La Cour d’appel de l’Ontario (2010 ONCA 310, 104 O.R. (3d) 784) a statué que, bien que le juge de première instance ait eu raison de conclure que le conseil scolaire n’avait pas respecté ses obligations contractuelles, il avait commis une erreur dans sa façon d’aborder la question de la mitigation du préjudice. La cour a conclu que Southcott avait, sans raison valable, omis de prendre les mesures appropriées pour mitiger ses pertes et a ramené à une somme symbolique le montant accordé en première instance à titre de dommages-intérêts.

[5] Southcott n’a pas fait appel du refus du juge de première instance d’ordonner l’exécution intégrale.

maintains its losses were not avoidable. The questions raised in this appeal are:

1. Should a single-purpose company mitigate its losses?
2. To what extent must a plaintiff mitigate where the plaintiff has made a claim for specific performance?
3. Did the trial judge err in concluding that there was no evidence of comparable profitable properties available for mitigation?

[6] For the reasons that follow, I conclude that Southcott cannot recover losses that it could reasonably have avoided. I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in concluding that there was no evidence of other development properties that Southcott could have purchased in mitigation. I would dismiss the appeal.

II. Facts

[7] Southcott is a wholly owned subsidiary of Ballantry Homes Inc. and part of a larger group of companies called Ballantry Group of Companies (“Ballantry” or “Ballantry Group”). The Board is a School Board created pursuant to the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, whose affairs were run by a publicly elected Board of Trustees.

[8] Having determined that certain land within a school property was surplus to its needs, the Board put it up for sale. Intending to use the land for residential development, Southcott agreed to purchase the 4.78 acres of land for \$3.44 million. It paid a 10 percent deposit and the parties agreed to a closing date of August 31, 2004. It was a condition of the agreement that the Board obtain a severance from the Committee of Adjustments on or before the closing date. On August 30, 2004, the parties

Elle soutient toutefois que ses pertes étaient inévitables. Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

1. Une société à but unique devrait-elle mitiger ses pertes?
2. Dans quelle mesure un demandeur doit-il mitiger ses pertes lorsqu’il a réclamé l’exécution intégrale du contrat?
3. Le juge de première instance a-t-il eu tort de conclure qu’aucun élément de preuve ne démontrait l’existence d’immeubles rentables comparables qui auraient pu servir à mitiger le préjudice?

[6] Pour les motifs qui suivent, je conclus que Southcott ne peut recouvrer les pertes qu’elle aurait raisonnablement pu éviter. Je suis d’accord avec la cour d’appel pour dire que le juge de première instance a eu tort de conclure qu’aucun élément de preuve n’indiquait l’existence d’autres immeubles susceptibles d’être mis en valeur que Southcott aurait pu acheter pour mitiger son préjudice. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

II. Les faits

[7] Southcott est une filiale à cent pour cent de Ballantry Homes Inc. Elle est membre d’un consortium de sociétés appelé Ballantry Group of Companies (« Ballantry » ou le « groupe Ballantry »). Le conseil scolaire a été créé sous le régime de la *Loi sur l’éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2. Il est dirigé par une assemblée de conseillers scolaires élus par la population.

[8] Après avoir constaté qu’il n’en avait pas besoin, le conseil scolaire a décidé de mettre en vente une parcelle du terrain d’une école. Entendant se servir de ce terrain pour y ériger un complexe domiciliaire, Southcott a convenu d’acheter les 4,78 acres de terrain en question pour 3,44 millions de dollars. Elle a versé en dépôt une somme correspondant à 10 p. 100 du prix d’achat et les parties ont arrêté le 31 août 2004 comme date de clôture. Une condition de l’entente prévoyait que le conseil

agreed to extend the closing date to January 31, 2005.

[9] The Board applied for a severance in November; it was advised that a development plan was necessary but chose to proceed without one. On December 16, 2004, at the municipality's request, the Committee of Adjustments deferred the severance application hearing as premature because it was not accompanied by a development plan. At that time, it became clear to Southcott and the Board that the transaction could not be completed by the closing date of January 31, 2005. The Board refused Southcott's request to extend the closing date, declared the transaction to be at an end, and returned Southcott's deposit.

[10] Southcott took the position that the Board had breached its obligation to use its best efforts to obtain the severance and commenced an action for specific performance or, in the alternative, for damages.

[11] Southcott admitted that it never had any intention to mitigate its loss and, indeed, never tried to mitigate (para. 137 of the trial judge's decision). Southcott was a single-purpose company incorporated solely for the purposes of this development project and had no assets other than the money advanced by Ballantry for the deposit. It never intended to purchase other land. In fact, Southcott's principal testified at trial that there was no question of it purchasing other land, given that it was involved in this litigation (para. 18 of the Court of Appeal's decision).

[12] The Board led expert evidence that 81 parcels of vacant development land in the GTA were sold between the date of breach and the date of trial. The land was suitable for residential development and within the parameters, of size and

scolaire obtienne une disjonction du comité des dérogations au plus tard à la date de clôture. Le 30 août 2004, les parties sont convenues de proroger la date de clôture au 31 janvier 2005.

[9] Le conseil scolaire a présenté sa demande de disjonction en novembre. On l'a informé qu'il devait joindre un plan d'aménagement à sa demande, mais il a choisi de poursuivre ses démarches sans plan d'aménagement. Le 16 décembre 2004, à la demande de la municipalité, le comité des dérogations a reporté l'examen de la demande de disjonction, estimant qu'elle était prématurée parce qu'elle n'était pas accompagnée d'un plan d'aménagement. À ce moment, il est devenu évident pour Southcott et le conseil scolaire qu'ils ne pourraient parfaire l'opération avant la date de clôture du 31 janvier 2005. Le conseil scolaire a refusé la demande de Southcott de proroger la date de clôture, a déclaré l'opération caduque et a remis à Southcott la somme versée en dépôt.

[10] En faisant valoir que le conseil scolaire avait manqué à son obligation de tout mettre en œuvre pour obtenir la disjonction, Southcott a introduit une action en vue d'obtenir l'exécution intégrale du contrat ou, à titre subsidiaire, des dommages-intérêts.

[11] Southcott a admis qu'elle n'avait jamais eu l'intention de mitiger sa perte et qu'en réalité, elle n'avait jamais essayé de la mitiger (par. 137 de la décision du juge de première instance). Southcott était une société à but unique constituée exclusivement en vue de ce projet d'aménagement et n'avait comme actif que l'argent avancé par Ballantry pour verser le dépôt. Elle n'avait jamais eu l'intention d'acquérir un autre terrain. En fait, le directeur de Southcott a expliqué au procès qu'il n'était pas question que Southcott acquière un autre terrain puisqu'elle était en cause dans le présent litige (par. 18 de la décision de la Cour d'appel).

[12] Le conseil scolaire a établi par expert que 81 terrains vagues susceptibles d'être mis en valeur avaient été vendus dans la région métropolitaine de Toronto entre la date du manquement et celle du procès. Le terrain en question se prêtait à

price, of other lands purchased by the Ballantry Group.

[13] Corporations within the Ballantry Group purchased seven parcels of land for development purposes during this same period. The principal of Ballantry testified that it was always in the market for new land, had the financial means to make the purchases, and it would have made these purchases even if Southcott had completed the land purchase from the Board (para. 138 of the trial judge's decision).

III. Decisions Below

[14] At trial, Spiegel J. concluded that the Board had failed to take all reasonable steps to fulfill the severance condition. It breached its best efforts obligation by failing to contact relevant city staff; delaying in processing the severance application; failing to include the proposed plan of use with the severance application; submitting an improper survey; failing to seek appropriate advice; ignoring the advice of the Committee of Adjustments; proceeding with the application for severance even after being advised that it was incomplete and failing to keep Southcott informed (paras. 71-87).

[15] The trial judge found that had the Board used its best efforts, the severance would likely have been granted, and the transaction would have been completed by the closing date. The trial judge was satisfied that the Board's breach caused Southcott's loss (paras. 93-116).

[16] Turning to remedy, Spiegel J. found that specific performance was not an appropriate remedy as the land did not have the quality of uniqueness (paras. 128-33).

l'aménagement d'un complexe résidentiel et équivalait en gros, sur le plan de la superficie et du prix, aux autres terrains achetés par le groupe Ballantry.

[13] Au cours de la même période, des sociétés du groupe Ballantry ont acheté sept parcelles de terrain en vue de les aménager. Le directeur de Ballantry a expliqué que ce groupe était toujours à la recherche de nouveaux terrains, qu'il disposait des moyens financiers nécessaires pour en acquérir et qu'il aurait acquis ces terrains même si Southcott avait réussi à acheter le terrain du conseil scolaire (par. 138 de la décision du juge de première instance).

III. Décisions des juridictions inférieures

[14] Au procès, le juge Spiegel a conclu que le conseil scolaire n'avait pas pris toutes les mesures raisonnables pour satisfaire à la condition relative à la disjonction. Selon lui, le conseil scolaire avait manqué à son obligation de déployer les efforts nécessaires en ne communiquant pas avec les employés municipaux compétents, en retardant le traitement de la demande de disjonction, en ne joignant pas à sa demande de disjonction le plan d'aménagement proposé, en soumettant un levé incorrect, en ne cherchant pas à obtenir des conseils éclairés, en ne tenant pas compte de l'avis du comité des dérogations, en poursuivant sa demande de disjonction même après avoir été avisé qu'elle était incomplète et en ne tenant pas Southcott au courant (par. 71-87).

[15] Le juge de première instance a estimé que, si le conseil scolaire avait déployé les efforts nécessaires, la disjonction aurait probablement été accordée et l'opération se serait concrétisée avant la date de clôture. Le juge de première instance s'est dit convaincu que les pertes subies par Southcott étaient attribuables à l'inexécution du contrat par le conseil scolaire (par. 93-116).

[16] En ce qui concerne la réparation, le juge Spiegel a conclu que l'exécution intégrale ne constituait pas une réparation appropriée étant donné que le bien-fonds en question ne possédait pas les caractéristiques nécessaires pour être considéré comme unique (par. 128-133).

[17] However, he concluded that Southcott was entitled to damages. He rejected the Board's argument that Southcott had in fact mitigated damages because the Ballantry Group made several purchases subsequent to the breach of the agreement:

I find that these subsequent purchases were collateral, independent transactions that did not arise out of the consequences of the breach. In all the circumstances, I do not consider these transactions as mitigatory. [para. 143]

[18] The trial judge found that the Board had not discharged the onus of proving that Southcott failed to take advantage of a reasonable opportunity to mitigate its loss. He held that there was no evidence that any of the available properties were actually offered for sale or could have been profitably developed and he was not satisfied that the properties were comparable (paras. 144-46). He therefore awarded Southcott damages in the amount of \$1,935,500 which represented the loss of a 60 percent chance to make profits in the amount of \$3,225,827.

[19] On appeal, the Board did not dispute the findings that it had breached its obligation to use its best efforts to obtain the severance required to complete the sale. It challenged the findings of causation and mitigation.

[20] Sharpe J.A., writing for the Court of Appeal, rejected the first ground of the Board's appeal, that the trial judge erred in finding that the Board's breach was the cause of the failure to obtain the severance by the closing date (paras. 11-14).

[21] Regarding the issue of whether the losses could have been avoided, however, the Court of Appeal concluded that the trial judge had erred in law in finding that the Board had not shown that

[17] Il a toutefois conclu que Southcott avait droit à des dommages-intérêts. Il a rejeté l'argument du conseil scolaire suivant lequel Southcott avait effectivement mitigé le préjudice étant donné que le groupe Ballantry avait acheté plusieurs autres terrains après l'inexécution du contrat :

[TRADUCTION] J'estime que ces acquisitions ultérieures étaient des opérations accessoires et distinctes qui étaient sans rapport avec l'inexécution. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, je suis d'avis qu'aucune de ces opérations ne pouvait servir à mitiger le préjudice. [par. 143]

[18] Le juge de première instance a estimé que le conseil scolaire ne s'était pas acquitté du fardeau de démontrer que Southcott ne s'était pas prévalu des possibilités raisonnables qui s'offraient à elle de mitiger ses pertes. Il a estimé que rien n'établissait que l'une quelconque des propriétés disponibles avait été effectivement offerte en vente ou aurait pu être mise en valeur de façon rentable, ajoutant qu'il n'était pas convaincu que les immeubles étaient comparables (par. 144-146). Il a par conséquent accordé à Southcott la somme de 1 935 500 \$ à titre de dommages-intérêts, ce qui correspondait à la perte d'une possibilité de 60 p. 100 de réaliser un profit de 3 225 827 \$.

[19] En appel, le conseil scolaire n'a pas contesté la conclusion suivant laquelle il avait manqué à son obligation de tout mettre en œuvre pour obtenir la disjonction exigée pour parfaire la vente. Il a contesté les conclusions relatives à la causalité et à la mitigation du préjudice.

[20] S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Sharpe a rejeté le premier moyen d'appel invoqué par le conseil scolaire suivant lequel le juge de première instance avait commis une erreur en concluant que le fait que l'on n'avait pas obtenu la disjonction avant la date de clôture était attribuable à l'inexécution du contrat par le conseil scolaire (par. 11-14).

[21] En ce qui concerne la question de savoir si les pertes auraient pu être évitées toutefois, la Cour d'appel a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur de droit en concluant

Southcott could have mitigated its losses. First, Southcott's admission that it had no intention of taking any steps to mitigate was sufficient to satisfy the onus resting upon the Board and to shift the evidentiary onus to Southcott to demonstrate that, even if it had attempted to mitigate, it could not have done so. Second, the trial judge erred in dealing with the Board's evidence regarding the land that was available: "By requiring the Board to prove . . . the profitability of individual parcels, the trial judge raised any bar the Board had to satisfy to an unrealistic level" (para. 25). Finally, the trial judge failed to consider that Ballantry's purchases of other lands clearly demonstrated that the directing mind of Southcott knew that investment quality lands, suitable for profitable development, were available on the market. The Court of Appeal stated that Southcott was a distinct legal entity that could not avoid mitigating its loss by arguing that it was a part of Ballantry: the obligation to mitigate rested with Southcott (paras. 24-27).

[22] The Court of Appeal concluded that while Southcott had made out its case for breach of contract, it failed to make out a case for either specific performance or damages. The appropriate award was for nominal damages in the amount of \$1.

IV. Mitigation — General Principles

[23] This Court in *Asamera Oil Corp. v. Seal Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633, cited (at pp. 660-61) with approval the statement of Viscount Haldane L.C. in *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric*

que le conseil scolaire n'avait pas démontré que Southcott aurait pu mitiger ses pertes. Tout d'abord, le fait que Southcott avait admis n'avoir eu nullement l'intention de prendre quelque mesure que ce soit pour mitiger ses pertes suffisait pour permettre au conseil scolaire de se décharger du fardeau de preuve qui reposait sur lui et pour déplacer ce fardeau sur Southcott, qui devait alors démontrer que, même si elle avait tenté de mitiger ses pertes, elle n'aurait pas pu le faire. Deuxièmement, la cour a jugé que le juge de première instance avait commis une erreur dans la façon dont il avait traité les éléments de preuve présentés par le conseil scolaire au sujet des terrains qui étaient disponibles : [TRADUCTION] « En l'obligeant à démontrer [. . .] la rentabilité de diverses parcelles, le juge de première instance a imposé au conseil scolaire un critère tellement exigeant qu'il ne pouvait s'attendre de façon réaliste à ce qu'il puisse y satisfaire » (par. 25). Enfin, le juge de première instance n'avait pas tenu compte du fait que les achats d'autres terrains effectués par Ballantry démontraient de façon évidente que le dirigeant de Southcott savait que des terrains de placement de qualité qui se prêtaient bien à une mise en valeur rentable étaient disponibles sur le marché. La Cour d'appel a affirmé que Southcott était une entité juridique distincte qui ne pouvait éviter de mitiger sa perte en plaidant qu'elle faisait partie du groupe Ballantry : Southcott conservait l'obligation de mitiger son préjudice (par. 24-27).

[22] La Cour d'appel a conclu que, même si elle avait démontré le bien-fondé de ses arguments en ce qui concerne la rupture du contrat, Southcott n'avait pas réussi à démontrer qu'elle pouvait réclamer une exécution intégrale ou des dommages-intérêts. La cour a estimé qu'il convenait d'accorder la somme d'un dollar à titre de dommages-intérêts symboliques.

IV. Mitigation du préjudice — Principes généraux

[23] Dans l'arrêt *Asamera Oil Corp. c. Seal Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633, notre Cour a cité (aux p. 660-661) et approuvé l'énoncé suivant formulé par le vicomte Haldane, lord chancelier, dans l'arrêt *British Westinghouse Electric*

Railways Company of London, Ltd., [1912] A.C. 673, at p. 689:

The fundamental basis is thus compensation for pecuniary loss naturally flowing from the breach; but this first principle is qualified by a second, which imposes on a plaintiff the duty of taking all reasonable steps to mitigate the loss consequent on the breach, and debars him from claiming any part of the damage which is due to his neglect to take such steps.

[24] In *British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 SCC 38, [2004] 2 S.C.R. 74, at para. 176, this Court explained that “[I]osses that could reasonably have been avoided are, in effect, caused by the plaintiff’s inaction, rather than the defendant’s wrong.” As a general rule, a plaintiff will not be able to recover for those losses which he could have avoided by taking reasonable steps. Where it is alleged that the plaintiff has failed to mitigate, the burden of proof is on the defendant, who needs to prove both that the plaintiff has failed to make reasonable efforts to mitigate and that mitigation was possible (*Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324; *Asamera; Evans v. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 SCC 20, [2008] 1 S.C.R. 661, at para. 30).

[25] On the other hand, a plaintiff who does take reasonable steps to mitigate loss may recover, as damages, the costs and expenses incurred in taking those reasonable steps, provided that the costs and expenses are reasonable and were truly incurred in mitigation of damages (see P. Bates, “Mitigation of Damages: A Matter of Commercial Common Sense” (1992), 13 *Advocates’ Q.* 273). The valuation of damages is therefore a balancing process: as the Federal Court of Appeal stated in *Redpath Industries Ltd. v. Cisco (The)*, [1994] 2 F.C. 279, at p. 302: “The Court must make sure that the victim is compensated for his loss; but it must at the same time make sure that the wrongdoer is not abused.” Mitigation is a doctrine based on fairness and common sense, which seeks to do justice between

and Manufacturing Co. c. Underground Electric Railways Company of London, Ltd., [1912] A.C. 673, p. 689 :

[TRADUCTION] Le principe fondamental est donc la compensation des pertes pécuniaires découlant naturellement de l’inexécution; mais ce principe est mitigé par un autre qui veut que le demandeur ait l’obligation de prendre toutes mesures raisonnables pour mitiger le préjudice résultant de la rupture du contrat et ne puisse être indemnisé pour la partie du préjudice qu’il aurait ainsi pu éviter.

[24] Dans l’arrêt *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74, au par. 176, notre Cour a expliqué que « [I]es pertes qui auraient pu être évitées par des précautions raisonnables se définissent comme celles qui sont, en fait, attribuables à l’inaction du demandeur plutôt qu’à la faute du défendeur. » En principe, un demandeur ne peut se faire indemniser d’une perte qu’il aurait pu éviter par des précautions raisonnables. Lorsqu’il est allégué que le demandeur n’a pas mitigé le préjudice, il incombe au défendeur de démontrer non seulement que le demandeur n’a pas pris toutes les mesures raisonnables pour mitiger le préjudice, mais encore qu’il était possible de mitiger le préjudice (*Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324; *Asamera; Evans c. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 CSC 20, [2008] 1 R.C.S. 661, par. 30).

[25] Par contre, un demandeur qui prend effectivement des mesures raisonnables pour mitiger ses pertes peut recouvrer, à titre de dommages-intérêts, les frais et les dépenses qu’il a engagés pour prendre ces mesures raisonnables, à condition que ces frais et dépenses soient raisonnables et qu’ils aient véritablement été engagés pour mitiger les dommages (voir P. Bates, « Mitigation of Damages: A Matter of Commercial Common Sense » (1992), 13 *Advocates’ Q.* 273). L’évaluation des dommages est par conséquent une question d’appréciation. Comme la Cour d’appel fédérale l’a déclaré dans l’arrêt *Redpath Industries Ltd. c. Cisco (Le)*, [1994] 2 C.F. 279, p. 302 : « La Cour doit s’assurer que la victime est dédommagée de sa perte; mais elle doit en même temps s’assurer que l’on ne profite pas de

the parties in the particular circumstances of the case.

A. *Should a Single-Purpose Company Mitigate its Losses?*

[26] Southcott argues that the Court of Appeal failed to recognize the unique circumstance of a single-purpose corporation in mitigating contractual loss; as a single-purpose company, it was impecunious and unable to mitigate without significant capital investment of the parent company or without the corporate mandate to do so. Further, it submits that it would be reasonably foreseeable to those contracting with a single-purpose corporation that such an entity would have finite resources and a confined corporate mandate. In this case, Southcott acted reasonably, within its ordinary course of business and promptly brought this lawsuit.

[27] Southcott sought specific performance and was therefore ready to complete the purchase. In any event, its alternative claim for consequential damages was predicated upon its access to capital to complete the agreement of purchase and sale. As such, both claims were premised upon resources, resources that were not tied up as a result of the breach alleged. Indeed, the alleged breach in this case did not affect Southcott's ability to obtain capital. Southcott can hardly argue that the same money would not have been available for mitigation.

[28] Further, the question is factual and it was not suggested at trial that Southcott had no access to capital or that borrowing money would have been unreasonably risky or costly. Southcott did not argue that it was impecunious at trial.

[29] In the absence of actual evidence of impecuniosity, finding that losses cannot be reasonably

la personne responsable. » La notion de mitigation du préjudice repose sur l'équité et le bon sens et vise à assurer la justice entre les parties en fonction des circonstances propres à l'espèce.

A. *Une société à but unique devrait-elle mitiger ses pertes?*

[26] Southcott soutient que la Cour d'appel n'a pas reconnu la situation singulière dans laquelle se trouve une société à but unique lorsqu'il s'agit de mitiger les pertes afférentes au contrat; en tant que société à but unique, Southcott n'avait pas d'actif et il lui était impossible de mitiger ses pertes sans une importante injection de capitaux de sa société mère ou sans mandat lui permettant de le faire. Elle fait par ailleurs valoir que les personnes qui contractent avec une société à but unique pourraient raisonnablement s'attendre à ce que celle-ci dispose de ressources limitées et à ce que son mandat soit restreint. Dans le cas qui nous occupe, Southcott a agi de manière raisonnable, dans le cours normal de ses affaires, et elle a intenté cette poursuite sans tarder.

[27] Southcott réclamait l'exécution intégrale; elle était donc prête à parfaire l'achat. En tout état de cause, sa demande subsidiaire de dommages-intérêts pour préjudice indirect dépendait de l'obtention, pour elle, de capitaux lui permettant de parfaire la vente. En fait, les deux demandes étaient fondées sur la possibilité d'obtenir des ressources, ressources qui n'étaient pas bloquées par suite de l'inexécution reprochée. D'ailleurs, dans le cas qui nous occupe, la présumée inexécution n'a eu aucune incidence sur la capacité de Southcott d'obtenir des capitaux. Southcott ne peut guère prétendre que les mêmes fonds n'auraient pas pu servir à mitiger le préjudice.

[28] En outre, la question est factuelle et l'on n'a pas prétendu au procès que Southcott ne pouvait se procurer des capitaux ou encore qu'il aurait été beaucoup trop risqué ou coûteux d'emprunter de l'argent. Au procès, Southcott n'a pas plaidé l'impecuniosité.

[29] À défaut d'éléments de preuve concrets démontrant le manque de ressources, le fait de

avoided, simply because it is a single-purpose corporation within a larger group of companies, would give an unfair advantage to those conducting business through single-purpose corporations. In addition, not requiring single-purpose corporations to mitigate would expose defendants contracting with such corporations to higher damage awards than those reasonably claimed by other plaintiffs, based solely upon their limited assets.

[30] The trial judge found that the purchases of development land by other corporations within the Ballantry Group did not in fact mitigate Southcott's loss; that finding is not challenged here. As noted above, he found that the other properties purchased by other members of the Ballantry group were "collateral" in the sense that the purchases would have occurred whether or not the defendant had breached its contract with Southcott (para. 143). However, because Southcott is a separate legal entity, purchases by other Ballantry corporations of other comparable property did not make those properties "unavailable" for mitigation. As a separate legal entity, Southcott was required to mitigate by making diligent efforts to find a substitute property. Those who choose the benefits of incorporation must bear the corresponding burdens: *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 S.C.R. 2, at pp. 10-12. Southcott is entitled to the benefits of limited liability, but it is also saddled with the responsibilities that all legal entities have. The requirement to take steps to mitigate losses is one such responsibility. A plaintiff cannot recover losses that could reasonably have been avoided. The overriding issue here is whether Southcott's inaction was reasonable, and if not, whether it could have reasonably mitigated if it had tried to do so.

conclure que les pertes ne peuvent raisonnablement être évitées du simple fait qu'il s'agit d'une société à but unique membre d'un consortium de sociétés aurait pour effet de conférer un avantage injustifié à quiconque opte pour la société à but unique pour mener ses affaires. De plus, le fait de ne pas obliger les sociétés à but unique à mitiger leurs pertes ferait en sorte que les défendeurs qui signent des contrats avec elles seraient susceptibles d'être condamnés à des dommages-intérêts plus élevés que ceux réclamés de façon raisonnable par d'autres demandeurs et ce, uniquement en raison des actifs limités de ces sociétés.

[30] Le juge de première instance a conclu que l'achat de terrains susceptibles d'être mis en valeur par d'autres sociétés du groupe Ballantry n'avait pas en fait mitigé la perte de Southcott; cette conclusion n'est pas contestée en l'espèce. L'él qu'indiqué précédemment, le juge a estimé que l'acquisition d'autres propriétés par les autres membres du groupe Ballantry constituait des [TRADUCTION] « opérations accessoires » en ce sens que les propriétés auraient été acquises indépendamment de la rupture, par la défenderesse, du contrat conclu avec Southcott (par. 143). Toutefois, parce que Southcott est une entité juridique distincte, l'achat d'autres immeubles comparables par d'autres sociétés du groupe Ballantry n'a pas fait en sorte que ces immeubles ne « pouvaient plus servir » à mitiger le préjudice. En tant qu'entité juridique distincte, Southcott était tenue de mitiger ses pertes en faisant diligence pour trouver une autre propriété. Quiconque choisit de bénéficier des avantages de la constitution en société doit en supporter les inconvénients : *Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 R.C.S. 2, p. 10-12. Southcott a le droit de bénéficier des avantages d'une responsabilité limitée, mais elle doit aussi assumer les responsabilités qu'ont toutes les entités juridiques. La nécessité de prendre des mesures pour mitiger ses pertes constitue l'une de ces responsabilités. Un demandeur ne peut être indemnisé d'un préjudice qu'il aurait raisonnablement pu éviter. La principale question en l'espèce est de savoir si l'inaction de Southcott était raisonnable et, dans la négative, si elle aurait raisonnablement pu mitiger ses pertes si elle avait tenté de le faire.

B. *Southcott Was Required to Mitigate Losses Despite its Claim for Specific Performance*

[31] Specific performance is an equitable remedy that is difficult to reconcile with the principle of mitigation. Obviously, if Southcott had purchased a property in mitigation, it may not have been able to complete its agreement of purchase and sale of the Board's surplus land if ultimately successful in its claim for specific performance. When can a plaintiff seeking specific performance justify inaction and recover losses which may otherwise have been classified as avoidable?

[32] The trial judge found that Southcott did not have a viable claim for specific performance. He found that while the business opportunity may have been unique, the property itself was not. The trial judge found that what was at issue here was a straightforward business plan, the failure of which could be measured in damages (para. 132). The Court of Appeal agreed. The trial judge's decision not to order specific performance is not challenged in this appeal.

[33] However, Southcott submits that even though it was unsuccessful in its claim for specific performance, it proceeded expeditiously and the claim had real substance because the property was a unique opportunity, given its location and the rarity of such properties in the GTA. As a result, it says that it was not reasonable to attempt to mitigate; the remedy of specific performance would become illusory.

[34] Southcott suggests that there are two separate questions that a court must ask in cases where a plaintiff seeks specific performance: (1) should specific performance be awarded? And if the answer is no, (2) is this plaintiff justified in its mitigatory inaction? Southcott says that the trial judge conflated these two questions and did

B. *Southcott était tenue de mitiger ses pertes malgré sa demande d'exécution intégrale*

[31] L'exécution intégrale est une réparation fondée sur l'équité qui se concilie mal avec le principe de la mitigation du préjudice. De toute évidence, si elle avait acheté un autre immeuble pour mitiger ses pertes, Southcott n'aurait peut-être pas été en mesure de parfaire la vente du terrain excédentaire du conseil scolaire dans l'hypothèse où elle aurait finalement obtenu gain de cause dans sa demande d'exécution intégrale. Dans quels cas le demandeur qui réclame l'exécution intégrale peut-il justifier son inaction et être indemnisé pour des pertes qui auraient autrement pu être considérées comme évitables?

[32] Le juge de première instance a conclu que Southcott n'était pas fondée à réclamer l'exécution intégrale. Il a estimé que, même si l'occasion d'affaires était peut-être unique, la propriété elle-même ne l'était pas. Il a conclu qu'il s'agissait en l'espèce d'un plan d'affaires simple dont l'échec pouvait être quantifié en termes de dommages-intérêts (par. 132). La Cour d'appel s'est dite du même avis. La décision du juge de première instance de ne pas ordonner l'exécution intégrale du contrat n'est pas contestée dans le présent pourvoi.

[33] Southcott affirme toutefois que, même si elle n'a pas obtenu gain de cause en ce qui concerne sa demande d'exécution intégrale, elle a agi rapidement et sa demande est sérieuse, étant donné que l'immeuble en question était une occasion unique, vu son emplacement et la rareté des propriétés de ce genre dans la région métropolitaine de Toronto. Elle soutient par conséquent qu'il n'était pas raisonnable de tenter de mitiger son préjudice : la réparation que constitue l'exécution intégrale serait devenue illusoire.

[34] Suivant Southcott, le tribunal doit se poser deux questions distinctes lorsqu'un demandeur réclame l'exécution intégrale (1) y a-t-il lieu d'ordonner l'exécution intégrale? Si la réponse à cette question est négative (2) ce demandeur est-il justifié de ne pas prendre de mesures pour mitiger le préjudice? Southcott affirme que le juge de première

not consider whether it was justified in failing to mitigate.

[35] This Court dealt with this issue in *Asamera*, at pp. 668-69:

Before a plaintiff can rely on a claim to specific performance so as to insulate himself from the consequences of failing to procure alternate property in mitigation of his losses, some fair, real, and substantial justification for his claim to performance must be found. . . .

. . . .

. . . Where . . . circumstances reveal a substantial and legitimate interest in seeking [specific] performance as opposed to damages, then a plaintiff will be able to justify his inaction and on failing in his plea for specific performance might then [be able to] recover losses which in other circumstances might be classified as avoidable and thus unrecoverable

[36] This Court thus recognized that there may be situations in which a plaintiff's inaction is justifiable notwithstanding its failure to obtain an order for specific performance where circumstances reveal "some fair, real, and substantial justification" for his claim or "a substantial and legitimate interest" in seeking specific performance (*Asamera*, at pp. 668-69 (emphasis added)). This does not mean that a plaintiff with such a claim should not attempt to mitigate; rather it recognizes that such a claim for specific performance informs what is reasonable behaviour for the plaintiff in mitigation. See N. Siebrasse, "Damages in Lieu of Specific Performance: *Semelhago v. Paramadevan*" (1997), 76 *Can. Bar Rev.* 551.

[37] *Asamera* set out the general principles governing mitigation: was the plaintiff's inaction reasonable in the circumstances, and could the plaintiff have mitigated if it chose to do so. Those principles apply to a plaintiff seeking specific performance. If the plaintiff has a "substantial justification" or a "substantial and legitimate interest" in specific performance, its refusal to purchase other

instance a confondu ces deux questions et qu'il a omis de se demander si Southcott était justifiée de ne pas mitiger le préjudice.

[35] Notre Cour a examiné cette question dans l'arrêt *Asamera*, p. 668-669 :

Pour qu'un demandeur puisse invoquer une action en exécution intégrale pour justifier son omission d'acheter des biens de remplacement pour limiter le préjudice, son action en exécution intégrale doit être fondée sur des motifs équitables, réels et importants. . . .

. . . .

. . . Le seul cas où un demandeur peut justifier son inaction est celui où l'action en exécution intégrale, par opposition à une action en dommages-intérêts, est fondée sur un intérêt important et légitime; dans ce cas, s'il n'obtient pas l'exécution intégrale, il peut obtenir des dommages-intérêts pour des pertes qui, en d'autres circonstances, auraient pu être évitées et pour lesquelles il n'aurait donc pas pu se faire indemniser. . . .

[36] Ainsi, notre Cour a reconnu que dans certains cas, l'inaction du demandeur peut se justifier malgré le fait qu'il n'a pas réussi à obtenir l'exécution intégrale, lorsque les circonstances révèlent que sa demande est fondée sur des « motifs équitables, réels et importants » ou qu'un « intérêt important et légitime » lui permet de réclamer l'exécution intégrale (*Asamera*, p. 668-669 (je souligne)). Cela ne signifie pas que le demandeur qui présente une telle demande ne devrait pas tenter de mitiger son préjudice; on reconnaît plutôt qu'une telle demande d'exécution intégrale indique ce qu'il faut entendre par comportement raisonnable du demandeur pour mitiger le préjudice. Voir N. Siebrasse, « Damages in Lieu of Specific Performance: *Semelhago v. Paramadevan* » (1997), 76 *R. du B. can.* 551.

[37] L'arrêt *Asamera* énonce les principes généraux régissant la mitigation du préjudice : l'inaction du demandeur était-elle raisonnable dans les circonstances, et le demandeur aurait-il pu mitiger le préjudice s'il avait choisi de le faire? Ces principes s'appliquent au demandeur qui cherche à obtenir une exécution intégrale. Si le demandeur a des « motifs [. . .] importants » ou un « intérêt

property may be reasonable, depending upon the circumstances of the case.

[38] The statements in *Asamera* dealing with specific performance and the determination of what is reasonable conduct must be read in light of *Semelhago v. Paramadevan*, [1996] 2 S.C.R. 415. In that case, the Court acknowledged that “[w]hile at one time the common law regarded every piece of real estate to be unique, with the progress of modern real estate development this is no longer the case” (para. 20). The Court thus found that it “cannot be assumed that damages for breach of contract for the purchase and sale of real estate will be an inadequate remedy in all cases” (para. 21). Specific performance will be available only where money cannot compensate fully for the loss, because of some “peculiar and special value” of the land to the plaintiff (para. 21, citing *Adderley v. Dixon* (1824), 1 Sim. & St. 607, 57 E.R. 239, at p. 240).

[39] The overriding issue is therefore whether Southcott’s inaction was reasonable. Southcott argued at trial that the fact that the property was uniquely well situated gives it the unique character required to constitute a fair justification for specific performance (para. 119 of the trial judge’s decision).

[40] I agree with the courts below that this is not a case where the plaintiff could reasonably refuse to mitigate. The trial judge made clear findings that the land was nothing more unique to Southcott than a singularly good investment and that this was not a case in which damages were too speculative or uncertain to be a satisfactory remedy. The unique qualities related solely to the profitability of the development for which damages were an adequate remedy (paras. 126 and 128). The calculation of profits was not conjectural or speculative as the proposed development was not complex, and the only disagreement between the parties regarding

important et légitime » qui lui permet de réclamer l’exécution intégrale, son refus d’acheter un autre bien peut être raisonnable compte tenu des circonstances de l’espèce.

[38] Les énoncés que l’on trouve dans l’arrêt *Asamera* au sujet de l’exécution intégrale et de ce qu’il faut entendre par comportement raisonnable doivent être interprétés en fonction de l’arrêt *Semelhago c. Paramadevan*, [1996] 2 R.C.S. 415. Dans cet arrêt, la Cour a reconnu que « [m]ême si, à une certaine époque, la common law considérait chaque bien immeuble comme étant unique, ce n’est plus le cas avec l’évolution du développement immobilier moderne » (par. 20). La Cour a par conséquent conclu qu’« [o]n ne saurait présumer que des dommages-intérêts pour la rupture du contrat de vente d’un immeuble constitueront une réparation inadéquate dans tous les cas » (par. 21). Le demandeur ne pourra obtenir l’exécution intégrale que si l’octroi d’une somme d’argent ne pourrait l’indemniser complètement de la perte en raison de la « valeur particulière » que le terrain en question peut avoir pour lui (par. 21, citant l’arrêt *Adderley c. Dixon* (1824), 1 Sim. & St. 607, 57 E.R. 239, p. 240).

[39] La question essentielle est donc de savoir si l’inaction de Southcott était raisonnable. Southcott a soutenu au procès que l’emplacement idéal de l’immeuble lui conférait le caractère unique nécessaire pour justifier sa demande d’exécution intégrale (par. 119 de la décision du juge de première instance).

[40] Je suis d’accord avec les juridictions inférieures pour dire qu’il ne s’agit pas en l’espèce d’un cas où la demanderesse pouvait raisonnablement refuser de mitiger son préjudice. Le juge de première instance a clairement indiqué que la seule caractéristique qui rendait ce terrain unique pour Southcott était le fait qu’il s’agissait d’un investissement particulièrement intéressant, et qu’il ne s’agissait pas d’un cas où les dommages-intérêts étaient trop spéculatifs ou incertains pour constituer une réparation satisfaisante. Les caractéristiques uniques avaient trait seulement à la rentabilité du projet immobilier et les dommages-intérêts

the quantum of damages related to the timing and rate of sale of completed units (paras. 130 and 132).

[41] A plaintiff deprived of an investment property does not have a “fair, real, and substantial justification” or a “substantial and legitimate” interest in specific performance (*Asamera*, at pp. 668-69) unless he can show that money is not a complete remedy because the land has “a peculiar and special value” to him (*Semelhago*, at para. 21, citing *Adderley*, at p. 240). Southcott could not make such a claim. It was engaged in a commercial transaction for the purpose of making a profit. The property’s particular qualities were only of value due to their ability to further profitability. Southcott cannot therefore justify its inaction.

C. *The Trial Judge Erred in Finding no Evidence of Comparable Profitable Properties Available for Mitigation*

[42] In this case, Southcott admitted that it made no efforts to mitigate — on the basis that it was not obliged to do so. Southcott submits that the Court of Appeal erred in shifting the onus to the plaintiff based on the admission by Southcott’s principal that he had no intention to mitigate through Southcott. Southcott says that the Board did not provide the trial judge with evidence that there was a comparable profitable investment property available for sale. The trial judge found that there were no comparable or profitable properties. Southcott submits that the Court of Appeal erred in disregarding the trial judge’s finding of fact and in substituting its own.

[43] The entirety of the trial judge’s analysis on this issue was as follows:

constituaient une réparation adéquate (par. 126 et 128). Le calcul des profits n’était ni conjectural ni spéculatif car il ne s’agissait pas d’un projet complexe, et le seul point de discordance entre les parties concernant le montant des dommages-intérêts portait sur le moment de la vente des unités achevées et le taux de vente de ces unités (par. 130 et 132).

[41] Un demandeur privé d’un immeuble de placement ne peut exiger l’exécution intégrale en invoquant des « motifs équitables, réels et importants » ou un « intérêt important et légitime » (*Asamera*, p. 668-669) que si l’octroi d’une somme d’argent ne constituerait pas une réparation complète parce que cet immeuble a une « valeur particulière » pour lui (*Semelhago*, par. 21, citant l’arrêt *Adderley*, p. 240). Southcott ne pouvait faire une telle affirmation. Elle avait entrepris cette opération commerciale dans le but de réaliser un profit. Les caractéristiques particulières de l’immeuble tenaient seulement à sa valeur du fait qu’il pouvait s’avérer rentable. Southcott ne peut donc pas justifier son inaction.

C. *Le juge de première instance a commis une erreur en concluant à l’absence de preuve de l’existence d’immeubles comparables rentables pouvant servir à mitiger le préjudice*

[42] Dans le cas qui nous occupe, Southcott a admis n’avoir fait aucun effort pour mitiger sa perte — parce qu’elle estimait ne pas y être tenue. Southcott plaide que la Cour d’appel a commis une erreur en déplaçant le fardeau de la preuve sur elle parce que son directeur avait admis n’avoir nullement l’intention de mitiger le préjudice de Southcott. Cette dernière affirme que le conseil scolaire n’a pas fourni au juge de première instance une preuve de l’existence d’une propriété de placement comparable et rentable offerte en vente. Le juge a conclu qu’il n’y avait pas de propriétés comparables ou rentables. Southcott plaide que la Cour d’appel a commis une erreur en écartant la conclusion de fait tirée par le juge de première instance et en y substituant la sienne.

[43] Voici le texte intégral de l’analyse de cette question faite par le juge de première instance :

There was no evidence that the properties referred to [by the Board's expert] were actually available to the public for sale but only that they had been sold. Also there was no evidence that had these properties been purchased that they could have been profitably developed. In any event, I am not satisfied that the evidence established that these were comparable properties or that had they been purchased, that the plaintiff's loss would have been avoided or reduced. [para. 144]

[44] Regarding the failure to mitigate, the Court of Appeal found that the trial judge had erred in law:

First, Southcott's admission that it had no intention of taking any steps to mitigate its loss was sufficient to satisfy the onus resting upon the Board to prove failure to mitigate and to shift the evidentiary onus to Southcott of demonstrating that, even if it had attempted to mitigate, it could not have done so. Southcott led no evidence to that effect. In my view, the trial judge erred by holding that the Board had failed to meet the onus imposed upon it to prove that Southcott had failed to mitigate its damages.

... By requiring the Board to prove the precise manner in which 81 parcels of investment land had been sold or to prove the profitability of individual parcels, the trial judge raised any bar the Board had to satisfy to an unrealistic level, particularly in the face of Southcott's admission that it had no intention to mitigate and of the evidence that Ballantry actually did find other suitable development properties to purchase.

Third, the trial judge erred in the manner in which he dealt with the evidence of purchases made by Ballantry. Those purchases clearly demonstrate that the directing mind of Southcott knew that investment-quality lands, suitable for profitable development, were available on the market. [paras. 24-26]

[45] As noted above, where it is alleged that a plaintiff has failed to mitigate damages, the onus of proof on a balance of probabilities lies with the

[TRADUCTION] Il n'y avait aucun élément de preuve démontrant que les immeubles mentionnés par [l'expert du conseil scolaire] étaient effectivement offerts en vente au public. La preuve indiquait seulement que des immeubles avaient été vendus. Il n'y avait également aucun élément de preuve permettant de conclure que, si l'on avait acheté ces immeubles, on aurait pu les mettre en valeur de façon rentable. En tout état de cause, je ne suis pas convaincu que la preuve a établi que ces immeubles étaient des immeubles comparables ou que, si elle les avait achetés, la demanderesse aurait pu éviter ou diminuer sa perte. [par. 144]

[44] En ce qui concerne l'omission de mitiger le préjudice, la Cour d'appel a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur de droit :

[TRADUCTION] Tout d'abord, le fait que Southcott avait admis qu'elle n'avait nulle intention de prendre quelque mesure que ce soit pour mitiger ses pertes suffisait pour permettre au conseil scolaire de se décharger du fardeau de preuve qui reposait sur lui et pour déplacer ce fardeau sur Southcott, qui devait alors démontrer que, même si elle avait tenté de mitiger ses pertes, elle n'aurait pas pu le faire. Southcott n'a soumis aucun élément de preuve en ce sens. À mon avis, le juge de première instance a commis une erreur en estimant que le conseil scolaire ne s'était pas déchargé du fardeau qui lui incombait de démontrer que Southcott n'avait pas mitigé ses pertes.

... En obligeant le conseil scolaire à démontrer de manière précise comment les 81 parcelles de terrain de placement avaient été vendues ou à prouver que certaines d'entre elles étaient rentables, le juge de première instance a imposé au conseil scolaire un critère tellement exigeant qu'il ne pouvait y satisfaire, d'autant plus que Southcott avait admis qu'elle n'avait nullement l'intention de mitiger le préjudice, et compte tenu des éléments de preuve suivant lesquels Ballantry avait effectivement trouvé et acheté d'autres propriétés susceptibles d'être mises en valeur.

Troisièmement, le juge de première instance a commis une erreur dans la façon dont il a traité les éléments de preuve relatifs aux achats d'autres terrains effectués par Ballantry. Ces achats démontrent de façon évidente que le dirigeant de Southcott savait que des terrains de placement de qualité qui se prêtaient bien à une mise en valeur rentable étaient disponibles sur le marché. [par. 24-26]

[45] Comme nous l'avons déjà signalé, lorsqu'il est allégué que le demandeur n'a pas mitigé ses pertes, la charge de la preuve selon la prépondérance

defendant, who must establish not only that the plaintiff failed to take reasonable efforts to find a substitute, but also that a reasonable profitable substitute could be found.

[46] Thus, it would be an error to suggest that the defendant did not have the burden of showing that mitigation was possible even where the plaintiff made no attempt to do so. Further, while I agree that the trial judge erred in dealing with the Board's evidence regarding the availability of the 81 properties, the error is best approached as an evidentiary issue rather than as one engaging the burden of proof.

[47] The finding about whether Southcott could have mitigated involves applying a legal standard; it is a question of mixed fact and law. Whether or not there were comparable properties and whether they were profitable is a finding of fact. Implicit in the Court of Appeal's decision is the conclusion that the trial judge's findings of fact were unreasonable.

[48] For the reasons that follow, I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in principle by failing to consider relevant evidence. In particular, Ballantry's subsequent purchases were evidence that other development properties were reasonably available. These errors skewed his factual analysis on the issue of mitigation. I conclude that the trial judge made a palpable and overriding error in finding that there were no comparable profitable mitigation opportunities: see *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 10.

(1) The Expert Evidence of Comparable Properties

[49] At trial, the Board presented evidence that 81 parcels of raw land suitable for development and 49 properties subdivided into lots suitable for building

des probabilités repose sur le défendeur, qui doit établir non seulement que le demandeur n'a pas fait d'efforts raisonnables pour trouver un bien de substitution, mais également qu'il était possible de trouver un bien de substitution rentable et valable.

[46] Ainsi, il serait erroné de prétendre qu'il n'incombait pas au défendeur de démontrer qu'il était possible de mitiger les dommages même lorsque le demandeur n'a rien fait pour les mitiger. De plus, même si j'estime que le juge de première instance a commis une erreur dans son analyse de la preuve relative à la disponibilité des 81 immeubles faite par le conseil scolaire, il est préférable d'aborder cette erreur en disant qu'elle tient à une question de preuve plutôt qu'à l'application du fardeau de la preuve.

[47] La conclusion relative à la question de savoir si Southcott aurait pu mitiger le préjudice suppose l'application d'une norme juridique; il s'agit d'une question mixte de fait et de droit. La question de savoir s'il existait des immeubles comparables et s'ils étaient rentables est une question de fait. Dans sa décision, la Cour d'appel en vient implicitement à qualifier de déraisonnables les conclusions de fait du juge de première instance.

[48] Pour les raisons qui suivent, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le juge de première instance a commis une erreur de principe en n'examinant pas les éléments de preuve pertinents. Plus particulièrement, les achats subséquents de Ballantry démontraient que d'autres terrains susceptibles d'être mis en valeur étaient raisonnablement disponibles. Ces erreurs ont faussé l'analyse factuelle sur la question de la mitigation du préjudice. Je conclus que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en affirmant qu'il n'y avait pas de possibilités d'acquiescer une propriété rentable comparable permettant de mitiger le préjudice : voir *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10.

(1) La preuve d'expert relative aux immeubles comparables

[49] Au procès, le conseil scolaire a présenté des éléments de preuve établissant que 81 parcelles de terres en friche propres à être mises en valeur et 49

were available for sale in the GTA and were in fact sold in the period between January 31, 2005 and the time of trial (para. 136 of the trial judge's decision). The parameters that the Board's expert used in selecting alternative available parcels were sales of land between \$1,000,000 and \$27,000,000, that had an estimated time to develop of one year or less, and that could be developed for low to medium density residential. These parameters were chosen to match the parameters of the actual purchases made by the Ballantry Group.

[50] Nevertheless, the trial judge concluded that the Board had not discharged the onus of proving that Southcott failed to take advantage of a reasonable opportunity to mitigate. He found that: there was no evidence that the 81 properties were actually available to the public for sale; there was no evidence that, had these properties been purchased, they could have been profitably developed, and the plaintiff's loss could have been avoided or reduced; and in any event, these properties were not comparable properties.

[51] The trial judge failed to consider the available and reasonable inferences of the Board's evidence that there were 81 parcels of raw land suitable for development and 49 properties subdivided into lots suitable for building sold during the time period in issue here. In cross-examination, the Board's expert witness admitted being unaware of the marketing strategies used to sell the 81 properties sold during the period in which the Board suggested that Southcott could mitigate (A.R., at p. 232-33). However, notwithstanding that answer, it is an obvious inference that if 81 properties suitable for development were offered for sale, and were in fact sold, then investment properties were available to developers for sale, particularly in the absence of evidence to the contrary.

propriétés foncières subdivisées en lots constructibles étaient en vente dans la région métropolitaine de Toronto et avaient effectivement été vendues au cours de la période comprise entre le 31 janvier 2005 et la date du début du procès (par. 136 de la décision du juge de première instance). L'expert du conseil scolaire avait retenu les paramètres suivants pour le choix des parcelles de substitution disponibles : des terrains vendus pour un prix variant entre 1 000 000 \$ et 27 000 000 \$ qui pourraient être mis en valeur dans un délai maximum d'un an et qui se trouvaient dans une zone résidentielle familiale à densité faible à moyenne. Ces paramètres avaient été retenus parce qu'ils correspondaient aux achats effectivement effectués par le groupe Ballantry.

[50] Le juge de première instance a néanmoins conclu que le conseil scolaire ne s'était pas acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer que Southcott ne s'était pas prévalu d'une possibilité raisonnable qui s'offrait à elle de mitiger ses pertes. Selon lui, la preuve ne démontrait pas que les 81 propriétés étaient effectivement offertes en vente au public, et que, si elle avait acheté ces propriétés, la demanderesse aurait pu les mettre en valeur de façon rentable, évitant ou diminuant ainsi ses pertes. Toujours selon le juge, de toute façon, ces propriétés n'étaient pas des propriétés comparables.

[51] Le juge de première instance n'a pas considéré les inférences raisonnables que lui présentait la preuve faite par le conseil scolaire suivant laquelle 81 parcelles de terrain en friche prêtes à être mises en valeur et 49 propriétés subdivisées en lots constructibles avaient été vendues au cours de la période en cause. En contre-interrogatoire, l'expert cité par le conseil scolaire a reconnu ne pas connaître les stratégies de mise en marché appliquées pour la vente des 81 immeubles vendus au cours de la période durant laquelle, selon le conseil scolaire, Southcott aurait pu mitiger ses pertes (d.a., p. 232-233). En dépit de cette réponse toutefois, on pouvait inférer tout naturellement que, si 81 terrains se prêtant à une mise en valeur avaient été offerts en vente et avaient effectivement été vendus, il existait donc des immeubles de placement qui étaient offerts en vente aux promoteurs immobiliers, en particulier en l'absence de preuve contraire.

[52] Further, the trial judge failed to consider whether the fact that all of the properties the Board's expert testified to were capable of being brought to development in a year could support an inference that their development was profitable. Reasonable inferences of profitability could be drawn based upon the size and price of property or the fact that land was purchased for development purposes by experienced developers. The trial judge did not turn his mind to this evidence.

[53] Finally, the trial judge also failed to consider that an adverse inference against Southcott could be drawn from the fact that it led no evidence about the profitability of the alternative development opportunities.

(2) The Purchases by Ballantry

[54] I agree with the Court of Appeal that the trial judge also erred in failing to consider whether the purchases by the Ballantry corporations provided evidence of other profitable properties available in mitigation. As noted above, the trial judge found (at para. 143) that the other properties purchased by other members of the Ballantry Group were "collateral" in the sense that the transactions would have occurred whether or not the defendant had breached its contract with Southcott and did not represent actual mitigation due to Southcott's distinct legal personality. This is not challenged.

[55] The trial judge did not go on to consider, however, whether these transactions established that those same properties were evidence of "available" comparable mitigation opportunities in the market. Because Southcott is a separate legal entity, purchases by other Ballantry corporations of other comparable property did not make those properties "unavailable" for mitigation. In effect, the trial judge ignored the separate legal personalities

[52] De plus, le juge de première instance n'a pas examiné si le fait que tous les immeubles étaient susceptibles, selon la déposition de l'expert cité par le conseil scolaire, d'être mis en valeur au cours de l'année pouvait permettre d'inférer que leur mise en valeur était rentable. Il était raisonnablement possible de déduire la rentabilité en se fondant sur la superficie et le prix des terrains, ou sur le fait que des promoteurs d'expérience ont acquis des terrains pour les mettre en valeur. Le juge de première instance ne s'est pas préoccupé de ces éléments de preuve.

[53] Enfin, le juge de première instance n'a pas tenu compte non plus de la possibilité de tirer une inférence défavorable à Southcott du fait que cette dernière n'a avancé aucun élément de preuve au sujet de la rentabilité des autres terrains susceptibles d'être mis en valeur.

(2) L'achat de terrains par Ballantry

[54] Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le juge de première instance a aussi commis une erreur en ne cherchant pas à savoir si l'achat de terrains par les sociétés du groupe Ballantry offrait la preuve de l'existence d'autres terrains pouvant servir à mitiger le préjudice. Tel qu'indiqué précédemment, le juge de première instance a conclu (au par. 143) que les autres immeubles acquis par d'autres sociétés du groupe Ballantry étaient [TRADUCTION] « accessoires » en ce sens que ces acquisitions auraient été faites indépendamment de la violation, par la défenderesse, de son contrat avec Southcott et ne constituaient pas une véritable mitigation du préjudice en raison de la personnalité juridique distincte de Southcott. Ce point n'est pas contesté.

[55] Le juge de première instance ne s'est toutefois pas demandé ensuite si ces opérations démontraient que ces mêmes terrains permettaient d'établir que des occasions comparables pouvant servir à mitiger le préjudice « s'offraient » sur le marché. En raison de l'identité juridique distincte de Southcott, l'acquisition d'autres immeubles comparables par les autres sociétés du groupe Ballantry ne faisait pas en sorte que ces immeubles soient

of Southcott and the other corporations in the Ballantry Group by failing to consider those purchases as evidence of the existence of mitigation opportunities.

[56] The Ballantry Group companies purchased seven other development properties subsequent to the breach of the agreement, ranging in size from 2.3 acres to 110.8 acres and in price from \$3.3 million to \$27.1 million. In particular, two specific purchases were clearly comparable. Southcott had agreed to purchase 4.78 acres of land for \$3.44 million in August 2004. Ballantry corporations purchased 2.7 acres for \$3.3 million in August 2005 and 2.3 acres for \$6 million in December 2006.

[57] The defence raised by Southcott, which was accepted by the trial judge, was that the purchases by Ballantry Group of development lands in the GTA were purchases which would have been made in any event, regardless of whether Southcott purchased the Board's property. However, it is no answer to say that other companies in the same corporate group would have purchased the other available lands in any event. It was clear from the testimony of the president of Southcott and co-owner of Ballantry that the Ballantry Group was always purchasing promising development land and that the different companies were simply used as different vehicles to invest.

[58] It was a choice on the part of the principals of the Ballantry Group as to which corporate entity would be used for each purchase and they elected not to use Southcott. In addition, the trial judge found that “[t]he plaintiff[’s] proposed development here was not complex, but rather a relatively straightforward plan for the development of 48 semi-detached residential units” (para. 132). In

« non disponibles » pour mitiger le préjudice. En fait, le juge de première instance a fait abstraction de la personnalité juridique distincte de Southcott et des autres sociétés du groupe Ballantry lorsqu’il n’a pas tenu compte de ces acquisitions comme preuve de l’existence de possibilités de mitiger le préjudice.

[56] Postérieurement à la violation du contrat, les sociétés du groupe Ballantry ont acheté sept autres propriétés susceptibles d’être mises en valeur. Ces propriétés avaient une superficie variant entre 2,3 acres et 110,8 acres et leur prix oscillait entre 3,3 millions de dollars et 27,1 millions de dollars. Parmi ces propriétés, deux en particulier étaient de toute évidence comparables. Southcott avait convenu d’acheter 4,78 acres de terrain pour 3,44 millions de dollars en août 2004. Les sociétés du groupe Ballantry ont acheté 2,7 acres pour 3,3 millions de dollars en août 2005 et 2,3 acres pour 6 millions de dollars en décembre 2006.

[57] Selon le moyen de défense invoqué par Southcott et accepté par le juge de première instance, les achats, par le groupe Ballantry, de terrains susceptibles d’être mis en valeur dans la région métropolitaine de Toronto étaient des achats qui auraient été faits de toute façon, peu importe que Southcott achète ou non le terrain du conseil scolaire. Toutefois, il ne sert à rien de dire que d’autres sociétés du même groupe d’entreprises auraient de toute façon acheté les autres terrains disponibles. Il ressort à l’évidence du témoignage du président de Southcott, qui est également copropriétaire de Ballantry, que le groupe Ballantry achetait toujours des terrains susceptibles d’être mis en valeur et qu’il se servait simplement de différentes sociétés pour diversifier les modes de placement.

[58] Les dirigeants du groupe Ballantry ont fait le choix de la personne morale qui serait utilisée pour chacun de ces achats et ils ont écarté Southcott. Le juge de première instance a par ailleurs fait observer que [TRADUCTION] « [l]e projet immobilier proposé par les demandeurs en l’espèce n’avait rien de complexe; il s’agissait d’un plan relativement simple prévoyant la construction

these circumstances, a straightforward development could have been carried out on a different property by Southcott, had it wanted to mitigate its loss. This corresponds to the modern reality recognized in *Semelhago* that “[r]esidential, business and industrial properties are all mass produced much in the same way as other consumer products” (para. 20).

[59] As the Court of Appeal concluded (at paras. 25-26), the Ballantry Group’s purchases of other properties was evidence that other suitable development lands *were* available and the decision not to purchase them in Southcott’s name was based on other considerations. I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in failing to consider these purchases as evidence of other available and comparable development properties.

V. Conclusion

[60] In conclusion, the trial judge erred in failing to consider relevant evidence and made a palpable and overriding error of fact in concluding that Southcott could not have reasonably avoided its loss.

[61] He failed to take into account in his analysis of the mitigation issue that Southcott had simply refused to take any mitigatory action. He failed to consider the evidence of Ballantry’s purchases as supporting the inference that alternative parcels were available and that their development was sufficiently profitable to meet Ballantry’s requirements. He conflated a lack of evidence regarding the marketing of parcels with a lack of evidence that any of the parcels had been available for sale. He failed to consider whether the fact that all of the properties the Board’s expert testified were development properties capable of being brought to development in a year could support an inference that their development was profitable. Finally, he failed to consider the fact that Southcott

de 48 habitations jumelées » (par. 132). Dans ces conditions, Southcott aurait pu réaliser un projet tout aussi simple sur un autre terrain, si elle avait voulu mitiger ses pertes, ce qui correspond à la réalité moderne reconnue dans l’arrêt *Semelhago*, en l’occurrence que « [t]outes les propriétés, qu’elles soient résidentielles, commerciales ou industrielles, sont maintenant produites en série de la même façon que les autres biens de consommation » (par. 20).

[59] Ainsi que la Cour d’appel l’a conclu (au par. 25-26), l’achat d’autres propriétés par le groupe Ballantry démontre que d’autres terrains convenables qui se prêtaient à une mise en valeur *étaient* disponibles et que la décision de ne pas les acheter au nom de Southcott était motivée par d’autres considérations. Je suis d’accord avec la Cour d’appel pour dire que le juge de première instance a commis une erreur en ne considérant pas l’achat de ces autres terrains comme une preuve qu’il existait d’autres terrains comparables qui pouvaient être mis en valeur.

V. Conclusion

[60] En conclusion, le juge de première instance a commis une erreur en ne tenant pas compte des éléments de preuve pertinents, et il a commis une erreur de fait manifeste et dominante en concluant que Southcott n’aurait pas pu raisonnablement éviter sa perte.

[61] Dans son analyse de la question de la mitigation du préjudice, le juge de première instance n’a pas pris en compte le fait que Southcott avait tout simplement refusé de prendre des mesures pour mitiger sa perte. Il n’a pas tenu compte des acquisitions faites par le groupe Ballantry comme preuve permettant d’inférer que d’autres parcelles de terrain étaient disponibles et que leur mise en valeur était suffisamment rentable pour satisfaire aux exigences du groupe Ballantry. Il a confondu l’absence de preuve relative à la mise en marché des parcelles de terrain avec le manque de preuve qu’aucune des parcelles de terrain n’avait été disponible sur le marché. Il ne s’est pas demandé si le fait que toutes les propriétés qui, selon la déposition de l’expert cité par le conseil scolaire, constituaient des propriétés

did not lead evidence to challenge the Board's evidence regarding alternative development opportunities.

[62] In these circumstances, the Court of Appeal was entitled to look at the record and conclude that the trial judge's findings regarding mitigation were not available to him on the evidence. The evidence of the Ballantry purchases, in the context of Southcott's refusal to mitigate, established that there were opportunities to mitigate by purchasing other development land in the GTA. Failure to mitigate reduces damages. The Court of Appeal concluded that, based upon the investment properties purchased by Ballantry, and in the absence of evidence to the contrary, the Board discharged the burden of showing that other investment properties were available in the relevant time period to mitigate the losses and that the trial judge's finding that there were no comparable properties was not open to him on the evidence. I agree.

[63] I would dismiss the appeal with costs. In light of the result on the main appeal, I need not consider the cross-appeal. The cross-appeal should be dismissed without costs.

The following are the reasons delivered by

[64] THE CHIEF JUSTICE (dissenting) — Damages for breach of contract may be reduced if the plaintiff unreasonably fails to mitigate its loss. To show that a plaintiff unreasonably failed to mitigate its loss, the defendant who is in breach of the contract must establish: (1) that an opportunity to mitigate the loss existed; and (2) that the plaintiff acted unreasonably in failing to take that opportunity.

susceptibles de mise en valeur au cours de l'année, pouvait permettre d'inférer que leur mise en valeur était rentable. Enfin, il n'a pas tenu compte du fait que Southcott n'a présenté aucun élément de preuve à l'encontre de la preuve présentée par le conseil scolaire relativement aux autres propriétés susceptibles d'être mises en valeur.

[62] Dans ces conditions, la Cour d'appel pouvait examiner le dossier et conclure que le juge de première instance ne pouvait pas, vu la preuve dont il disposait, tirer les conclusions auxquelles il en est arrivé au sujet de la mitigation du préjudice. Les éléments de preuve relatifs aux acquisitions de terrains par Ballantry démontraient, eu égard au refus de Southcott de prendre des mesures pour mitiger ses pertes, qu'il existait des possibilités de mitiger le préjudice en achetant d'autres terrains susceptibles d'être mis en valeur dans la région métropolitaine de Toronto. Le défaut de mitiger ses pertes entraîne une réduction du montant des dommages-intérêts. La Cour d'appel a conclu que, compte tenu de l'achat d'immeubles de placement par Ballantry, et en l'absence d'éléments de preuve contraires, le conseil scolaire s'était acquitté du fardeau de démontrer qu'il existait, au cours de la période en cause, d'autres immeubles de placement qui auraient pu servir à mitiger les pertes, de sorte que la preuve dont disposait le juge de première instance ne lui permettait pas de conclure qu'il n'y avait pas d'immeubles comparables. Je partage cet avis.

[63] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens. Compte tenu de l'issue du pourvoi principal, il n'est pas nécessaire que j'examine le pourvoi incident et je suis d'avis de le rejeter sans dépens.

Version française des motifs rendus par

[64] LA JUGE EN CHEF (dissidente) — Les dommages-intérêts pour rupture de contrat peuvent être réduits lorsque le demandeur omet, sans justification, de mitiger sa perte. Pour démontrer que le défaut du demandeur de mitiger sa perte n'était pas justifié, le défendeur qui n'a pas respecté le contrat doit établir (1) l'existence d'une possibilité de mitiger la perte, et (2) que le défaut du demandeur de se prévaloir de cette possibilité n'était pas justifié.

[65] The trial judge found as a fact that the defendant had not proved that Southcott had an opportunity to mitigate. This finding, in my view, was grounded in the evidence. This is sufficient to dispose of the appeal. However, if such opportunity were found to exist, I see no basis on which to conclude that Southcott acted unreasonably in maintaining its suit for specific performance instead of mitigating its loss. It follows, in my view, that the judgment of the Court of Appeal should be set aside, and the trial judge's conclusion that the plaintiff established breach of contract and damages should be restored.

I. Background

[66] The Toronto Catholic District School Board contracted with Southcott Estates Inc. for the sale of 4.78 acres of surplus land for \$3.44 million. The closing date was August 31, 2004. Southcott was a wholly owned subsidiary of Ballantry Homes Inc., which was in the business of buying property and developing it for residential purposes. Southcott was a single-purpose company created expressly and only for the purpose of buying this parcel of land and developing it with single-family homes. Southcott had no assets except for the deposit it paid on the land.

[67] The land was part of a larger parcel on which school buildings were located so the agreement was conditional upon the Board obtaining a severance from the Committee of Adjustments on or before the closing date. The agreement was signed on June 14, 2004, but only became firm on August 23, 2004. The Board, realizing it might not be able to get severance of the property by the closing date of August 31, 2004, asked Southcott to extend the closing date to a fixed date after severance. Southcott was willing to extend the August 31 closing date, but insisted on a firm final date of January 31, 2005.

[65] Le juge de première instance a conclu que le défendeur n'avait pas prouvé que Southcott avait eu une possibilité de mitiger sa perte. Selon moi, cette conclusion était appuyée par la preuve. Cela suffit pour trancher l'appel. Cependant, s'il fallait conclure à l'existence d'une telle possibilité, je ne vois rien qui permette de conclure que Southcott n'était pas justifiée de maintenir sa demande en justice pour exécution intégrale au lieu de mitiger sa perte. Il s'ensuit à mon avis que le jugement de la Cour d'appel devrait être annulé et qu'il y aurait lieu de rétablir la conclusion du juge de première instance selon laquelle la demanderesse a prouvé la rupture du contrat et les dommages.

I. Contexte

[66] Le Toronto Catholic District School Board (le « conseil scolaire ») a conclu avec Southcott Estates Inc. un contrat pour la vente d'un terrain de 4,78 acres, dont il n'avait pas besoin, au prix de 3,44 millions de dollars. La date de clôture était le 31 août 2004. Southcott est une filiale à cent pour cent de Ballantry Homes Inc., dont les activités consistent à acquérir des propriétés et y ériger des immeubles résidentiels. Southcott est une société à but unique créée expressément dans le seul but d'acquérir cette parcelle de terrain et de la mettre en valeur en y construisant des résidences unifamiliales. Southcott n'a aucun actif à l'exception de la somme d'argent versée en dépôt pour l'acquisition du terrain.

[67] Le terrain faisant partie d'une plus grande parcelle sur laquelle se trouvent les immeubles d'une école, le contrat était conditionnel à ce que le conseil scolaire obtienne du comité des dérogations une disjonction au plus tard à la date de clôture. Le contrat a été signé le 14 juin 2004, mais il n'est devenu définitif que le 23 août 2004. Constatant qu'il risquait de ne pas obtenir la disjonction à la date de clôture prévue pour le 31 août 2004, le conseil scolaire a demandé à Southcott de proroger la date de clôture à une date fixe postérieure à la disjonction. Southcott a accepté de proroger la date de clôture du 31 août, mais elle a insisté pour que la date définitive soit fixée au 31 janvier 2005.

[68] The Board's application for severance was heard on December 16, 2004. It was deferred because the Board had failed to include a development plan in its application. This made it impossible for the Board to comply with the January 31, 2005 closing date. Southcott requested the Board to extend the closing date. The Board refused this request, declared the transaction to be at an end, and returned Southcott's deposit.

[69] Southcott took the position that the Board had breached its obligation to use its best efforts to obtain the severance and brought an action for specific performance or, in the alternative, damages.

[70] The trial judge held that the plaintiff was not entitled to an order for specific performance because the property was not sufficiently unique to satisfy the requirements of that remedy. However, he awarded damages in the amount of \$1,935,500, representing the loss of a 60 percent chance to make profits in the amount of \$3,225,827. He rejected the Board's argument that Southcott had failed to act reasonably to mitigate its loss, holding that the Board had not established as a matter of fact that mitigation opportunities were available.

[71] The Court of Appeal reversed the trial judge's decision and set aside the award for damages, essentially holding that the evidence, properly viewed, established an unreasonable failure to mitigate.

II. The Requirements of Mitigation

[72] The doctrine of mitigation holds that a plaintiff cannot recover damages for loss that could have been reasonably avoided: *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633, at p. 660; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways Company of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673 (H.L.), at p. 689;

[68] La demande de disjonction du conseil scolaire a été examinée le 16 décembre 2004. La décision a été retardée parce que le conseil scolaire n'avait pas joint à sa demande un plan de mise en valeur. De ce fait, le conseil scolaire n'a pu respecter la date de clôture du 31 janvier 2005. Southcott a demandé au conseil scolaire de proroger la date de clôture. Le conseil scolaire a refusé, a déclaré l'opération caduque et a remboursé à Southcott la somme versée en dépôt.

[69] Southcott a fait valoir que le conseil scolaire avait manqué à son obligation de tout mettre en œuvre pour obtenir la disjonction et a introduit une action visant à obtenir l'exécution intégrale du contrat ou, à titre subsidiaire, des dommages-intérêts.

[70] Le juge de première instance a conclu que la demanderesse n'avait pas droit à l'exécution intégrale parce que l'immeuble n'avait pas le caractère unique qui lui aurait permis de répondre aux exigences nécessaires à l'obtention de cette réparation. Il a toutefois accordé la somme de 1 935 500 \$ à titre de dommages-intérêts, ce qui correspondait à une perte de chance de 60 p. 100 de réaliser un profit de 3 225 827 \$. Il a rejeté l'argument du conseil scolaire selon lequel Southcott a omis sans justification de mitiger sa perte et a conclu que le conseil scolaire n'avait pas établi au regard des faits l'existence de possibilités de mitiger la perte.

[71] La Cour d'appel a infirmé la décision du juge de première instance et annulé la condamnation aux dommages-intérêts; elle a essentiellement conclu que la preuve, appréciée comme il se doit, avait établi une omission injustifiée de mitiger le préjudice.

II. Les exigences en matière de la mitigation du préjudice

[72] Selon le principe de la mitigation du préjudice, un demandeur ne peut obtenir des dommages-intérêts pour des pertes qui auraient raisonnablement pu être évitées : *Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633, p. 660; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. c. Underground Electric Railways Company*

Dunkirk Colliery Co. v. Lever (1878), 9 Ch. D. 20 (C.A.), at p. 25. A plaintiff is not contractually obliged to mitigate, and in this sense the term “duty to mitigate” is misleading. However, if the plaintiff unreasonably fails to mitigate, its damages for breach of contract may be reduced: *Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 S.C.R. 146, at pp. 166-67; *Darbishire v. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067 (C.A.), at p. 1075.

[73] The defendant, having breached the contract, bears the onus of proving that the plaintiff unreasonably failed to mitigate its loss: *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324, at pp. 330-31; *Roper v. Johnson* (1873), L.R. 8 C.P. 167. This entails establishing, on a balance of probabilities: (1) that opportunities to mitigate the loss were available to the plaintiff; and (2) that the plaintiff unreasonably failed to pursue these opportunities.

[74] Failure to mitigate may not be unreasonable for a variety of reasons. One such reason may be a “fair, real, and substantial justification” for claiming specific performance: *Asamera*, at pp. 667-68. Another may be lack of financial resources: *McGregor on Damages* (18th ed. 2009), at para. 7-088. The rules for mitigation “do not require the injured party to do what he cannot afford to do when he is seeking to reduce the damages payable by the wrongdoer”: *Lagden v. O’Connor*, [2003] UKHL 64, [2004] 1 All E.R. 277, at para. 51 (*per Lord Hope*); see also *General Securities Ltd. v. Don Ingram Ltd.*, [1940] S.C.R. 670.

[75] Unreasonable failure to mitigate loss reduces damages to the extent that mitigation would have avoided the loss: see *Andros Springs v. World Beauty*, [1970] P. 144 (C.A.), at p. 154 (*per Lord Denning*). If a mitigation opportunity would only partially avoid the plaintiff’s loss, then only a partial reduction in damages can be justified.

of London, Ltd., [1912] A.C. 673 (H.L.), p. 689; *Dunkirk Colliery Co. c. Lever* (1878), 9 Ch. D. 20 (C.A.), p. 25. Un demandeur n’a pas d’obligation contractuelle de mitiger le préjudice, et en ce sens, l’expression « obligation de limiter le préjudice » est trompeuse. Cependant, lorsque le demandeur omet sans justification de mitiger sa perte, les dommages-intérêts pour rupture de contrat peuvent être réduits : *Janiak c. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146, p. 166-167; *Darbishire c. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067 (C.A.), p. 1075.

[73] Il incombe au défendeur, qui n’a pas respecté le contrat, de prouver que le défaut du demandeur de mitiger sa perte n’était pas justifié : *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324, p. 330-331; *Roper c. Johnson* (1873), L.R. 8 C.P. 167. Cela signifie qu’il doit établir, suivant la prépondérance des probabilités, (1) que le demandeur avait eu des possibilités de mitiger sa perte et (2) que son défaut de se prévaloir de ces possibilités n’était pas justifié.

[74] Diverses raisons peuvent faire en sorte que l’omission de mitiger le préjudice sera justifiée. L’existence de « motifs équitables, réels et importants » de demander l’exécution intégrale peut constituer l’une de ces raisons : *Asamera*, p. 667-668. Le manque de ressources financières peut constituer une autre raison : *McGregor on Damages* (18^e éd. 2009), par. 7-088. Les règles relatives à la mitigation du préjudice [TRADUCTION] « n’exigent pas de la personne lésée qu’elle fasse ce qu’elle n’a pas les moyens de faire lorsqu’elle cherche à diminuer le montant des dommages-intérêts que doit payer l’auteur du préjudice » : *Lagden c. O’Connor*, [2003] UKHL 64, [2004] 1 All E.R. 277, par. 51 (*lord Hope*); voir également *General Securities Ltd. c. Don Ingram Ltd.*, [1940] R.C.S. 670.

[75] L’omission injustifiée de mitiger la perte diminue le montant des dommages-intérêts dans la mesure où la mitigation aurait permis d’éviter la perte : voir *Andros Springs c. World Beauty*, [1970] P. 144 (C.A.), p. 154 (*lord Denning*). Si une possibilité de mitiger le préjudice permettrait seulement d’éviter en partie la perte, une diminution partielle seulement des dommages-intérêts peut être justifiée.

III. Opportunity to Mitigate

[76] The trial judge found that the Board had not discharged its onus of proving that Southcott unreasonably failed to mitigate its loss because it did not establish that the opportunity to mitigate existed. This finding must stand unless it constitutes palpable and overriding error: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 10.

[77] The Board sought to prove that mitigation opportunities existed in two ways — through the testimony of an expert witness and with evidence of purchases made by other Ballantry companies.

A. *The Evidence of the Expert Witness*

[78] The trial judge found that the Board's expert witness's evidence did not establish opportunity to mitigate the loss.

[79] The Board's expert presented evidence of 81 parcels of raw land and 49 subdivided properties that were purchased in the Greater Toronto Area ("GTA") between January 31, 2005 and the time of trial. The trial judge found a number of shortcomings in this evidence.

[80] First, there was no evidence that the alleged properties the expert referred to were actually available to Southcott; the Board's expert witness admitted to being entirely unaware of whether substitute property was available to the public for sale during the period in which the Board suggested that Southcott could mitigate (A.R., at p. 233).

[81] Second, the evidence did not establish that these properties were comparable to Southcott's target property ((2009), 78 R.P.R. (4th) 285, at para. 144). Little was known about the properties identified by the Board's expert witness beyond their size, cost, and nearest major intersection. Most were outside the City of Toronto. The properties vary widely in both size and price, including parcels as

III. Possibilité de mitiger le préjudice

[76] Le juge de première instance a conclu que le conseil scolaire ne s'était pas acquitté de son fardeau de prouver que le défaut de Southcott de mitiger sa perte n'était pas justifié parce que le conseil scolaire n'avait pas établi l'existence d'une possibilité de la mitiger. Cette conclusion ne peut être écartée que si elle est entachée d'une erreur manifeste et dominante : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10.

[77] Le conseil scolaire a eu recours à deux moyens pour tenter de prouver l'existence de possibilités de mitiger la perte — par le témoignage d'un expert et par la preuve des acquisitions faites par d'autres sociétés du groupe Ballantry.

A. *La déposition de l'expert*

[78] Le juge de première instance a conclu que la déposition de l'expert cité par le conseil scolaire n'avait pas établi une possibilité de mitiger la perte.

[79] L'expert cité par le conseil scolaire a affirmé que 81 parcelles de terres en friche et 49 propriétés foncières subdivisées avaient été achetées dans la région métropolitaine de Toronto entre le 31 janvier 2005 et la date du début du procès. Le juge de première instance a relevé dans cette preuve un certain nombre de lacunes.

[80] Premièrement, il n'y avait pas de preuve que Southcott pouvait effectivement acquérir les propriétés en question dont l'expert faisait état; ce dernier a admis qu'il ne savait pas du tout si ces propriétés avaient été offertes en vente au public pendant la période durant laquelle, selon le conseil scolaire, Southcott aurait pu mitiger son préjudice (d.a., p. 233).

[81] Deuxièmement, la preuve n'établissait pas que ces propriétés étaient comparables au terrain que Southcott souhaitait acquérir ((2009), 78 R.P.R. (4th) 285, par. 144). On savait peu de choses au sujet des terrains indiqués par l'expert cité par le conseil scolaire, si ce n'est leur superficie, leur coût et le grand carrefour le plus rapproché. La plupart se trouvaient à l'extérieur de la ville de Toronto. La

large as 123.988 acres, as small as 0.251 acres, and costing as much as \$23.77 million. The trial judge concluded that the comparability of these properties to Southcott's 4.78 acre target property had not been established.

[82] Third, the trial judge found that the evidence did not establish that alternate properties could have been profitably developed (para. 144). Only a profitable development would mitigate Southcott's loss; an unprofitable one would aggravate it. A plaintiff is not required to take foolish steps that would not reduce its loss. The Board's expert presented no evidence on the potential profitability of the properties he referred to.

[83] The Court of Appeal criticized the trial judge's finding that the evidence did not establish profitability, on the ground that he raised the burden of proof on the Board to an unrealistic level (2010 ONCA 310, 104 O.R. (3d) 784, at para. 25). With respect, the burden was clear — the Board had to establish that alternate properties could have been profitably developed on a balance of probabilities. There is no indication that the trial judge failed to appreciate this basic principle. See *World Beauty*, at p. 154.

[84] The trial judge found that the Board's expert witness failed to establish that Southcott had opportunities to mitigate its loss. This finding finds support in the evidence and is not vitiated by legal error. It follows that it cannot be set aside: *Housen*.

B. *The Evidence of Purchases by Other Ballantry Companies*

[85] The second way the Board sought to discharge its onus of showing opportunity to mitigate was by evidence that other Ballantry companies had made purchases of development land in the GTA at the relevant time. The Board argued that

superficie et le prix de ces terrains varient considérablement; les parcelles peuvent avoir de 0,251 à 123,988 acres et le prix peut atteindre 23,77 millions de dollars. Le juge de première instance a conclu que la comparabilité de ces propriétés par rapport au terrain de 4,78 acres que Southcott souhaitait acquérir n'avait pas été établie.

[82] Troisièmement, le juge de première instance a conclu que la preuve n'avait pas établi que les propriétés indiquées par l'expert auraient pu être mises en valeur de façon rentable (par. 144). Seule une mise en valeur rentable pouvait mitiger la perte de Southcott; une mise en valeur non rentable l'aurait accrue. Un demandeur n'est pas tenu de prendre des mesures futiles qui ne réduiraient pas sa perte. L'expert cité par le conseil scolaire n'a présenté aucune preuve de la rentabilité éventuelle des propriétés qu'il a mentionnées.

[83] La Cour d'appel a critiqué la conclusion du juge de première instance suivant laquelle la preuve n'avait pas établi la rentabilité, parce que le juge avait imposé au conseil scolaire un fardeau de preuve excessif (2010 ONCA 310, 104 O.R. (3d) 784, par. 25). Avec égards, le fardeau de preuve était clair — le conseil scolaire devait établir suivant la prépondérance des probabilités qu'il était possible pour Southcott d'effectuer une mise en valeur rentable d'une autre propriété. Rien n'indique que le juge de première instance n'a pas apprécié ce principe fondamental. Voir *World Beauty*, p. 154.

[84] Le juge de première instance a conclu que l'expert cité par le conseil scolaire n'avait pas établi que Southcott avait eu des possibilités de mitiger sa perte. Cette conclusion est appuyée par la preuve et n'est entachée d'aucune erreur de droit. Elle ne doit donc pas être écartée : *Housen*.

B. *La preuve des acquisitions faites par les autres sociétés du groupe Ballantry*

[85] En tant que deuxième moyen pour s'acquitter de son fardeau d'établir la possibilité de mitiger la perte, le conseil scolaire a mis en preuve des acquisitions, par d'autres sociétés du groupe Ballantry, de terrains destinés à être mis en valeur

these other Ballantry purchases had in fact mitigated the loss caused by the Board's breach.

[86] The trial judge accepted the Board's invitation to consider the matter from the perspective of the Ballantry Group as a whole, effectively piercing the corporate veil. He concluded that Ballantry's subsequent purchases were collateral, independent transactions that could not have avoided the loss arising from the Board's breach of contract (para. 143): see *Apeco of Canada, Ltd. v. Windmill Place*, [1978] 2 S.C.R. 385, at p. 389. Leaving aside the question of whether piercing the corporate veil in these circumstances was appropriate, the trial judge's analysis was not in error. The trial judge's reasoning was that the Ballantry Group, with extensive access to credit, was limited only by the number of properties it could find. The more good properties it could find, the more money it stood to make. In this sense, other purchases by the Ballantry Group were collateral rather than substitutions for the Board's property.

[87] The trial judge, having dealt with the purchases of other Ballantry companies in this way, did not make a finding on whether these properties offered mitigation opportunities for Southcott, as an independent legal entity. The evidence, however, does not support such a finding, in my view. First, there was no evidence that the properties purchased by other Ballantry companies were available to Southcott. At best, Southcott would have been competing with its sister companies for these properties. Whether it would have succeeded in acquiring a comparable property was a matter of speculation.

[88] Second, the evidence did not establish that other Ballantry Group purchases were comparable to Southcott's target property. Under its contract

dans la région métropolitaine de Toronto à l'époque en cause. Le conseil scolaire a plaidé que ces autres acquisitions du groupe Ballantry avaient en fait mitigé la perte causée par l'inexécution du contrat par le conseil scolaire.

[86] Le juge de première instance a accepté, à la demande du conseil scolaire, d'examiner l'affaire du point de vue du groupe Ballantry dans son ensemble, levant ainsi le voile corporatif. Il a conclu que les acquisitions subséquentes du groupe Ballantry constituaient des opérations accessoires et distinctes qui n'auraient pas permis d'éviter la perte découlant de l'inexécution du contrat par le conseil scolaire (par. 143) : voir *Apeco of Canada, Ltd. c. Windmill Place*, [1978] 2 R.C.S. 385, p. 389. Abstraction faite de la question de l'opportunité de lever le voile corporatif dans ces circonstances, l'analyse du juge de première instance n'était pas erronée. Il a considéré que le groupe Ballantry, jouissant d'un important accès au crédit, n'avait d'autre limite que le nombre de propriétés qu'il pouvait trouver. Plus le groupe Ballantry pouvait trouver de bonnes propriétés, plus il pouvait réaliser des profits. En ce sens, les autres propriétés acquises par le groupe Ballantry demeuraient accessoires et ne pouvaient être substituées à la propriété du conseil scolaire.

[87] Après avoir disposé ainsi de la question des acquisitions des autres sociétés du groupe Ballantry, le juge de première instance ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si ces propriétés offraient à Southcott, en tant qu'entité juridique distincte, des possibilités de mitiger sa perte. Toutefois, la preuve ne permet pas, selon moi, de conclure en ce sens. Premièrement, aucun élément de preuve n'indiquait que Southcott aurait pu acquérir les propriétés acquises par les autres sociétés du groupe Ballantry. Au mieux, Southcott aurait fait concurrence à des sociétés sœurs pour l'achat de ces propriétés. La question de savoir si elle aurait réussi à acheter une propriété comparable relève de la conjecture.

[88] Deuxièmement, la preuve n'a pas établi que les autres propriétés achetées par le groupe Ballantry étaient comparables à celle que Southcott

with the Board, Southcott was purchasing a 4.78 acre parcel located in a desirable residential neighbourhood of the City of Toronto suited to the development of 48 semi-detached residential units (para. 132). There was no evidence that any of the other Ballantry purchases were comparable. It is not enough to show that some development land may have been available to companies which may have had different development strategies. Ballantry had wide ranging interests in residential real estate development throughout the GTA. Southcott had a narrower, specific development objective. To show opportunity to mitigate, the Board had to prove that a property comparable to the one that Southcott sought to purchase was available.

[89] I respectfully cannot agree that two of the subsequent Ballantry purchases were clearly comparable to Southcott's target property (Karakatsanis J., at para. 56). The first (a parcel of 2.7 acres for \$3.3 million) was 43 percent smaller than Southcott's target property, cost 70 percent more per acre, and was purchased for the development of a retirement home. The second (a parcel of 2.3 acres for \$6 million) was 51 percent smaller than Southcott's target property, cost 260 percent more per acre, and was purchased for development of a high rise building. On the record, these properties were not comparable to the property that Southcott sought to acquire: a 4.78 acre parcel suited to the development of 48 semi-detached residential units. The remaining Ballantry purchases were even less comparable to Southcott's target property. The Board had the burden of establishing the comparability of these properties. It failed to do so.

[90] I see no error in the trial judge's conclusion that the evidence as to other Ballantry properties did not establish opportunities to mitigate the loss suffered as a result of the Board's breach of contract.

voulait acquérir. Aux termes de son contrat avec le conseil scolaire, Southcott achetait, dans un quartier résidentiel recherché de la ville de Toronto, une parcelle de terre de 4,78 acres qui se prêtait à la construction de 48 habitations jumelées (par. 132). Aucune preuve n'indiquait qu'un des autres terrains acquis par le groupe Ballantry était comparable. Il ne suffit pas de démontrer que des sociétés préconisant des stratégies de mise en valeur différentes auraient pu acquérir un terrain se prêtant à la mise en valeur. Les intérêts de Ballantry en matière de projets immobiliers résidentiels dans la région métropolitaine de Toronto étaient très variés. Le projet de mise en valeur envisagé par Southcott était plus restreint et plus précis. Pour démontrer une possibilité de mitiger le préjudice, le conseil scolaire devait prouver qu'il se trouvait sur le marché une propriété comparable à celle que Southcott avait tenté d'acquérir.

[89] Avec égards, je ne partage pas l'opinion de la juge Karakatsanis (au par. 56) suivant laquelle deux des propriétés acquises subséquemment par le groupe Ballantry étaient de toute évidence comparables à celle que Southcott souhaitait acheter. La première (une parcelle de 2,7 acres payée 3,3 millions de dollars) était 43 p. 100 plus petite, coûtait 70 p. 100 plus cher l'acre et a été achetée pour y construire une maison de retraite. La seconde (une parcelle de 2,3 acres payée 6 millions de dollars) était 51 p. 100 plus petite que le terrain recherché par Southcott, coûtait 260 p. 100 plus cher l'acre et a été achetée pour y construire un immeuble de grande hauteur. Selon le dossier, ces propriétés n'étaient pas comparables à celle que Southcott voulait acquérir : une parcelle de 4,78 acres qui se prêtait à la construction de 48 habitations jumelées. Les autres propriétés acquises par le groupe Ballantry étaient encore moins comparables à celle que Southcott voulait acheter. Le conseil scolaire avait le fardeau d'établir la comparabilité de ces propriétés. Il ne l'a pas fait.

[90] Selon moi, le juge de première instance a eu raison de conclure que la preuve relative aux autres propriétés acquises par le groupe Ballantry n'a pas établi des possibilités de mitiger la perte attribuable à l'inexécution du contrat par le conseil scolaire.

IV. Did Southcott Act Reasonably?

[91] The trial judge’s finding that the Board failed to establish that Southcott had opportunities to mitigate its loss is sufficient to dispose of the appeal. However, I offer the following comments on whether the Board established, as it was also required to do, that failure to take advantage of any proven opportunities for mitigation was unreasonable.

[92] In my view, it is difficult to conclude that Southcott acted unreasonably. The first reason is that it had a “fair, real, and substantial justification” for claiming specific performance of the contract: *Asamera*, at pp. 667-68. In such circumstances, a plaintiff is not required to mitigate. As explained in *Asamera*, this is simply an application of the rule of mitigation requiring the plaintiff to act reasonably in the circumstances:

Where those circumstances reveal a substantial and legitimate interest in seeking performance as opposed to damages, then a plaintiff will be able to justify his inaction and on failing in his plea for specific performance might then recover losses which in other circumstances might be classified as avoidable and thus unrecoverable [pp. 668-69]

[93] The act of filing a claim for specific performance is inconsistent with the act of acquiring a substitute property. A plaintiff, acting reasonably, cannot pursue specific performance and mitigate its loss at the same time. It makes no sense for a reasonable plaintiff seeking specific performance to effectively concede defeat and buy a substitute property. The plaintiff could end up with two properties — one it wanted and one it did not. Furthermore, an action for specific performance is often motivated by the unavailability of substitutes in the marketplace. A plaintiff’s reasonable claim that substitutes are unavailable is inconsistent with the ability to acquire a substitute in the marketplace (E. Yorio, “A Defense

IV. Southcott a-t-elle agi raisonnablement?

[91] La conclusion du juge de première instance selon laquelle le conseil scolaire n’a pas établi que Southcott avait eu des possibilités de mitiger sa perte suffit pour disposer du pourvoi. J’ajoute toutefois les observations qui suivent quant à savoir si le conseil scolaire a établi, comme il devait également le faire, qu’il aurait été injustifié pour Southcott de ne pas se prévaloir de possibilités prouvées de mitiger le préjudice.

[92] À mon avis, il est difficile de conclure que Southcott a agi de manière injustifiée. Tout d’abord parce qu’elle avait des « motifs équitables, réels et importants » de réclamer l’exécution intégrale du contrat : *Asamera*, p. 667-668. Dans de telles circonstances, un demandeur n’a aucune obligation de mitiger sa perte. Ainsi que l’explique la Cour dans *Asamera*, il s’agit simplement de l’application de la règle en matière de mitigation du préjudice selon laquelle le demandeur doit agir raisonnablement dans les circonstances :

Le seul cas où un demandeur peut justifier son inaction est celui où l’action en exécution intégrale, par opposition à une action en dommages-intérêts, est fondée sur un intérêt important et légitime; dans ce cas, s’il n’obtient pas l’exécution intégrale, il peut obtenir des dommages-intérêts pour des pertes qui, en d’autres circonstances, auraient pu être évitées et pour lesquelles il n’aurait donc pas pu se faire indemniser. [p. 668-669]

[93] Le dépôt d’une demande d’exécution intégrale n’est pas compatible avec l’acquisition d’un bien de substitution. Le demandeur qui agit raisonnablement ne peut réclamer l’exécution intégrale du contrat et en même temps mitiger son préjudice. Il est illogique pour le demandeur raisonnable qui cherche à obtenir l’exécution intégrale d’un contrat de concéder la victoire à la partie adverse et d’acquiescer un bien de substitution. Il risquerait de se retrouver avec deux propriétés — celle qu’il voulait obtenir et une autre dont il ne voulait pas. En outre, l’action en exécution intégrale est souvent motivée par l’absence de biens de substitution sur le marché. Il est incohérent que le demandeur qui allègue de manière justifiée l’absence de biens de substitution

of Equitable Defenses” (1990), 51 *Ohio St. L.J.* 1201).

[94] In the end, the trial judge dismissed the claim for specific performance. However, that does not mean that Southcott acted unreasonably in pursuing the claim. Whether a plaintiff had a “fair, real, and substantial justification” for maintaining a specific performance claim is a different question from whether specific performance should be granted at the conclusion of the trial when all the evidence is in and appraised by the trial judge. Plaintiffs can never be certain that an action for specific performance will succeed, particularly as this is an equitable, discretionary remedy. Demanding that losses be mitigated unless success in obtaining specific performance is assured would deter valid claims for specific performance and hold plaintiffs to an impossible standard.

[95] The trial judge, while ultimately rejecting Southcott’s claim for specific performance, did not find that Southcott acted unreasonably in pursuing that remedy. Nor does there appear to be a basis for such a finding. It can be fairly argued that Southcott did not act unreasonably in pursuing specific performance of the contract. The property was uniquely suited to Southcott’s needs for single-family residential development within the City of Toronto. Though the common law presumption of the uniqueness of real property no longer holds, a claim for specific performance may still be reasonable if a property has unique characteristics such that a substitute property is not readily available: *Semelhago v. Paramadevan*, [1996] 2 S.C.R. 415, at para. 22. Southcott’s contention that there was no comparable substitute property found support in the evidence.

[96] Another reason for failing to acquire and develop a substitute property, assuming such a

sur le marché ait la possibilité d’acquérir ces mêmes biens (E. Yorio, « A Defense of Equitable Defenses » (1990), 51 *Ohio St. L.J.* 1201).

[94] En définitive, le juge de première instance a rejeté la demande d’exécution intégrale. Cela ne signifie pas cependant que Southcott a agi de façon déraisonnable en présentant cette demande. La question de savoir si le demandeur avait des « motifs équitables, réels et importants » qui le justifiaient de donner suite à son action en exécution intégrale se distingue de celle de savoir s’il y a lieu d’ordonner l’exécution intégrale à l’issue du procès, une fois que toute la preuve est versée au dossier et appréciée par le juge de première instance. Les demandeurs ne peuvent jamais avoir la certitude que leur action en exécution intégrale sera accueillie, d’autant plus qu’il s’agit d’une réparation en equity qui est discrétionnaire. Exiger des demandeurs qu’ils mitigent leurs pertes s’ils ne sont pas assurés d’obtenir une ordonnance d’exécution intégrale les dissuaderait de présenter des demandes valides d’exécution intégrale et leur imposerait une norme impossible à satisfaire.

[95] Tout en rejetant finalement l’action de Southcott en exécution intégrale, le juge de première instance n’a pas conclu que Southcott avait agi de manière déraisonnable en exerçant ce recours. Rien ne semble appuyer une telle conclusion. On pourrait à juste titre prétendre que Southcott était justifiée de réclamer l’exécution intégrale du contrat. La propriété se prêtait particulièrement bien aux besoins de Southcott pour la construction d’un complexe résidentiel unifamilial dans la ville de Toronto. Même si la présomption de la common law en faveur du caractère unique des biens immeubles n’a plus sa place, une action en exécution intégrale peut quand même être justifiée si un bien possède des caractéristiques uniques faisant en sorte qu’il ne serait pas facile de le remplacer par un autre bien : *Semelhago c. Paramadevan*, [1996] 2 R.C.S. 415, par. 22. La preuve appuyait la prétention de Southcott selon laquelle aucun terrain de substitution comparable n’était disponible.

[96] Le manque de ressources financières constitue une autre raison pour laquelle Southcott n’a pas

property had been available, is that Southcott lacked financial resources. Southcott did not have the financial capacity to go into the market and purchase a substitute property. It was a single-purpose company with no assets other than the \$344,000 advanced to it by Ballantry for the deposit on the target property (trial judgment, at para. 137). Whether it could have obtained financing to buy a different property is at the very least speculative.

[97] In summary, I see no basis for concluding that Southcott acted unreasonably in failing to mitigate its loss, assuming that opportunities to do so were available.

V. Conclusion

[98] I see no basis upon which to set aside the trial judge's conclusion that the defendant did not prove that the plaintiff unreasonably failed to mitigate its loss. His conclusions find support in the evidence and the law.

[99] I would allow the appeal and restore the judgment of the trial judge.

Appeal dismissed with costs. Cross-appeal dismissed without costs, McLACHLIN C.J. dissenting.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto; Davis Moldaver, Toronto.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Miller Thomson, Toronto.

acquis et mis en valeur une propriété de substitution, en supposant qu'une telle propriété ait été disponible. Southcott n'avait pas la capacité financière d'acheter sur le marché un terrain de substitution. Cette société à but unique avait pour seuls actifs les 344 000 \$ avancés par le groupe Ballantry pour verser le dépôt en vue de l'achat du terrain du conseil scolaire (jugement de première instance, par. 137). La question de savoir si elle aurait pu obtenir le financement pour l'achat d'un terrain différent reste à tout le moins conjecturale.

[97] En résumé, je ne vois aucune raison de conclure que Southcott a agi de façon injustifiée en faisant défaut de mitiger sa perte, en supposant qu'elle ait eu des possibilités de le faire.

V. Conclusion

[98] Je ne vois rien qui m'autorise à écarter la conclusion du juge de première instance selon laquelle le défendeur n'a pas prouvé que le défaut de la demanderesse de mitiger sa perte était injustifié. La preuve et la jurisprudence étayent ses conclusions.

[99] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le jugement du juge de première instance.

Pourvoi rejeté avec dépens. Pourvoi incident rejeté sans dépens, la juge en chef McLACHLIN est dissidente.

Procureurs de l'appelante/intimée au pourvoi incident : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto; Davis Moldaver, Toronto.

Procureurs de l'intimé/appellant au pourvoi incident : Miller Thomson, Toronto.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Judicial review — Standard of review — Copyright Board certifying tariff for communication rights in copyrighted music downloaded and streamed from the Internet — Whether decision reviewable on standard of reasonableness or correctness.

ROGERS COMMUNICATIONS INC. v. SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA, 283.

2. Judicial review — Standard of review — Copyright Board deeming that photocopies of excerpts of textbooks and other copyrighted works did not constitute fair dealing — Whether decision reviewable on standard of reasonableness or correctness — Whether Board made reviewable error.

ALBERTA (EDUCATION) v. CANADIAN COPYRIGHT LICENSING AGENCY (ACCESS COPYRIGHT), 345.

CIVIL PROCEDURE

1. Exception to dismiss action — Tree falling on vehicle causing driver's death — Driver's family members filing action in damages against city where accident occurred — Whether civil claim barred by virtue of public automobile insurance scheme's application — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 75.1, 165(4) — Automobile Insurance Act, R.S.Q., c. A-25, s. 83.57.

WESTMOUNT (CITY) v. ROSSY, 136.

2. Parties — Standing — Public interest standing — Public interest group and individual working on behalf of sex workers initiating constitutional challenge to prostitution provisions of Criminal Code — Whether constitutional challenge constituting a reasonable and effective means to bring case to court — Whether public interest group and individual should be granted public interest standing.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. DOWNTOWN EASTSIDE SEX WORKERS UNITED AGAINST VIOLENCE SOCIETY, 524.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Division of powers — Labour relations — Company normally and habitually providing crane and heavy equipment rental services and, to lesser extent, stevedoring services — Whether stevedoring activities form part of federal jurisdiction over shipping — Whether stevedoring activities form integral part of federally regulated undertaking — Whether company's employees governed by federal or provincial occupational health and safety legislation — Constitution Act, 1867, ss. 91(10), 92(10), (13).

TESSIER LTÉE v. QUEBEC (COMMISSION DE LA SANTÉ ET DE LA SÉCURITÉ DU TRAVAIL), 3.

2. Charter of Rights — Remedy — Stay of proceedings — Accused prisoner and prison guard both suffering injuries as a result of altercation — Accused charged with assault and intimidation of a justice system participant — Trial judge acquitting accused of assault charges and staying charge of intimidation of a justice system participant on ground that his s. 7 Charter rights had been breached — Whether stay of proceedings was a proper remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).

R. v. BELLUSCI, 509.

CONTRACTS

Commercial contracts — Remedies — Specific performance — Duty to mitigate — Single-purpose company entering into agreement for purchase of land — Vendor breaching contractual obligations — Company seeking specific performance — Whether single-purpose company must mitigate its losses — Whether plaintiff seeking specific performance has obligation to mitigate its losses — Whether trial judge erred in concluding there were no comparable properties available for mitigation.

SOUTHCOTT ESTATES INC. v. TORONTO CATHOLIC DISTRICT SCHOOL BOARD, 675.

COURTS

1. Supreme Court of Canada — Security — Whether applicants on application for leave to appeal must provide security for amounts they would have to pay should their appeals to Court be unsuccessful — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 40, 60(1)(b) — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 47.

CINAR CORPORATION V. ROBINSON, 55.

2. Decisions — Stare decisis — Whether subordinate courts may overrule higher court precedent — Circumstances in which prior Supreme Court of Canada decisions will be re-considered or revised.

CANADA V. CRAIG, 489.

3. Open court principle — Publication bans — Children — 15-year-old victim of sexualized cyberbullying applying for order requiring Internet provider to disclose identity of person(s) using IP address to publish fake and allegedly defamatory Facebook profile — Victim requesting to proceed anonymously in application and seeking publication ban on contents of fake profile — Whether victim required to demonstrate specific harm or whether court may find objectively discernable harm.

A.B. V. BRAGG COMMUNICATIONS INC., 567.

CRIMINAL LAW

1. Offences — Manslaughter — Causation — Accused punching victim in head during barroom altercation rendering him unconscious — Third party intervening and punching victim in head — Victim dying from injuries — When does an intervening act by another person sever causal connection between accused's act and victim's death, thereby absolving accused of legal responsibility? — Whether it was open to trial judge to find that accused's assaults remained a significant contributing cause of death despite intervening act.

R. V. MAYBIN, 30.

2. Appeals — Whether trial judge applied incorrect legal principles in addressing fault component of offence — If so, whether error was harmless — If appeal allowed, whether Court should order new trial or direct an acquittal — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. V. ROY, 60.

3. Dangerous operation of motor vehicle — Elements of offence — Mens rea — Whether proof of actus reus without more can support inference that required fault element is present — Whether accused's conduct displayed a marked

CRIMINAL LAW — (Continued)

departure from standard of care — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 249.

R. V. ROY, 60.

4. Offences — Disobeying order of court — Criminal charge laid for disobeying superior court order in civil matter — Criminal Code provision making it criminal offence to disobey court order unless “a punishment or other mode of proceeding is expressly provided by law” — Rules of Civil Procedure providing for contempt procedures — Whether exception to Criminal Code provision applies — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 127 — Ontario Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rules 60.11, 60.12.

R. V. GIBBONS, 92.

5. Defences — Provocation — Accused convicted of second degree murder — Whether defence of provocation should have been put to jury — Whether objective element of provocation had an air of reality — Whether trial judge committing errors in instructions to jury — If so, whether curative proviso applicable.

R. V. MAYURAN, 162.

6. Criminal organization — Commission of offence for criminal organization — Accused purchasing drugs from and supplying drugs to large drug-trafficking organization — Whether trial judge erred in finding that accused operated in association with criminal organization when he acted as its client and its supplier — Meaning of phrase “in association with” in s. 467.12 of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.

R. V. VENNERI, 211.

7. Criminal organization — Instructing commission of offence for criminal organization — Accused purchasing drugs from and supplying drugs to large drug-trafficking organization — Degree of organization or structure required to support finding that group constitutes “criminal organization” — Whether trial judge erred in finding that accused was member of criminal organization — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 467.1 “criminal organization”, s. 467.13.

R. V. VENNERI, 211.

8. Issue estoppel — Application — Crown seeking to prove that Hells Angels is criminal organization — Whether doctrine of issue estoppel applies on basis that issue was decided adversely to Crown in prior multi-issue jury trial.

R. V. PUNKO, 396.

9. Offences — Kidnapping — Whether kidnapping is a continuing offence encompassing subsequent confinement of victim — Whether persons who willingly or knowingly choose to participate in subsequent confinement become parties to the

CRIMINAL LAW — (Continued)

offence of kidnapping — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21(1), 279(1).

R. v. VU, 411.

10. Evidence — Admissibility — New evidence — Accused seeking to admit psychiatric evidence on appeal — Whether evidence could have been adduced at trial with due diligence — Whether evidence could reasonably be expected to have affected result at trial.

R. v. WALLE, 438.

11. Murder — Elements of offence — Mens rea — Accused convicted of second degree murder after shooting victim in chest at close range — Whether trial judge erred in resorting to common sense inference that person usually knows predictable consequences of actions and means to bring them about without first considering whole of evidence bearing on accused's mental state at time of shooting.

R. v. WALLE, 438.

12. Sentencing — Probation — Courts empowered to issue probation orders in addition to imprisonment for a term not exceeding two years — Whether "imprisonment for a term not exceeding two years" relates only to imprisonment imposed by a sentencing court at a single sitting or aggregate of all sentences imposed on offender — Whether probation can be ordered where offender is subject to multiple sentences that, if aggregated, exceed two years — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 731(1)(b).

R. v. KNOTT, 470.

13. Appeals — Powers of Court of Appeal — Court of Appeal overturning stay of proceedings entered by trial judge and remitting matter back to trial court for continuation of trial — Whether Court of Appeal erred in interfering with trial judge's decision to grant stay — Whether Court of Appeal has power to order continuation of trial — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(4), (8).

R. v. BELLUSCI, 509.

14. Aggravated assault — Consent — Fraud — Non-disclosure of HIV status — Accused undergoing antiretroviral therapy and having protected and unprotected sexual relations knowing he was HIV-positive — Whether approach outlined in R. v. Cuerrier, [1998] 2 S.C.R. 371, remains valid in determining whether fraud vitiates consent to sexual relations — Whether non-disclosure of HIV status in circumstances where no realistic possibility of transmission exists can constitute fraud vitiating consent — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3)(c), 268, 273.

R. v. MABIOR, 584.

CRIMINAL LAW — (Concluded)

15. Evidence — Credibility — Sexual assault and aggravated assault — Non-disclosure of HIV status — Proof of realistic possibility of transmission of HIV — Whether trial judge could rely on doctor's note as confirmatory evidence of complainant's testimony that no condom had been used — Whether trial judge committed error on question of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3)(c), 268, 271, 686(1)(a)(ii).

R. v. D.C., 626.

16. Evidence — Failure to testify — Charge to jury — Accused did not testify but incriminated by co-accused's testimony — Co-accused's counsel inviting jury to infer accused's guilt from failure to testify — Trial judge refrained from giving remedial instruction to jury about accused's right to silence — Whether trial judge prohibited by Canada Evidence Act from affirming right to silence — Whether failure to give explicit remedial instruction constituted error — If so, whether curative proviso applicable — Canada Evidence Act, s. 4(6) — Criminal Code, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. PROKOFIEW, 639.

17. Evidence — Hearsay — Whether trial judge's erroneous admission of hearsay evidence sufficiently serious to preclude application of curative proviso — Criminal Code, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. PROKOFIEW, 639.

18. Parties to offences — Doing or omitting to do anything to aid any person to commit offence — Accused entrusting property to son and failing to report son's marijuana cultivation on property — Evidence insufficient to establish that accused aided in commission of offence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 21(1)(b).

R. v. ROCHON, 673.

CROWN LAW

Real property and immovables — Taxation — Payments in lieu of taxes — Minister's valuation of Halifax Citadel National Historic Site millions of dollars lower than value determined by local assessment authority — What is the scope of Minister's discretion to determine "property value" for purposes of making payments in lieu of taxes — What standard of judicial review applies to determination — Was Minister's determination of property value reasonable? — Payments in Lieu

CROWN LAW — (Concluded)

of Taxes Act, R.S.C. 1985, c. M-13, ss. 2(1), 4(1) — Assessment Act, R.S.N.S. 1989, c. 23, s. 42(1).

HALIFAX (REGIONAL MUNICIPALITY) v. CANADA (PUBLIC WORKS AND GOVERNMENT SERVICES), 108.

INSURANCE

Automobile insurance — No-fault public automobile insurance scheme — Tree falling on vehicle causing driver's death — Type of causal link necessary between damage and automobile — Whether driver's injuries were "caused by an automobile, by the use thereof or by the load carried in or on an automobile" — Automobile Insurance Act, R.S.Q., c. A-25, s. 1 "accident", "damage caused by an automobile".

WESTMOUNT (CITY) v. ROSSY, 136.

INTELLECTUAL PROPERTY

1. Copyright — Right to communicate a work to the public by telecommunication — Copyright Board certifying tariff for communication rights in copyrighted music contained in video games sold for download on Internet — Whether transmission of musical works contained in a video game through an Internet download is a communication to the public — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 3(1)(f).

ENTERTAINMENT SOFTWARE ASSOCIATION v. SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA, 231.

2. Copyright — Right to communicate a work to the public by telecommunication — Copyright Board certifying tariff for communication rights in copyrighted music downloaded and streamed from the Internet — Meaning of "to the public" — Whether a point-to-point transmission from the website of an online music service to an individual customer is a private communication — Whether streaming of files from the Internet triggered by individual users constitutes communication to the public of the musical works contained therein by online music services who make the files available for streaming — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 3(1)(f).

ROGERS COMMUNICATIONS INC. v. SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA, 283.

3. Copyright — Infringement — Exception — Fair dealing — Online music service providers giving customers the ability to listen to free previews of musical works prior to purchase of musical works — Collective society seeking to collect

INTELLECTUAL PROPERTY — (Concluded)

royalties for use of previews — Whether the use of previews constitutes "fair dealing" — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 29.

SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA v. BELL CANADA, 326.

4. Copyright — Infringement — Exception — Fair dealing — Teachers making photocopies of excerpts of textbooks and other copyrighted works to distribute to students as part of class instruction — Collective society seeking to collect royalties for photocopies of excerpts — Whether elementary and secondary schools can claim the benefit of "fair dealing" exception for copies of works made at the teachers' initiative with instructions to students that they read the material — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 29.

ALBERTA (EDUCATION) v. CANADIAN COPYRIGHT LICENSING AGENCY (ACCESS COPYRIGHT), 345.

5. Copyright — Whether pre-existing recording incorporated into soundtrack of cinematographic work constitutes a sound recording subject to payment of tariff — Whether soundtrack of cinematographic work consists of aggregate of sounds or component parts — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2 "sound recording", 19.

RE:SOUND v. MOTION PICTURE THEATRE ASSOCIATIONS OF CANADA, 376.

NARCOTICS

Possession for purpose of trafficking — Constructive or joint possession — Trial judge finding that accused conspired with others to engage in drug trafficking — Whether accused jointly possessed cocaine seized at co-conspirators' homes — Whether possession of cocaine was foreseeable consequence of conspiring to traffic in cocaine — Whether conviction of accused amounted to unreasonable verdict within meaning of s. 686(1)(a)(i) of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46 — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 5(2).

R. v. VENNERI, 211.

TAXATION

Income Tax — Deduction of farming losses — Taxpayer drawing income from farming and other sources — Taxpayer deducting farming losses from total income — Whether farm income combined with other income constitutes chief source of income — Whether totality of farming losses deductible

TAXATION — (Concluded)

from income — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 31(1)(a).

CANADA V. CRAIG, 489.

TORTS

1. Negligence — Standard of care — Contributory negligence — Child running into path of oncoming bus suffering severe injuries — Whether trial judge erred in improperly inviting jury to find child responsible for accident — Motor Vehicle Act, R.S.N.S. 1989, c. 293, s. 248.

ANNAPOLIS COUNTY DISTRICT SCHOOL BOARD V. MARSHALL, 84.

TORTS — (Concluded)

2. Negligence — Causation — Motor vehicle accident — Motorcycle passenger injured in crash — Passenger alleging driver's negligence in operation of motorcycle caused injury — Whether trial judge erred in insisting on scientific reconstruction evidence to prove causation, and in applying "material contribution" test rather than "but for" test to determine causation.

CLEMENTS V. CLEMENTS, 181.

INDEX

ASSURANCE

Assurance automobile — Régime public d'assurance automobile sans égard à la responsabilité — Arbre tombé sur un véhicule cause la mort du conducteur — Type de lien de causalité nécessaire entre le préjudice et l'automobile — Le préjudice subi par le conducteur a-t-il été « causé par une automobile, par son usage ou par son chargement »? — Loi sur l'assurance automobile, L.R.Q., ch. A-25, art. 1 « accident », « préjudice causé par une automobile ».

WESTMOUNT (VILLE) C. ROSSY, 136.

CONTRATS

Contrats commerciaux — Recours — Exécution intégrale — Obligation de mitiger le préjudice — Promesse d'achat d'un terrain par une société à but unique — Inexécution de la promesse de vente par le promettant-vendeur — Demande d'exécution intégrale par la société — Une société à but unique doit-elle mitiger ses pertes? — La demanderesse qui cherche à obtenir l'exécution intégrale a-t-elle l'obligation de mitiger ses pertes? — Le juge de première instance a-t-il eu tort de conclure qu'aucun immeuble comparable n'aurait pu servir à mitiger le préjudice?

SOUTHCOTT ESTATES INC. C. TORONTO CATHOLIC DISTRICT SCHOOL BOARD, 675.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Homologation d'un tarif par la Commission du droit d'auteur relativement au droit de communiquer par téléchargement ou transmission en continu une œuvre musicale protégée — La décision est-elle susceptible de contrôle au regard de la norme de la décision raisonnable ou de la norme de la décision correcte?

ROGERS COMMUNICATIONS INC. C. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE, 283.

DROIT ADMINISTRATIF — (Fin)

2. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Conclusion de la Commission du droit d'auteur selon laquelle la photocopie de passages de manuels et d'autres ouvrages protégés par le droit d'auteur n'équivaut pas à une utilisation équitable — La décision est-elle assujettie à la norme de contrôle de la décision raisonnable ou à celle de la décision correcte? — La Commission a-t-elle commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire?

ALBERTA (ÉDUCATION) C. CANADIAN COPYRIGHT LICENSING AGENCY (ACCESS COPYRIGHT), 345.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Partage des compétences — Relations du travail — Société loue normalement et habituellement des grues et de la machinerie lourde et, dans une moindre mesure, offre des services de débardage — Les activités de débardage sont-elles visées par la compétence du fédéral relativement à la navigation et aux bâtiments ou navires? — Les activités de débardage font-elles partie intégrante d'une entreprise assujettie à la réglementation fédérale? — Les employés de la société sont-ils régis par la législation fédérale ou par la législation provinciale en matière de santé et sécurité au travail? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(10), 92(10), (13).

TESSIER LTÉE C. QUÉBEC (COMMISSION DE LA SANTÉ ET DE LA SÉCURITÉ DU TRAVAIL), 3.

2. Charte des droits — Réparation — Arrêt des procédures — Blessures subies par un détenu accusé et par un agent de détention lors d'une altercation — Accusations de voies de fait et d'intimidation d'une personne associée au système judiciaire — Acquiescement de l'accusé en première instance à l'égard des accusations de voies de fait et arrêt des procédures ordonné par le juge du procès relativement au chef d'intimidation en raison de l'atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 de la Charte — L'arrêt des procédures constituait-il une réparation convenable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).

R. C. BELLUSCI, 509.

DROIT CRIMINEL

1. Infractions — Homicide involontaire coupable — Causalité — Accusé ayant fait perdre connaissance à la victime en lui assenant un coup de poing à la tête lors d'une bagarre dans un bar — Intervention d'un tiers qui a frappé la victime à la tête — Victime décédée à la suite de ses blessures — Quand un acte intermédiaire commis par un tiers rompt-il le lien de causalité entre l'acte de l'accusé et la mort de la victime de sorte que l'accusé est exonéré de toute responsabilité légale? — Le juge du procès pouvait-il conclure que les agressions commises par l'accusé demeuraient une cause ayant contribué à la mort de façon appréciable malgré l'acte intermédiaire?

R. c. MAYBIN, 30.

2. Appels — Le juge du procès a-t-il appliqué des principes de droit erronés lors de l'examen de l'élément de faute de l'infraction? — Dans l'affirmative, son erreur était-elle sans conséquence? — Si l'appel est accueilli, la Cour devrait-elle ordonner la tenue d'un nouveau procès ou prononcer un acquittement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1) b)(iii).

R. c. ROY, 60.

3. Conduite dangereuse d'un véhicule à moteur — Éléments de l'infraction — Mens rea — La preuve de l'actus reus de l'infraction permet-elle, à elle seule, de conclure à l'existence de l'élément de faute requis? — La conduite de l'accusé constitue-t-elle un écart marqué par rapport à la norme de diligence? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 249.

R. c. ROY, 60.

4. Infractions — Désobéissance à une ordonnance du tribunal — Dépôt d'une accusation criminelle pour désobéissance à une ordonnance d'une cour supérieure en matière civile — Une disposition du Code criminel fait de la désobéissance à une ordonnance judiciaire une infraction criminelle à moins que « la loi ne prévoie expressément une peine ou un autre mode de procédure » — Procédure pour outrage établie par les Règles de procédure civile — Est-ce que l'exception prévue par la disposition du Code criminel s'applique? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 127 — Règles de procédure civile de l'Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 60.11, 60.12.

R. c. GIBBONS, 92.

5. Moyens de défense — Provocation — Déclaration de culpabilité prononcée à l'encontre de l'accusée pour meurtre au deuxième degré — Le moyen de défense de provocation aurait-il dû être soumis au jury? — L'élément objectif de la défense de provocation est-il établi de sorte que la défense est vraisemblable? — La juge du procès a-t-elle commis des erreurs en instruisant le jury? — Si oui, la disposition réparatrice s'applique-t-elle?

R. c. MAYURAN, 162.

DROIT CRIMINEL — (Suite)

6. Organisation criminelle — Charger une personne de commettre une infraction au profit d'une organisation criminelle — Achat et vente de drogue par l'accusé à une vaste organisation de trafic de stupéfiants — Degré d'organisation ou de structure nécessaire pour fonder la conclusion qu'un groupe constitue une « organisation criminelle » — Le juge du procès a-t-il fait erreur en concluant que l'accusé était membre d'une organisation criminelle? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 467.1 « organisation criminelle », art. 467.13.

R. c. VENNERI, 211.

7. Organisation criminelle — Perpétration d'une infraction au profit d'une organisation criminelle — Achat et vente de drogue par l'accusé à une vaste organisation de trafic de stupéfiants — Le juge du procès a-t-il fait erreur en concluant que l'accusé agissait en association avec l'organisation criminelle lorsqu'il était son client et son fournisseur? — Interprétation de l'expression « en association avec » à l'art. 467.12 du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

R. c. VENNERI, 211.

8. Préclusion découlant d'une question déjà tranchée — Application — Tentative par le ministère public de prouver que les Hells Angels sont une organisation criminelle — La doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique-t-elle en raison d'une conclusion défavorable au ministère public sur cette question dans un procès antérieur tenu devant jury et soulevant plus d'une question?

R. c. PUNKO, 396.

9. Infractions — Enlèvement — L'infraction d'enlèvement est-elle une infraction continue qui englobe la séquestration subséquente de la victime? — Les personnes qui choisissent volontairement et sciemment de prendre part à la séquestration subséquente participent-elles à l'infraction d'enlèvement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21(1), 279(1).

R. c. VU, 411.

10. Meurtre — Éléments de l'infraction — Mens rea — Accusé reconnu coupable de meurtre au deuxième degré après avoir tué la victime d'un coup de feu tiré à courte distance dans la poitrine — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en appliquant la déduction conforme au bon sens selon laquelle une personne connaît généralement les conséquences prévisibles de ses actes et pose ces actes afin d'entraîner ces conséquences, sans avoir au préalable examiné l'ensemble de la preuve relative à l'état mental de l'accusé au moment du coup de feu?

R. c. WALLE, 438.

11. Preuve — Admissibilité — Nouvelle preuve — Demande de l'accusé en vue de faire admettre une preuve d'ordre psychiatrique en appel — La preuve aurait-elle pu être produite au procès si on avait fait montre de diligence

DROIT CRIMINEL — (Suite)

raisonnable? — Peut-on raisonnablement penser que la preuve aurait influé sur le résultat du procès?

R. c. WALLE, 438.

12. Détermination de la peine — Probation — Pouvoir des tribunaux de rendre une ordonnance de probation en plus d'un emprisonnement maximal de deux ans — L'expression « emprisonnement maximal de deux ans » s'entend-elle uniquement de la période d'emprisonnement imposée par un tribunal lors d'une seule et même séance ou plutôt de la somme de toutes les peines infligées au délinquant? — Une ordonnance de probation peut-elle être rendue à l'égard d'un délinquant faisant l'objet de multiples peines d'emprisonnement qui, additionnées, excéderaient deux ans? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 731(1)b.

R. c. KNOTT, 470.

13. Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Annulation par la Cour d'appel de l'arrêt des procédures ordonné par le juge du procès et renvoi de l'affaire au tribunal de première instance pour la continuation du procès — La Cour d'appel a-t-elle eu tort de modifier la décision du juge du procès d'ordonner l'arrêt des procédures? — Avait-elle le pouvoir d'ordonner la continuation du procès? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(4), (8).

R. c. BELLUSCI, 509.

14. Agression sexuelle grave — Consentement — Fraude — Omission de révéler la séropositivité — Accusé sous traitement aux antirétroviraux ayant des rapports sexuels protégés et non protégés tout en se sachant séropositif — La démarche établie dans R. c. Cuerrier, [1998] 2 R.C.S. 371, demeure-t-elle valable pour déterminer si la fraude vicie le consentement aux rapports sexuels? — L'omission de révéler la séropositivité lorsqu'il n'existe aucune possibilité réaliste de transmission du VIH peut-elle constituer une fraude viciant le consentement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265(3)c, 268, 273.

R. c. MABIOR, 584.

15. Preuve — Crédibilité — Agression sexuelle et voies de fait graves — Omission de révéler la séropositivité — Preuve d'une possibilité réaliste de transmission du VIH — Le juge du procès pouvait-il considérer la note d'un médecin comme un élément de preuve corroborant le témoignage du plaignant concernant l'inutilisation d'un condom? — A-t-il commis une erreur de droit? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265(3)c, 268, 271, 686(1)a(ii).

R. c. D.C., 626.

16. Preuve — Défaut de témoigner — Exposé au jury — Témoignage d'un coaccusé incriminant l'accusé, qui n'a pas témoigné — Jury invité par l'avocat du coaccusé à inférer la culpabilité de l'accusé du défaut de ce dernier de

DROIT CRIMINEL — (Fin)

témoigner — Abstention du juge du procès de donner au jury une directive correctrice au sujet du droit de l'accusé de garder le silence — La Loi sur la preuve au Canada interdit-elle au juge du procès de faire état du droit de garder le silence? — Le défaut de donner une directive correctrice explicite a-t-il constitué une erreur? — Dans l'affirmative, la disposition réparatrice est-elle applicable? — Loi sur la preuve au Canada, art. 4(6) — Code criminel, art. 686(1)b(iii).

R. c. PROKOFIEW, 639.

17. Preuve — Ouï-dire — L'admission erronée de la preuve par ouï-dire par le juge du procès est-elle une erreur suffisamment grave pour faire obstacle à l'application de la disposition réparatrice? — Code criminel, art. 686(1)b(iii).

R. c. PROKOFIEW, 639.

18. Participants aux infractions — Accomplir ou omettre d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à commettre une infraction — Propriété confiée par l'accusée à son fils et omission par la première de signaler la culture par le second de marijuana sur cette propriété — Preuve insuffisante pour établir que l'accusée a aidé à commettre l'infraction — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21(1)b.

R. c. ROCHON, 673.

DROIT DE LA COURONNE

Immeubles et biens réels — Taxation — Paiements versés en remplacement d'impôts — Attribution, par le ministre, au lieu historique national du Canada de la Citadelle-d'Halifax, d'une valeur inférieure de plusieurs millions de dollars à la valeur établie par l'autorité évaluatrice locale — Quelle est l'étendue du pouvoir discrétionnaire du ministre d'établir la « valeur effective » pour le besoin du versement des paiements en remplacement d'impôts? — Quelle norme de contrôle judiciaire s'applique à cette décision? — La décision du ministre quant à la valeur effective était-elle raisonnable? — Loi sur les paiements versés en remplacement d'impôts, L.R.C. 1985, ch. M-13, art. 2(1), 4(1) — Assessment Act, R.S.N.S. 1989, ch. 23, art. 42(1).

HALIFAX (REGIONAL MUNICIPALITY) C. CANADA (TRAVAUX PUBLICS ET SERVICES GOUVERNEMENTAUX), 108.

DROIT FISCAL

Impôt sur le revenu — Déduction des pertes agricoles — Revenu tiré par le contribuable de l'agriculture et d'autres

DROIT FISCAL — (Fin)

sources — Pertes agricoles déduites par le contribuable de son revenu total — La combinaison du revenu agricole et d'un autre revenu constitue-t-elle la principale source de revenu? — La totalité des pertes agricoles est-elle déductible du revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 31(1)a).

CANADA C. CRAIG, 489.

PROCÉDURE CIVILE

1. Moyens de non-recevabilité — Arbre tombé sur un véhicule cause la mort du conducteur — Membres de la famille du conducteur intentent une poursuite en dommages-intérêts contre la ville où s'est produit l'accident — La poursuite civile est-elle irrecevable du fait de l'application du régime public d'assurance automobile? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 75.1, 165(4) — Loi sur l'assurance automobile, L.R.Q., ch. A-25, art. 83.57.

WESTMOUNT (VILLE) C. ROSSY, 136.

2. Parties — Qualité pour agir — Qualité pour agir dans l'intérêt public — Groupe de défense de l'intérêt public et individu œuvrant pour les travailleuses du sexe à l'origine d'une contestation constitutionnelle des dispositions du Code criminel relatives à la prostitution — La contestation constitutionnelle constitue-t-elle une manière raisonnable et efficace de soumettre la cause à la cour? — Le groupe de défense de l'intérêt public et l'individu devraient-ils se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public?

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. DOWNTOWN EASTSIDE SEX WORKERS UNITED AGAINST VIOLENCE SOCIETY, 524.

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

1. Droit d'auteur — Droit de communiquer une œuvre au public par télécommunication — Homologation d'un tarif par la Commission du droit d'auteur relativement au droit de communication d'une œuvre musicale protégée contenue dans un jeu vidéo vendu par téléchargement Internet — La transmission d'une œuvre musicale contenue dans un jeu vidéo par téléchargement Internet constitue-t-elle une communication au public? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 3(1)f).

ENTERTAINMENT SOFTWARE ASSOCIATION C. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE, 231.

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE — (Fin)

2. Droit d'auteur — Droit de communiquer une œuvre au public par télécommunication — Homologation d'un tarif par la Commission du droit d'auteur relativement au droit de communiquer par téléchargement ou transmission en continu une œuvre musicale protégée — Signification d'« au public » — La transmission point à point du site Web d'un service de musique en ligne à un consommateur individuel constitue-t-elle une communication privée? — La transmission en continu de fichiers sur Internet à la demande d'utilisateurs individuels constitue-t-elle une communication au public, par le service de musique en ligne qui l'offre, des œuvres musicales contenues dans les fichiers? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 3(1)f).

ROGERS COMMUNICATIONS INC. C. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE, 283.

3. Droit d'auteur — Violation — Exception — Utilisation équitable — Services de musique en ligne offrant au consommateur, avant l'achat d'une œuvre musicale, la possibilité d'en écouter gratuitement un extrait — Société de gestion collective alléguant le droit de percevoir une redevance pour l'écoute préalable d'un extrait — Cette écoute constitue-t-elle une « utilisation équitable »? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 29.

SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE C. BELL CANADA, 326.

4. Droit d'auteur — Violation — Exception — Utilisation équitable — Photocopie d'extraits de manuels et d'autres ouvrages protégés par le droit d'auteur, par des enseignants, pour distribution en classe aux élèves — Demande présentée par une société de gestion collective afin qu'elle puisse percevoir des redevances pour la photocopie d'extraits — Les écoles des niveaux élémentaire et secondaire peuvent-elles bénéficier de l'exception de l'« utilisation équitable » à l'égard des copies que l'enseignant fait de son propre chef et qu'il donne à lire aux élèves? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 29.

ALBERTA (ÉDUCATION) C. CANADIAN COPYRIGHT LICENSING AGENCY (ACCESS COPYRIGHT), 345.

5. Droit d'auteur — Un enregistrement préexistant incorporé à la bande sonore d'une œuvre cinématographique constitue-t-il un enregistrement sonore qui donne droit à une rémunération fondée sur un tarif? — La bande sonore d'une œuvre cinématographique est-elle constituée d'un ensemble de sons ou de composantes? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2 « enregistrement sonore », 19.

RÉ:SONNE C. FÉDÉRATION DES ASSOCIATIONS DE PROPRIÉTAIRES DE CINÉMAS DU CANADA, 376.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

1. Négligence — Norme de diligence — Négligence contributive — Enfant gravement blessé après s'être élané sur la chaussée dans la trajectoire d'un autobus — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en invitant à tort le jury à tenir l'enfant responsable de l'accident? — Motor Vehicle Act, R.S.N.S. 1989, ch. 293, art. 248.

ANNAPOLIS COUNTY DISTRICT SCHOOL BOARD C. MARSHALL, 84.

2. Négligence — Causalité — Accident automobile — Blessure subie par le passager d'une motocyclette lors d'un accident — Allégation du passager selon laquelle la négligence dont le conducteur aurait fait preuve en conduisant la motocyclette a causé le préjudice — Le juge de première instance a-t-il fait erreur en insistant sur la nécessité d'une preuve de reconstitution scientifique pour que le tribunal puisse conclure à l'existence d'un lien de causalité, et en appliquant le critère de la « contribution appréciable » plutôt que celui du « facteur déterminant » pour statuer sur la causalité?

CLEMENTS C. CLEMENTS, 181.

STUPÉFIANTS

Possession de drogue en vue d'en faire le trafic — Possession imputée ou conjointe — Conclusion du juge du procès selon laquelle l'accusé avait comploté avec d'autres en vue de se livrer au trafic de la drogue — L'accusé était-il en possession conjointe de la cocaïne saisie aux domiciles de cocomploteurs? — La possession de cocaïne était-elle une conséquence prévisible du complot en vue de faire le trafic de la cocaïne? — La condamnation de l'accusé équivaut-elle à un verdict déraisonnable au sens du sous-al. 686(1a)(i) du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(2).

R. C. VENNARI, 211.

TRIBUNAUX

1. Cour suprême du Canada — Cautionnement — Les demandeurs en autorisation d'appel devraient-ils fournir un cautionnement en garantie de paiement des sommes qu'ils devraient payer si leurs appels devant la Cour échouaient? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40, 60(1b) — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, art. 47.

CINAR CORPORATION C. ROBINSON, 55.

2. Décisions — Stare decisis — Les cours inférieures peuvent-elles écarter un précédent établi par une cour supérieure? — Circonstances dans lesquelles les arrêts antérieurs de la Cour suprême sont réexaminés ou révisés.

CANADA C. CRAIG, 489.

3. Principe de la publicité des débats judiciaires — Interdictions de publication — Enfants — Demande d'une victime de cyberintimidation à caractère sexuel âgée de 15 ans en vue d'obtenir une ordonnance obligeant un fournisseur de services Internet à divulguer l'identité de la personne ou des personnes qui ont utilisé une adresse IP pour publier un faux profil Facebook censément diffamatoire — Demande de la victime en vue de procéder de façon anonyme et d'obtenir une ordonnance de non-publication du contenu du faux profil — La victime doit-elle faire la preuve d'un préjudice particulier, ou la Cour peut-elle conclure à l'existence d'un préjudice objectivement discernable?

A.B. C. BRAGG COMMUNICATIONS INC., 567.

ISSN 0045-4230

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://publications.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>