



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 2015 Vol. 2

1^{er} cahier, 2015 Vol. 2

Cited as [2015] 2 S.C.R. 3-323

Renvoi [2015] 2 R.C.S. 3-323

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Acting Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef intérimaire
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

	Legal Counsel / Conseillers juridiques	
CLAIRE ZOË BIDER-HALL	AMÉLIE LAVICTOIRE	JACQUELINE STENCEL
JANICE CHENEY	KAREN LEVASSEUR	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	JOANNE NORMAN	CAMERON TAYLOR
GENEVIÈVE DOMEY	RÉMI SAMSON	RENÉE THÉRIAULT
LEE ANN GORMAN	IDA SMITH	RENÉE MARIA TREMBLAY

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

	Jurilinguists / Jurilinguistes	
DAVID AUBRY	JULIE BOULANGER	MARIE-LUC SIMONEAU
STEPHEN BALOGH	MARIE RODRIGUE	CLAIRE VALLÉE

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

	Technical Revisors / Réviseurs techniques	
SUZANNE AUDET	NANCY MCCAUGHAN	
MONIQUE DELORME	LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN	

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

	Administrative Assistants / Adjoints administratifs	
SÉBASTIEN GAGNÉ	MANON PLOUFFE	

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

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

CONTENTS

Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City) 3

Human rights — Freedom of conscience and religion — Right to equality — Discriminatory practices — Principle of religious neutrality of state — Whether practice of members of municipal council that is regulated by by-law and that consists of reciting prayer at start of each meeting of council is in breach of principle of religious neutrality of state and results in discriminatory interference with freedom of conscience and religion — If so, whether remedies granted by Human Rights Tribunal appropriate — Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, ss. 3, 10.

Administrative law — Appeals — Standard of review — Specialized administrative tribunal — Applicable standard of review on statutory appeal from final decision of Quebec Human Rights Tribunal — Whether decision subject to standards of review applicable to judicial review proceeding, or to appellate standards — Whether Court of Appeal erred in applying correctness standard to all Tribunal's conclusions, except for one with respect to expert evidence, for which it referred to palpable and overriding error — Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, ss. 132, 133.

Carey v. Laiken 79

Civil procedure — Contempt of court — Required intent — Mareva injunction issued enjoining any person with knowledge of order from disposing of or otherwise dealing with assets of lawyer's client — Lawyer having knowledge of injunction but returning trust account funds to client — Lawyer not found in contempt on basis that terms of order not clear and lawyer's interpretation of order not deliberately and wilfully blind — Whether intent to interfere with administration of justice required to prove civil contempt — Whether lawyer in contempt.

Courts — Judges — Jurisdiction — Contempt of court — Motions judge's discretion to revisit contempt finding — Lawyer breaching terms of injunction found in contempt — Lawyer moving to reopen contempt hearing — Motions judge setting aside initial contempt finding — Whether motions judge erred in setting aside initial contempt finding — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rule 60.11.

Continued on next page

SOMMAIRE

Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville) 3

Droits de la personne — Liberté de conscience et de religion — Droit à l'égalité — Pratiques discriminatoires — Principe de la neutralité religieuse de l'État — La pratique des membres d'un conseil municipal, encadrée par règlement et consistant à réciter une prière au début de chaque réunion du conseil, contrevient-elle au principe de la neutralité religieuse de l'État et engendre-t-elle une atteinte discriminatoire à la liberté de conscience et de religion? — Dans l'affirmative, les mesures de réparation prononcées par le Tribunal des droits de la personne sont-elles appropriées? — Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 3, 10.

Droit administratif — Appels — Norme de contrôle — Tribunal administratif spécialisé — Quelle est la norme de contrôle applicable lors de l'appel prévu par la loi d'une décision finale du Tribunal des droits de la personne du Québec? — La décision est-elle assujettie aux normes de contrôle de la révision judiciaire ou à celles de l'appel? — La Cour d'appel a-t-elle erré en appliquant la norme de la décision correcte à l'ensemble des conclusions du Tribunal, à l'exception de la preuve d'expert qu'elle a appréciée au regard de l'erreur manifeste et déterminante? — Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 132, 133.

Carey c. Laiken 79

Procédure civile — Outrage au tribunal — Intention requise — Prononcé d'une injonction Mareva interdisant à toute personne qui en connaît l'existence de se départir des actifs d'un client de l'avocat ou de les utiliser à d'autres fins — Avocat ayant connaissance de l'existence de l'injonction retourne malgré tout à son client des fonds détenus dans son compte en fiducie — Avocat déclaré non coupable d'outrage au motif que les prescriptions de l'ordonnance n'étaient pas claires et que l'interprétation de celle-ci par l'avocat n'était pas le fruit d'un aveuglement volontaire — L'intention d'entraver l'administration de la justice est-elle requise pour prouver l'outrage civil? — L'avocat s'est-il rendu coupable d'outrage?

Tribunaux — Juges — Compétence — Outrage au tribunal — Pouvoir discrétionnaire du juge des motions de réexaminer une conclusion d'outrage — Avocat ayant contrevenu aux prescriptions d'une injonction trouvé coupable d'outrage — Demande de l'avocat pour rouvrir l'audience relative à l'outrage — Annulation par la juge des motions de sa décision initiale d'outrage — La juge des motions a-t-elle commis une erreur en annulant sa décision initiale d'outrage? — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, art. 60.11.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Theratechnologies inc. v. 121851 Canada inc. 106

Securities — Statutory disclosure obligations — Action for damages — Prior judicial authorization — Pharmaceutical company in process of obtaining approval to market new drug — Questions on drug's potential side effects raised as part of approval process — Questions publicized by stock quotation enterprises resulting in drop of pharmaceutical company's share price — Corporate shareholder seeking to institute class action for breach of company's disclosure obligation — Action requiring prior judicial authorization based on whether there is a "reasonable possibility that it will be resolved in plaintiff's favour" — Securities Act, CQLR, c. V-1.1, ss. 5.3, 73, 225.4.

Zurich Insurance Co. v. Chubb Insurance Co. of Canada 134

Insurance — Automobile insurance — Statutory accident benefits scheme — Claimant having declined optional motor vehicle liability policy from insurance company upon renting vehicle subsequently injured in single-vehicle accident — Insurance company refusing to provide benefits available under statutory scheme — Nexus between insurer and claimant — Application judge correctly found that arbitrator erred in concluding that insurance company not an insurer for purposes of statutory scheme — Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 268 — Disputes Between Insurers, O. Reg. 283/95.

Sanofi-Aventis v. Apotex Inc. 136

Intellectual property — Patents — Medicines — Manufacturer applied to market generic version of drug — Patentees of drug applied for prohibition orders that triggered statutory stay under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations and prevented manufacturer from selling generic for 24 months — Action for damages brought under s. 8 of Regulations for delayed market entry — Court of Appeal holding that trial judge did not err in determining liability period of 24 months, in determining that patentees' authorized generic version would have entered market within three months and achieved 30 percent share of hypothetical market within liability period, or in determining that manufacturer entitled to compensation for lost sales of its generic

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Theratechnologies inc. c. 121851 Canada inc. 106

Valeurs mobilières — Obligations légales de divulgation — Action en dommages-intérêts — Autorisation judiciaire préalable — Société pharmaceutique en cours d'obtention de l'approbation d'une drogue nouvelle — Questions relatives aux effets secondaires possibles du médicament soulevées dans le cadre du processus d'approbation — Publication des questions par une entreprise de cotation boursière entraînant une chute du prix des actions de la société pharmaceutique — Société actionnaire cherchant à intenter un recours collectif pour manquement à l'obligation de divulgation de la société — Autorisation judiciaire préalable de l'action accordée s'il existe « une possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause » — Loi sur les valeurs mobilières, RLRQ, c. V-1.1, art. 5.3, 73, 225.4.

Zurich Cie d'Assurances c. Chubb du Canada Cie d'Assurance 134

Assurance — Assurance automobile — Régime d'indemnités d'accident légales — Blessures subies par la réclamante à l'occasion d'un accident touchant un seul véhicule survenu après que celle-ci eut refusé de souscrire à une police de responsabilité automobile optionnelle offerte par la société d'assurance lors de la location du véhicule — Refus de la société d'assurance de verser les indemnités prévues par le régime légal — Lien entre l'assureur et la réclamante — Le juge saisi de la demande a à juste titre décidé que l'arbitre avait fait erreur en concluant que la société d'assurance n'était pas un assureur pour l'application du régime légal — Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, c. I.8, art. 268 — Disputes Between Insurers, O. Reg. 283/95.

Sanofi-Aventis c. Apotex Inc. 136

Propriété intellectuelle — Brevets — Médicaments — Demande d'un fabricant en vue de mettre en marché une version générique d'un médicament — Sollicitation par les titulaires d'un brevet à l'égard du médicament pour des ordonnances d'interdiction ce qui ont entraîné le sursis réglementaire prévu au Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) et empêché le fabricant d'en vendre la version générique durant 24 mois — Action en dommages-intérêts, intentée en vertu de l'art. 8 du Règlement, en raison du délai écoulé avant la mise en marché — Selon la Cour d'appel, aucune erreur de la juge de première instance quant à la fixation de la période de responsabilité à 24 mois, quant à son évaluation à trois mois de la période qu'il aurait fallu pour mettre sur le marché la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

version associated with unapproved indications — Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

Association des parents de l'école Rose-des-vents v. British Columbia (Education) 139

Constitutional law — Charter of Rights — Minority language educational rights — Substantive equality — Manner in which court should assess whether children of rights holders are provided with educational experience equivalent to that provided in schools of linguistic majority of province or territory — Are issues of costs and practicalities relevant to equivalence analysis? — Whether a finding of lack of equivalence amounts to Charter breach — Whether it is necessary to determine responsibility as between province or territory and school board prior to finding prima facie breach of s. 23 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Procedure — Hearing — Procedural fairness — Phrasing of proceedings — Relevance of pleadings — Petition judge phrasing proceedings, leaving determination of responsibility for Charter breach to later phase — Petition judge striking portions of province's pleadings as irrelevant to first phase — Whether procedures adopted by petition judge procedurally unfair.

Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General) 179

Constitutional law — Courts — Judges — Judge of the Federal Court of Appeal appointed to the Court of Appeal of Quebec — Reference by the Quebec government concerning s. 98 of the Constitution Act, 1867 — Opinion of the Court of Appeal that (1) the “Courts of Quebec” contemplated by s. 98 are those whose judges are appointed by the Governor General, that is, the Court of Appeal of Quebec and the Superior Court of Quebec, and that (2) s. 98 requires that a person appointed to one of the Courts of Quebec have previously been a member of the Barreau du Québec or be such a member when appointed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

version générique autorisée du médicament breveté et du fait que ce produit aurait occupé jusqu'à 30 pour 100 du marché hypothétique durant la période de responsabilité, ni quant à sa conclusion que le manufacturier a droit à une indemnité pour les pertes de ventes de sa version générique du médicament dû à des indications non approuvées — Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.

Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation) 139

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'instruction dans la langue de la minorité — Égalité réelle — Manière dont le tribunal doit déterminer si l'expérience éducative des enfants de titulaires de droits est équivalente à celle offerte dans les écoles de la majorité linguistique de la province ou du territoire en question — Les coûts et les considérations pratiques sont-ils pertinents pour l'analyse de l'équivalence? — Une conclusion d'absence d'équivalence équivaut-elle à une conclusion qu'il y a violation de la Charte? — Est-il nécessaire de départager la responsabilité entre la province ou le territoire et le conseil scolaire avant de conclure à une violation prima facie de l'art. 23 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédure — Audience — Équité procédurale — Division de l'instance en étapes — Pertinence des actes de procédure — Juge saisi de la requête divisant l'instance en étapes et remettant la détermination de la responsabilité pour la violation de la Charte à une étape ultérieure — Passages des actes de procédure de la province radiés par le juge saisi de la requête parce que non pertinents quant à la première étape — La procédure adoptée par le juge saisi de la requête est-elle inéquitable sur le plan procédural?

Québec (Procureure générale) c. Canada (Procureur général) 179

Droit constitutionnel — Tribunaux — Juges — Juge de la Cour d'appel fédérale nommé à la Cour d'appel du Québec — Renvoi du gouvernement du Québec relatif à l'art. 98 de la Loi constitutionnelle de 1867 — Opinion de la Cour d'appel selon laquelle (1) les cours du Québec visées par l'art. 98 sont celles dont les juges sont nommés par le gouverneur général, soit la Cour d'appel du Québec et la Cour supérieure du Québec et (2) l'art. 98 exige qu'une personne nommée à l'une des cours du Québec ait été membre du Barreau du Québec dans le passé ou le soit au moment de sa nomination.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co. 182

Evidence — Admissibility — Expert evidence — Basic standards for admissibility — Qualified expert — Independence and impartiality — Nature of expert’s duty to court — How expert’s duty relates to admissibility of expert’s evidence — Forensic accountant providing opinion on whether former auditors were negligent in performance of duties — Former auditors applying to strike out expert’s affidavit on grounds she was not impartial expert witness — Whether elements of expert’s duty to court go to admissibility of evidence rather than simply to its weight — If so, whether there is a threshold admissibility requirement in relation to independence and impartiality.

Henry v. British Columbia (Attorney General) 214

Constitutional law — Charter of Rights — Remedies — Damages — Civil action — Prosecutorial misconduct in criminal proceedings — Disclosure obligations of prosecutors — Wrongful non-disclosure — Malice — Claimant wrongfully convicted and incarcerated for almost 27 years — Claimant bringing civil action alleging breach of Charter rights resulting from Crown counsel’s wrongful non-disclosure of relevant information — Damages under s. 24(1) sought against Crown — Whether s. 24(1) authorizes courts to award damages against Crown for wrongful non-disclosure — Level of fault claimant must establish to meet liability threshold for awarding s. 24(1) damages — Whether malice required — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co. 182

Preuve — Admissibilité — Preuve d’expert — Normes fondamentales d’admissibilité — Expert qualifié — Indépendance et impartialité — Nature de l’obligation de l’expert envers le tribunal — Rapport entre l’obligation de l’expert et l’admissibilité de son témoignage — Opinion d’une juricomptable sur la négligence possible des vérificateurs précédents dans l’exercice de leurs fonctions — Requête en radiation de l’affidavit de l’expert présentée par les vérificateurs précédents au motif que l’expert n’était pas un témoin expert impartial — Les éléments de l’obligation de l’expert envers le tribunal jouent-ils au regard de l’admissibilité du témoignage plutôt que simplement de la valeur probante de celui-ci? — Dans l’affirmative, l’indépendance et l’impartialité constituent-elles un critère d’admissibilité?

Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général) 214

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Dommages-intérêts — Action civile — Conduite répréhensible du poursuivant dans des poursuites criminelles — Obligation des poursuivants en matière de communication de la preuve — Défaut injustifié de communiquer des renseignements — Malveillance — Demandeur condamné injustement et incarcéré pendant presque 27 ans — Action civile du demandeur alléguant une violation de droits garantis par la Charte résultant du défaut injustifié de l’avocat du ministère public de communiquer des renseignements pertinents — Demande de dommages-intérêts contre l’État en vertu de l’art. 24(1) — L’article 24(1) autorise-t-il les tribunaux à condamner l’État à des dommages-intérêts dans les cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements? — Degré de faute que le demandeur doit établir pour satisfaire au seuil de responsabilité permettant l’adjudication de dommages-intérêts en vertu de l’art. 24(1) — La preuve de la malveillance est-elle requise? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

**Yukon Francophone School Board,
Education Area #23 v. Yukon
(Attorney General) 282**

Courts — Judges — Impartiality — Reasonable apprehension of bias — Allegation that judge's comments and interventions at trial as well as his community involvement before and after appointment as a judge gave rise to reasonable apprehension of bias — Whether judge's conduct and community involvement raised reasonable apprehension of bias.

Constitutional law — Charter of Rights — Whether school board can unilaterally decide to admit students who are not covered by s. 23 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

SOMMAIRE (Fin)

**Commission scolaire francophone du Yukon,
district scolaire #23 c. Yukon
(Procureure générale) 282**

Tribunaux — Juges — Impartialité — Crainte raisonnable de partialité — Allégation que les commentaires et les interventions du juge au procès ainsi que son engagement dans la communauté tant avant qu'après sa nomination à titre de juge suscitaient une crainte raisonnable de partialité — Le comportement du juge et son engagement dans la communauté suscitaient-ils une crainte raisonnable de partialité?

Droit constitutionnel — Charte des droits — La commission scolaire peut-elle décider unilatéralement d'admettre des élèves qui ne sont pas visés par l'art. 23 de la Charte canadienne des droits et libertés?

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 2, 2015

2^e volume, 2015

**Mouvement laïque québécois and
Alain Simoneau** *Appellants*

v.

**City of Saguenay and
Jean Tremblay** *Respondents*

and

**Human Rights Tribunal,
Evangelical Fellowship of Canada,
Catholic Civil Rights League,
Faith and Freedom Alliance,
Association des parents catholiques
du Québec, Canadian Secular
Alliance and Canadian Civil Liberties
Association** *Interveners*

**INDEXED AS: MOUVEMENT LAÏQUE QUÉBÉCOIS v.
SAGUENAY (CITY)**

2015 SCC 16

File No.: 35496.

2014: October 14; 2015: April 15.

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

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

Human rights — Freedom of conscience and religion — Right to equality — Discriminatory practices — Principle of religious neutrality of state — Whether practice of members of municipal council that is regulated by by-law and that consists of reciting prayer at start of each meeting of council is in breach of principle of religious neutrality of state and results in discriminatory interference with freedom of conscience and religion — If so, whether remedies granted by Human Rights Tribunal appropriate — Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, ss. 3, 10.

Administrative law — Appeals — Standard of review — Specialized administrative tribunal — Applicable standard of review on statutory appeal from final decision

**Mouvement laïque québécois et
Alain Simoneau** *Appelants*

c.

**Ville de Saguenay et
Jean Tremblay** *Intimés*

et

**Tribunal des droits de la personne,
Alliance évangélique du Canada,
Ligue catholique des droits de l’homme,
Faith and Freedom Alliance,
Association des parents catholiques
du Québec, Canadian Secular Alliance et
Association canadienne des libertés
civiles** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : MOUVEMENT LAÏQUE QUÉBÉCOIS c.
SAGUENAY (VILLE)**

2015 CSC 16

N° du greffe : 35496.

2014 : 14 octobre; 2015 : 15 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Droits de la personne — Liberté de conscience et de religion — Droit à l’égalité — Pratiques discriminatoires — Principe de la neutralité religieuse de l’État — La pratique des membres d’un conseil municipal, encadrée par règlement et consistant à réciter une prière au début de chaque réunion du conseil, contrevient-elle au principe de la neutralité religieuse de l’État et engendre-t-elle une atteinte discriminatoire à la liberté de conscience et de religion? — Dans l’affirmative, les mesures de réparation prononcées par le Tribunal des droits de la personne sont-elles appropriées? — Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 3, 10.

Droit administratif — Appels — Norme de contrôle — Tribunal administratif spécialisé — Quelle est la norme de contrôle applicable lors de l’appel prévu par la loi

of Quebec Human Rights Tribunal — Whether decision subject to standards of review applicable to judicial review proceeding, or to appellate standards — Whether Court of Appeal erred in applying correctness standard to all Tribunal’s conclusions, except for one with respect to expert evidence, for which it referred to palpable and overriding error — Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, ss. 132, 133.

S regularly attended the public meetings of the municipal council of the City of Saguenay. At the start of each meeting, the mayor would recite a prayer after making the sign of the cross while saying “in the name of the Father, the Son and the Holy Spirit”. The prayer also ended with the sign of the cross and the same words. Other councillors and City officials would cross themselves at the beginning and end of the prayer as well. In one of the council chambers, there was a Sacred Heart statue fitted with a red electric votive light. In another, there was a crucifix hanging on the wall. S, who considers himself an atheist, felt uncomfortable with this display, which he considered religious, and asked the mayor to stop the practice. When the mayor refused, S complained to the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. He argued that his freedom of conscience and religion was being infringed, contrary to ss. 3 and 10 of the *Quebec Charter*, and asked that the recitation of the prayer cease and that all religious symbols be removed from council chambers.

The Commission limited its investigation to the question whether the prayer was discriminatory. It considered the evidence to be sufficient to submit the dispute to the Human Rights Tribunal, but it did not do so itself, because the Tribunal had recently decided a similar case and because it considered S to be in a position to defend his individual rights by himself. S then pursued his remedy, with the support of the Mouvement laïque québécois (“MLQ”), by means of an application to the Tribunal. The City then adopted a by-law whose purpose was to regulate the recitation of the prayer, and that also changed the wording of the prayer and provided for a two-minute delay between the end of the prayer and the official opening of council meetings. The mayor and the councillors continued to act in the same way as described above, however, and S and the MLQ amended their motion to ask the Tribunal to declare the by-law to be inoperative and of no force or effect in relation to S.

The Tribunal granted the application, finding that the prayer was, when considered in light of its context, religious in nature and that the City and its mayor, by having

d’une décision finale du Tribunal des droits de la personne du Québec? — La décision est-elle assujettie aux normes de contrôle de la révision judiciaire ou à celles de l’appel? — La Cour d’appel a-t-elle erré en appliquant la norme de la décision correcte à l’ensemble des conclusions du Tribunal, à l’exception de la preuve d’expert qu’elle a appréciée au regard de l’erreur manifeste et déterminante? — Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 132, 133.

S assiste régulièrement aux séances publiques du conseil municipal de la Ville de Saguenay. Au début de chaque séance, le maire récite une prière, qu’il précède d’un signe de croix accompagné des mots « au nom du Père, du Fils et du Saint-Esprit ». La prière se termine par le même signe de croix et les mêmes mots. D’autres conseillers et représentants de la Ville font aussi un signe de croix au début et à la fin de la prière. Une statue du Sacré-Cœur, ornée d’un lampion rouge électrique, est placée dans l’une des salles du conseil. Un crucifix est accroché au mur d’une autre. S, qui se dit athée, ressent un malaise face à cette manifestation qu’il estime religieuse et demande au maire de cesser cette pratique. Devant son refus, il porte plainte à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. Il soutient que sa liberté de conscience et de religion est brimée, en violation des art. 3 et 10 de la *Charte québécoise*. Il réclame que cesse la récitation de la prière et demande de retirer des salles du conseil tout symbole religieux.

La Commission n’enquête que sur le caractère discriminatoire de la prière. Elle juge que la preuve est suffisante pour soumettre le litige au Tribunal des droits de la personne, mais ne le fait pas elle-même, puisque le Tribunal a récemment tranché une affaire similaire et parce qu’elle estime que S est à même de faire valoir seul ses droits individuels. S intente alors son propre recours devant le Tribunal, avec l’appui du Mouvement laïque québécois (« MLQ »). La Ville adopte par la suite un règlement qui vise à encadrer la récitation de la prière, à en modifier le texte et à prévoir un délai de deux minutes entre la fin de la prière et l’ouverture officielle des séances du conseil. Le comportement du maire et des conseillers demeure toutefois identique, et S et le MLQ amendent leur requête pour demander au Tribunal de déclarer le règlement inopérant et sans effet à l’égard de S.

Le Tribunal accueille le recours. Il conclut que, analysée dans son contexte, la prière a un caractère religieux et que, par sa récitation, la Ville et son maire favorisent une

it recited, were showing a preference for one religion to the detriment of others, which constituted a breach of the state's duty of neutrality. The Tribunal also concluded that the prayer and the exhibiting of religious symbols resulted in an interference with S's freedom of conscience and religion that was more than trivial or insubstantial, and that the interference was discriminatory. It declared the by-law inoperative and invalid, ordered the City and the mayor to cease the recitation of the prayer and to remove all religious symbols from the rooms where the council's meetings were held, and awarded \$30,000 in compensatory and punitive damages to S. It refused to award the reimbursement of extrajudicial fees, however, because, in its view, the City and the mayor were not guilty of an improper use of procedure.

The Court of Appeal allowed the appeal. In its opinion, the question of the religious neutrality of the state was a matter of importance to the legal system that required the application of the standard of review of correctness. It held that the prayer at issue expressed universal values and could not be identified with any particular religion, and that the religious symbols were works of art that were devoid of religious connotation and did not affect the state's neutrality. According to the Court of Appeal, S had not been discriminated against on the ground of freedom of conscience and religion. The interference, if any, was trivial or insubstantial.

Held: The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: Where a statute provides for an appeal from a decision of a specialized administrative tribunal such as the Tribunal, the appropriate standards of review are the ones that apply on judicial review, not on an appeal. The Tribunal is not a court to which the *Courts of Justice Act* applies. Its jurisdiction is based on the mechanism for receiving and processing complaints that is provided for in the *Quebec Charter* and implemented by the Commission, and is protected by the *Charter* by means of a privative clause and a supporting clause. The Tribunal's procedure reflects its nature as a specialized administrative tribunal, and the existence of a right to appeal with leave does not change that nature. Nor is the fact that the Tribunal does not have exclusive jurisdiction in discrimination cases and that a complainant can also turn to the ordinary courts determinative. The scope of a right to appeal and the absence of exclusive jurisdiction may sometimes affect the deference to be shown to decisions of a specialized administrative tribunal, but they do not mean that the standards of review with respect to judicial review cease to apply.

croyance religieuse au détriment des autres, ce qui contrevient à l'obligation de neutralité de l'État. Le Tribunal conclut aussi que la prière et l'exposition de symboles religieux engendrent une atteinte plus que négligeable ou insignifiante à la liberté de conscience et de religion de S et que cette atteinte est discriminatoire. Il déclare le règlement inopérant et sans effet, ordonne à la Ville et au maire de cesser la récitation de la prière, leur enjoint de retirer tout symbole religieux des enceintes où se tiennent les séances du conseil et octroie à S des dommages-intérêts compensatoires et punitifs de 30 000 \$. Il refuse toutefois d'octroyer le remboursement d'honoraires extrajudiciaires, car il juge que la Ville et le maire n'ont pas abusé de leurs droits.

La Cour d'appel accueille l'appel. Elle estime que la question de la neutralité religieuse de l'État est une question d'importance pour le système juridique qui commande l'application de la norme de contrôle de la décision correcte. Elle juge que la prière en cause exprime des valeurs universelles et ne s'identifie à aucune religion particulière, et que les symboles religieux sont des objets d'art dépouillés de connotation religieuse qui n'interfèrent pas avec la neutralité de l'État. Selon la Cour d'appel, S ne fait pas l'objet de discrimination fondée sur sa liberté de conscience et de religion. L'atteinte, s'il en est, est négligeable ou insignifiante.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon : Lorsqu'une loi prévoit un appel à l'encontre des décisions d'un tribunal administratif spécialisé comme le Tribunal, les normes de contrôle à favoriser sont celles applicables à la révision judiciaire, et non à l'appel. Le Tribunal n'est pas un tribunal judiciaire visé par la *Loi sur les tribunaux judiciaires*. Sa compétence est tributaire du mécanisme de réception et de traitement des plaintes instauré par la *Charte québécoise* et mis en œuvre par la Commission et est protégée par la *Charte* à l'aide d'une clause privative et d'une clause de renfort. La procédure devant le Tribunal reflète sa nature administrative spécialisée, et l'existence d'un droit d'appel sur permission n'y change rien. Le fait que le Tribunal n'ait pas compétence exclusive en matière de discrimination et qu'un plaignant puisse aussi faire appel aux tribunaux de droit commun n'est pas non plus déterminant. L'étendue d'un droit d'appel et l'absence de compétence exclusive peuvent parfois influencer sur la déférence applicable envers les décisions d'un tribunal administratif spécialisé, mais elles n'écartent pas pour autant les normes de contrôle propres à la révision

The choice of the applicable standard depends primarily on the nature of the questions that have been raised. Deference should normally be shown where the Tribunal acts within its specialized area of expertise, interprets the *Quebec Charter* and applies that charter's provisions to the facts to determine whether a complainant has been discriminated against. However, the presumption of deference can sometimes be rebutted if a contextual analysis reveals that the legislature clearly intended not to protect the tribunal's jurisdiction in relation to certain matters; the existence of concurrent and non-exclusive jurisdiction on a given point of law is an important factor in this regard. The presumption can also be rebutted where general questions of law are raised that are of importance to the legal system and fall outside the specialized administrative tribunal's area of expertise.

In this case, the Court of Appeal erred in applying the standard of correctness to all the Tribunal's conclusions while assessing the expert evidence on the basis of the palpable and overriding error criterion. Although the correctness standard applied to the question of law relating to the scope of the state's duty of religious neutrality that flows from freedom of conscience and religion, that of reasonableness applied on the question whether the prayer was religious in nature, the extent to which the prayer interfered with the complainant's freedom, the determination of whether it was discriminatory, the qualification of the experts and the assessment of the probative value of their testimony. Where the religious symbols were concerned, on the other hand, the Court of Appeal was right to find that, because the Commission had not conducted an investigation into this question, it was not open to the Tribunal to consider it.

The state's duty of religious neutrality results from an evolving interpretation of freedom of conscience and religion. The evolution of Canadian society has given rise to a concept of this neutrality according to which the state must not interfere in religion and beliefs. The state must instead remain neutral in this regard, which means that it must neither favour nor hinder any particular belief, and the same holds true for non-belief. The pursuit of the ideal of a free and democratic society requires the state to encourage everyone to participate freely in public life regardless of their beliefs. A neutral public space free from coercion, pressure and judgment on the part of public authorities in matters of spirituality is intended to protect every person's freedom and dignity, and it helps preserve and promote the multicultural nature of Canadian society. The state's duty to protect every person's freedom of conscience and religion means that it may not use its powers in such a way as to promote the participation of certain believers or non-believers in public life

judiciaire. Le choix de la norme de contrôle applicable dépend principalement de la nature des questions soulevées. La déférence est normalement requise lorsque le Tribunal agit à l'intérieur de son champ d'expertise et qu'il interprète la *Charte québécoise* et applique ses dispositions aux faits pour décider de l'existence de discrimination. Par contre, la présomption de déférence peut parfois être repoussée si une analyse contextuelle révèle une intention claire du législateur de ne pas protéger la compétence d'un tribunal sur certaines questions; l'existence d'une compétence concurrente et non exclusive sur un même point de droit est un facteur important à considérer à cette fin. C'est aussi le cas lorsque se soulève une question de droit générale d'importance pour le système juridique et étrangère au domaine d'expertise du tribunal administratif spécialisé.

En l'espèce, la Cour d'appel a erré en appliquant la norme de la décision correcte à l'ensemble des conclusions du Tribunal tout en appréciant la preuve d'expert au regard du critère de l'erreur manifeste et déterminante. Si la norme de la décision correcte s'appliquait à la question de droit relative aux contours de la neutralité religieuse de l'État qui découle de la liberté de conscience et de religion, la norme de la décision raisonnable s'appliquait toutefois pour ce qui est de l'évaluation du caractère religieux de la prière, de la portée des atteintes causées par celle-ci au plaignant, de la détermination du caractère discriminatoire de la prière, de la qualification des experts et de l'appréciation de la valeur probante de leurs témoignages. Au regard des symboles religieux par contre, la Cour d'appel a eu raison de conclure qu'en l'absence d'enquête de la Commission sur le sujet, le Tribunal ne pouvait se prononcer sur cette question.

L'obligation de neutralité religieuse de l'État résulte de l'interprétation évolutive de la liberté de conscience et de religion. L'évolution de la société canadienne a engendré une conception de cette neutralité suivant laquelle l'État ne doit pas s'ingérer dans le domaine de la religion et des croyances. L'État doit plutôt demeurer neutre à cet égard, ce qui exige qu'il ne favorise ni ne défavorise aucune croyance, pas plus que l'incroyance. La poursuite de l'idéal d'une société libre et démocratique requiert de l'État qu'il encourage la libre participation de tous à la vie publique, quelle que soit leur croyance. Un espace public neutre, libre de contraintes, de pressions et de jugements de la part des pouvoirs publics en matière de spiritualité, tend à protéger la liberté et la dignité de chacun, et favorise la préservation et la promotion du caractère multiculturel de la société canadienne. En raison de l'obligation qu'il a de protéger la liberté de conscience et de religion de chacun, l'État ne peut utiliser ses pouvoirs d'une manière qui favoriserait la participation de certains croyants ou

to the detriment of others. If the state adheres to a form of religious expression under the guise of cultural or historical reality or heritage, it breaches its duty of neutrality. The Tribunal was therefore correct in holding that the state's duty of neutrality means that a state authority cannot make use of its powers to promote or impose a religious belief. Contrary to what the Court of Appeal suggested, the state's duty to remain neutral on questions relating to religion cannot be reconciled with a benevolence that would allow it to adhere to a religious belief.

A provision of a statute, of regulations or of a by-law will be inoperative if its purpose is religious and therefore cannot be reconciled with the state's duty of neutrality. Where the purpose of an impugned provision is to regulate a practice engaged in by state officials that is itself being challenged, the analysis of the provision must take account of the practice it regulates. In a case in which a complaint of discrimination based on religion concerns a state practice, the alleged breach of the duty of neutrality must be established by proving that the state is professing, adopting or favouring one belief to the exclusion of all others and that the exclusion has resulted in interference with the complainant's freedom of conscience and religion. To conclude that an infringement has occurred, the Tribunal must be satisfied that the complainant's belief is sincere, and must find that the complainant's ability to act in accordance with his or her beliefs has been interfered with in a manner that is more than trivial or insubstantial. Where the impugned practice is regulated by a legislative provision, the state can invoke s. 9.1 of the *Quebec Charter* to show that this provision that, in its effect, infringes freedom of conscience and religion constitutes a reasonable and justified limit in a free and democratic society.

The Tribunal's finding in this case that there had been discriminatory interference with S's freedom of conscience and religion for the purposes of ss. 3 and 10 of the *Quebec Charter* was reasonable. The recitation of the prayer at the council's meetings was above all else a use by the council of public powers to manifest and profess one religion to the exclusion of all others. On the evidence in the record, it was reasonable for the Tribunal to conclude that the City's prayer is in fact a practice of a religious nature. Its decision on this point was supported by reasons that were both extensive and intelligible, and the background facts, which were reviewed in detail, support its conclusion. Likewise, the Tribunal's conclusions on the issues of qualifying the expert of S and the MLQ and of the probative value of his opinion were not unreasonable. A relationship between an expert and a

incroyants à la vie publique au détriment des autres. Si, sous le couvert d'une réalité culturelle, historique ou patrimoniale, l'État adhère à une forme d'expression religieuse, il ne respecte pas son obligation de neutralité. Le Tribunal a donc correctement décidé en statuant que, en raison de son obligation de neutralité, une autorité étatique ne peut instrumentaliser ses pouvoirs afin de promouvoir ou d'imposer une croyance religieuse. Contrairement à ce que suggère la Cour d'appel, l'obligation de l'État de demeurer neutre en matière religieuse n'est pas conciliable avec une bienveillance qui lui permettrait d'adhérer à une croyance religieuse.

Une disposition législative ou réglementaire est inopérante lorsque son objet est religieux, et donc inconciliable avec l'obligation de neutralité de l'État. Lorsque la disposition attaquée vise à encadrer une pratique des représentants de l'État qui est elle aussi contestée, l'analyse de la disposition doit tenir compte de la pratique qu'elle encadre. Dans une plainte de discrimination fondée sur la religion visant une pratique de l'État, le manquement reproché au devoir de neutralité exige la preuve que l'État professe, adopte ou favorise une croyance à l'exclusion des autres et que l'exclusion engendre une atteinte à la liberté de conscience et de religion du plaignant. Pour conclure qu'il existe une atteinte, le Tribunal doit être convaincu de la sincérité de la croyance du plaignant et constater une atteinte plus qu'insignifiante ou négligeable à la capacité du plaignant à agir en conformité avec ses croyances. Lorsque la pratique contestée est encadrée par une disposition à caractère législatif, l'État peut invoquer l'art. 9.1 de la *Charte québécoise* afin de démontrer que la disposition dont les effets attentent à la liberté de conscience et de religion constitue une limite raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique.

En l'espèce, la conclusion du Tribunal voulant qu'il y ait une atteinte discriminatoire à la liberté de conscience et de religion de S au sens des art. 3 et 10 de la *Charte québécoise* est raisonnable. La récitation de la prière aux séances du conseil constitue avant tout une utilisation des pouvoirs publics par le conseil dans le but de manifester et de professer une religion à l'exclusion des autres. Eu égard à la preuve au dossier, le Tribunal pouvait raisonnablement conclure que la prière de la Ville est en réalité une pratique dont le caractère est religieux. Sa décision sur ce point est étayée par des motifs étoffés et intelligibles, et le contexte factuel examiné en détail appuie sa conclusion. De même, les conclusions du Tribunal sur la qualité de l'expert de S et du MLQ pour témoigner et sur la valeur probante de son opinion ne sont pas déraisonnables. Le lien entre un expert et une partie ne le rend

party does not automatically disqualify the expert. Even though the Tribunal did not discuss the expert's independence and impartiality in detail, it was very aware of his relationship with the MLQ and of his views with respect to secularism; it was only after discussing all the evidence, including the substance of the testimony of all the experts, that it decided to accept his testimony.

The prayer recited by the municipal council in breach of the state's duty of neutrality resulted in a distinction, exclusion and preference based on religion — that is, based on S's sincere atheism — which, in combination with the circumstances in which the prayer was recited, turned the meetings into a preferential space for people with theistic beliefs. The latter could participate in municipal democracy in an environment favourable to the expression of their beliefs. Although non-believers could also participate, the price for doing so was isolation, exclusion and stigmatization. This impaired S's right to exercise his freedom of conscience and religion. The attempt at accommodation provided for in the by-law, namely giving those who preferred not to attend the recitation of the prayer the time they needed to re-enter the council chamber, had the effect of exacerbating the discrimination. The Tribunal's findings to the effect that the interference with S's freedom of conscience and religion was more than trivial or insubstantial were supported by solid evidence, and deference is owed to the Tribunal's assessment of the effect of the prayer on S's freedom of conscience and religion.

Barring the municipal council from reciting the prayer would not amount to giving atheism and agnosticism prevalence over religious beliefs. There is a distinction between unbelief and true neutrality. True neutrality presupposes abstention, but it does not amount to a stand favouring one view over another. Moreover, it has not been established in this case that the prayer is non-denominational. The Tribunal's findings of fact instead tend toward the opposite result. Be that as it may, the respondents themselves conceded at the hearing that the prayer is nonetheless a religious practice. Even if it is said to be inclusive, it may nevertheless exclude non-believers. As for the proposed analogy to the prayer recited by the Speaker of the House of Commons, in the absence of evidence concerning that prayer, it would be inappropriate to use it to support a finding that the City's prayer is valid. Finally, the reference to the supremacy of God in the preamble to the *Canadian Charter* cannot lead to an interpretation of freedom of conscience and religion that authorizes the state to consciously profess a theistic faith. The preamble articulates the political theory on which the *Charter's* protections are based. The express provisions of the *Canadian Charter* and of the *Quebec Charter*, such as those

pas automatiquement inhabile. Même si le Tribunal ne traite pas en détail de l'indépendance et de l'impartialité de l'expert, il est toutefois bien conscient des liens de celui-ci avec le MLQ et de ses opinions sur la laïcité; ce n'est qu'au terme d'un examen de l'ensemble de la preuve, incluant la substance du témoignage de tous les experts, qu'il a décidé de retenir son opinion.

La prière récitée par le conseil municipal en violation du devoir de neutralité de l'État engendre une distinction, exclusion et préférence fondée sur la religion, soit l'athéisme sincère de S, qui, conjuguée aux circonstances entourant sa récitation, fait des séances un espace préférentiel favorisant les croyants théistes. Ces derniers peuvent participer à la démocratie municipale dans un environnement favorable à l'expression de leurs croyances, alors que si les incroyants peuvent eux aussi participer, c'est au prix de l'isolement, de l'exclusion et de la stigmatisation. Cela compromet le droit de S à l'exercice de sa liberté de conscience et de religion. La tentative d'accommodement que prévoit le règlement et qui consiste à allouer à ceux qui préfèrent ne pas assister à la prière le temps requis pour réintégrer la salle a pour effet d'exacerber la discrimination. Une preuve solide étayait les conclusions du Tribunal selon lesquelles l'entrave à la liberté de conscience et de religion de S était plus que négligeable ou insignifiante, et il y a lieu de faire preuve de déférence envers cette évaluation des effets de la prière sur la liberté de conscience et de religion de S.

Le fait d'empêcher le conseil municipal de réciter la prière n'équivaut pas à faire triompher l'athéisme et l'agnosticisme sur les croyances religieuses. Il existe une distinction entre l'incroyance et la neutralité réelle. Cette dernière suppose l'abstention, mais cela n'est pas une prise de position en faveur d'une perspective plutôt que d'une autre. Par ailleurs, le caractère non confessionnel de la prière n'est pas établi en l'espèce. Les conclusions factuelles du Tribunal vont dans le sens contraire. Quoi qu'il en soit, la Ville et son maire ont eux-mêmes admis à l'audience que cette prière n'en demeure pas moins une pratique religieuse. Même si on la qualifiait d'inclusive, elle risque néanmoins d'exclure les incroyants. Quant à l'analogie proposée avec la prière que récite le Président de la Chambre des communes, en l'absence de preuve sur celle-ci, il est inopportun de l'utiliser pour valider la prière de la Ville. Enfin, la mention de la suprématie de Dieu dans le préambule de la *Charte canadienne* ne saurait entraîner une interprétation de la liberté de conscience et de religion qui autoriserait l'État à professer sciemment une foi théiste. Ce préambule est l'expression de la thèse politique sur laquelle reposent les protections qu'elle renferme. Les dispositions explicites de la *Charte*

regarding freedom of conscience and religion, must be given a generous and expansive interpretation. This is necessary to ensure that those to whom these charters apply enjoy the full benefit of the rights and freedoms, and that the purpose of the charters is attained.

Insofar as the by-law infringed the *Quebec Charter*, the Tribunal could declare it to be inoperative in relation to S, but it could not declare it to be “inoperative and invalid” without further clarification, as that would amount to a general declaration of invalidity, which the Tribunal does not have the jurisdiction to make. The Tribunal could make any necessary orders to put an end to the identified interference in relation to the prayer. Even though it should not have taken certain factors into account in awarding compensatory damages, its decision on this subject, viewed as a whole, satisfied the reasonableness test. As for the Tribunal’s decision on the issue of punitive damages, reasons that are intelligible were given for it, and the Tribunal is entitled to deference. Finally, the Tribunal’s conclusion that no improper use of procedure had occurred and its refusal to award S and the MLQ the reimbursement of their extrajudicial fees were reasonable.

Per Abella J.: There is agreement with the majority that the appeal should be allowed. However, using different standards of review for each different aspect of a decision is a departure from the Court’s jurisprudence that risks undermining the framework for how decisions of specialized tribunals are generally reviewed. The reasons of a specialized tribunal must be read as a whole to determine whether the result is reasonable.

Questions of general importance to the legal system attract the correctness standard only if they are outside the tribunal’s expertise. Since state neutrality is about what the role of the state is in protecting freedom of religion, part of the inquiry into freedom of religion necessarily engages the question of state religious neutrality. It is not a transcendent legal question meriting its own stricter standard, it is an inextricable part of deciding whether discrimination based on freedom of religion has taken place. This is the Tribunal’s daily fare. To extricate state neutrality from the discrimination analysis as being of singular significance to the legal system, elevates it from its contextual status into a defining one.

canadienne et de la *Charte québécoise*, telles celles relatives à la liberté de conscience et de religion, doivent recevoir une interprétation large et libérale. Cela est nécessaire pour assurer aux justiciables le plein bénéfice des droits et libertés, et aussi, réaliser l’objet de ces chartes.

Dans la mesure où le règlement contrevient à la *Charte québécoise*, le Tribunal pouvait le déclarer inopérant à l’égard de S, mais il ne pouvait le déclarer « inopérant et sans effet » sans plus de précision, car cela équivaut à une déclaration générale d’invalidité, ce qui n’est pas de son ressort. Le Tribunal pouvait prononcer les ordonnances nécessaires pour que cesse l’atteinte identifiée relativement à la prière. Même si le Tribunal ne devait pas tenir compte de certains éléments dans l’octroi des dommages-intérêts compensatoires, sa décision à ce sujet, analysée globalement, satisfait au critère de la raisonnable. Quant à la décision du Tribunal sur la question des dommages-intérêts punitifs, elle est motivée et intelligible, et le Tribunal a droit à la déférence. Enfin, la conclusion du Tribunal sur l’absence d’abus et sur le refus d’ordonner le remboursement des honoraires extrajudiciaires de S et du MLQ est raisonnable.

La juge Abella : Il y a accord avec les juges de la majorité pour accueillir l’appel. Toutefois, l’utilisation de normes de contrôle distinctes pour chacun des différents aspects d’une décision marque une rupture avec notre jurisprudence qui risque d’affaiblir le cadre au moyen duquel les décisions des tribunaux spécialisés sont généralement contrôlées. Les motifs d’un tel tribunal doivent être considérés dans leur ensemble afin de décider si le résultat est raisonnable.

Les questions d’importance générale pour le système juridique sont assujetties à la norme de la décision correcte uniquement si elles sont étrangères au domaine d’expertise du tribunal administratif. Comme la neutralité de l’État concerne le rôle de ce dernier dans la protection de la liberté de religion, une partie de l’analyse portant sur la liberté de religion fait nécessairement intervenir la question de la neutralité religieuse de l’État. Cette question n’est pas une question de droit transcendant qui mérite sa propre norme plus stricte, elle est un aspect inextricable du fait de décider s’il y a eu ou non discrimination fondée sur la liberté de religion. Ce genre de questions est le lot quotidien du Tribunal. Le fait d’isoler la question de la neutralité de l’État de l’analyse de la discrimination au motif qu’elle possède une valeur singulière pour le système juridique dans son ensemble a pour effet de relever son statut de contextuel à déterminant.

Cases Cited

By Gascon J.

Distinguished: *Freitag v. Penetanguishene (Town)* (1999), 47 O.R. (3d) 301; *Allen v. Renfrew (County)* (2004), 69 O.R. (3d) 742; **approved:** *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys v. Gallardo*, 2012 QCCA 908, [2012] R.J.Q. 1001; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Dhawan*, 2000 CanLII 11031; *Compagnie minière Québec Cartier v. Québec (Commission des droits de la personne)*, 1998 CanLII 12609; **disapproved:** *Association des pompiers de Laval v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 2041, [2011] R.J.D.T. 1025, leave to appeal refused, [2012] 2 S.C.R. vi; *Gaz Métropolitain inc. v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201, [2011] R.J.Q. 1253; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. 9185-2152 Québec inc. (Radio Lounge Brossard)*, 2015 QCCA 577; *Bertrand v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2014 QCCA 2199; *Commission scolaire des Phares v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2012 QCCA 988, [2012] R.J.Q. 1022; *Coutu v. Tribunal des droits de la personne*, [1993] R.J.Q. 2793; **referred to:** *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. Laval (Ville de)*, [2006] R.J.Q. 2529; *Commission scolaire des Phares v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2006 QCCA 82, [2006] R.J.Q. 378; *Bombardier inc. (Bombardier Aerospace Training Center) v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 1650, [2013] R.J.Q. 1541, leave to appeal granted, [2014] 1 S.C.R. vii; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec v. Proprio Direct inc.*, 2008 SCC 32, [2008] 2 S.C.R. 195; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247; *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, 2001 SCC 36, [2001] 2 S.C.R. 100; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Québec (Procureur général)*, 2014 QCCA 1654; *For-Net Montréal inc. v. Chergui*, 2014 QCCA 1508; *Association des juges administratifs de la Commission des lésions professionnelles v. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCA 1690, [2013] R.J.Q. 1593; *Imperial Tobacco Canada Ltd. v. Létourneau*, 2013 QCCA 1139; *Commission de la santé et de la sécurité du*

Jurisprudence

Citée par le juge Gascon

Distinction d'avec les arrêts : *Freitag c. Penetanguishene (Town)* (1999), 47 O.R. (3d) 301; *Allen c. Renfrew (County)* (2004), 69 O.R. (3d) 742; **arrêts approuvés :** *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys c. Gallardo*, 2012 QCCA 908, [2012] R.J.Q. 1001; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Dhawan*, 2000 CanLII 11031; *Compagnie minière Québec Cartier c. Québec (Commission des droits de la personne)*, 1998 CanLII 12609; **arrêts critiqués :** *Association des pompiers de Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 2041, [2011] R.J.D.T. 1025, autorisation d'appel refusée, [2012] 2 R.C.S. vi; *Gaz Métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201, [2011] R.J.Q. 1253; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9185-2152 Québec inc. (Radio Lounge Brossard)*, 2015 QCCA 577; *Bertrand c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2014 QCCA 2199; *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2012 QCCA 988, [2012] R.J.Q. 1022; *Coutu c. Tribunal des droits de la personne*, [1993] R.J.Q. 2793; **arrêts mentionnés :** *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Laval (Ville de)*, [2006] R.J.Q. 2529; *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2006 QCCA 82, [2006] R.J.Q. 378; *Bombardier inc. (Bombardier Aerospace Training Center) c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 1650, [2013] R.J.Q. 1541, autorisation d'appel accordée, [2014] 1 R.C.S. vii; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Proprio Direct inc.*, 2008 CSC 32, [2008] 2 R.C.S. 195; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, 2001 CSC 36, [2001] 2 R.C.S. 100; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2014 QCCA 1654; *For-Net Montréal inc. c. Chergui*, 2014 QCCA 1508; *Association des juges administratifs de la Commission des lésions professionnelles c. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCA 1690, [2013] R.J.Q. 1593; *Imperial Tobacco Canada Ltd. c. Létourneau*, 2013 QCCA

travail v. Fontaine, 2005 QCCA 775, [2005] R.J.Q. 2203; *Québec (Procureure générale) v. Tribunal des droits de la personne*, [2002] R.J.Q. 628; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Rogers and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *Canadian Artists' Representation v. National Gallery of Canada*, 2014 SCC 42, [2014] 2 S.C.R. 197; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502; *Ménard v. Rivet*, [1997] R.J.Q. 2108; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, 2000 SCC 27, [2000] 1 S.C.R. 665; *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525; *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90; *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650; *R. v. N.S.*, 2012 SCC 72, [2012] 3 S.C.R. 726; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912; *Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Bruker v. Marcovitz*, 2007 SCC 54, [2007] 3 S.C.R. 607; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Zylberberg v. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295; *Ontario (Speaker of the Legislative* 1139; *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Fontaine*, 2005 QCCA 775, [2005] R.J.Q. 2203; *Québec (Procureure générale) c. Tribunal des droits de la personne*, [2002] R.J.Q. 628; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada*, 2014 CSC 42, [2014] 2 R.C.S. 197; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502; *Ménard c. Rivet*, [1997] R.J.Q. 2108; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525; *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90; *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650; *R. c. N.S.*, 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912; *Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54, [2007] 3 R.C.S. 607; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Zylberberg c. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes*

Assembly) v. *Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 54 O.R. (3d) 595; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 SCC 30, [2004] 1 S.C.R. 789; *Globe and Mail v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 41, [2010] 2 S.C.R. 592; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board*, 2005 SCC 16, [2005] 1 S.C.R. 257; *Entreprises Sibeca Inc. v. Frelighsburg (Municipality)*, 2004 SCC 61, [2004] 3 S.C.R. 304; *Richard v. Time Inc.*, 2012 SCC 8, [2012] 1 S.C.R. 265; *Genex Communications inc. v. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743; *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211; *de Montigny v. Brossard (Succession)*, 2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64; *Viel v. Entreprises Immobilières du Terroir ltée*, [2002] R.J.Q. 1262.

By Abella J.

Referred to: *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467.

Statutes and Regulations Cited

Act to establish the new Code of Civil Procedure, S.Q. 2014, c. 1, s. 22 [not yet in force].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, preamble, ss. 1, 2, 27.
Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, ss. 1 to 38, 3, 4, 9.1, 10, 11, 15, 44, 49, 52, 62, 71, 74 et seq., 77, 78, 80 to 82, 84, 100, 101, 104, 109, 110, 111, 111.1, 113, 114 to 124, 123, 126, 132, 133.

et étudiants — Section Colombie-Britannique, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295; *Ontario (Speaker of the Legislative Assembly) c. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 54 O.R. (3d) 595; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson*, 2005 CSC 16, [2005] 1 R.C.S. 257; *Entreprises Sibeca Inc. c. Frelighsburg (Municipalité)*, 2004 CSC 61, [2004] 3 R.C.S. 304; *Richard c. Time Inc.*, 2012 CSC 8, [2012] 1 R.C.S. 265; *Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211; *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64; *Viel c. Entreprises Immobilières du Terroir ltée*, [2002] R.J.Q. 1262.

Citée par la juge Abella

Arrêts mentionnés : *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, préambule, art. 1, 2, 27.
Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 1 à 38, 3, 4, 9.1, 10, 11, 15, 44, 49, 52, 62, 71, 74 et suiv., 77, 78, 80 à 82, 84, 100, 101, 104, 109, 110, 111, 111.1, 113, 114 à 124, 123, 126, 132, 133.
Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25, art. 234, 417.
Loi constitutionnelle de 1867, préambule.

Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, arts. 234, 417.
Constitution Act, 1867, preamble.
Courts of Justice Act, CQLR, c. T-16.
 Règlement VS-R-2008-40, City of Saguenay, November 3, 2008.

Authors Cited

Béchar, Donald, avec la collaboration de Jessica Béchar.
L'expert. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2011.
 Ducharme, Léo, et Charles-Maxime Panaccio. *L'administration de la preuve*, 4^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2010.
 Magnet, Joseph Eliot. "Multiculturalism and Collective Rights", in Gérald-A. Beaudoin and Errol Mendes, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005, 1259.
 Moon, Richard. "Freedom of Religion Under the *Charter of Rights*: The Limits of State Neutrality" (2012), 45 *U.B.C. L. Rev.* 497.
 Paciocco, David M. "Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System: Strategies for Changing the Tune on Partial Experts" (2009), 34 *Queen's L.J.* 565.
 Québec. Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles. *Building the Future: A Time for Reconciliation*. Québec: The Commission, 2008.
 Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.
 Sossin, Lorne. "The 'Supremacy of God', Human Dignity and the *Charter of Rights and Freedoms*" (2003), 52 *U.N.B.L.J.* 227.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
 Woehrling, José. "L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse" (1998), 43 *McGill L.J.* 325.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Morin, Hilton and Gagnon JJ.A.), 2013 QCCA 936, [2013] R.J.Q. 897, 363 D.L.R. (4th) 62, 76 C.H.R.R. D/430, [2013] AZ-50969282, [2013] Q.J. No. 5220 (QL), 2013 CarswellQue 7596 (WL Can.), setting aside a decision of the Quebec Human Rights Tribunal, 2011 QCTDP 1, [2011] R.J.Q. 507, [2011] AZ-50722559, [2011] Q.H.R.T.J. No. 1 (QL), 2011 CarswellQue 7400 (WL Can.). Appeal allowed.

Luc Alarie, for the appellants.

Loi instituant le nouveau Code de procédure civile, L.Q. 2014, c. 1, art. 22 [non encore en vigueur].
Loi sur les tribunaux judiciaires, RLRQ, c. T-16.
 Règlement VS-R-2008-40, Ville de Saguenay, 3 novembre 2008.

Doctrine et autres documents cités

Béchar, Donald, avec la collaboration de Jessica Béchar. *L'expert*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011.
 Ducharme, Léo, et Charles-Maxime Panaccio. *L'administration de la preuve*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.
 Magnet, Joseph Eliot. « Multiculturalism and Collective Rights », dans Gérald-A. Beaudoin et Errol Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 4^e éd., Markham (Ont.), LexisNexis, 2005, 1259.
 Moon, Richard. « Freedom of Religion Under the *Charter of Rights* : The Limits of State Neutrality » (2012), 45 *U.B.C. L. Rev.* 497.
 Paciocco, David M. « Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System : Strategies for Changing the Tune on Partial Experts » (2009), 34 *Queen's L.J.* 565.
 Québec. Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles. *Fonder l'avenir : Le temps de la conciliation*, Québec, La Commission, 2008.
 Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008.
 Sossin, Lorne. « The "Supremacy of God", Human Dignity and the *Charter of Rights and Freedoms* » (2003), 52 *R.D.U.N.-B.* 227.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
 Woehrling, José. « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse » (1998), 43 *R.D. McGill* 325.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Morin, Hilton et Gagnon), 2013 QCCA 936, [2013] R.J.Q. 897, 363 D.L.R. (4th) 62, 76 C.H.R.R. D/430, [2013] AZ-50969282, [2013] J.Q. n° 5220 (QL), 2013 CarswellQue 4862 (WL Can.), qui a infirmé une décision du Tribunal des droits de la personne du Québec, 2011 QCTDP 1, [2011] R.J.Q. 507, [2011] AZ-50722559, [2011] J.T.D.P.Q. n° 1 (QL), 2011 CarswellQue 1171 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Luc Alarie, pour les appelants.

Richard Bergeron, Arnaud Gosselin-Brisson and Laurence Dubois, for the respondents.

Louise Cadieux, for the intervener the Human Rights Tribunal.

Albertos Polizogopoulos and Stefan Cyr, for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada.

Ranjan K. Agarwal, Robert W. Staley, Jack R. Maslen and Philip H. Horgan, for the interveners the Catholic Civil Rights League, the Faith and Freedom Alliance and Association des parents catholiques du Québec.

Tim Dickson and Alexander Boland, for the intervener the Canadian Secular Alliance.

Kristian Brabander and Elisa Clavier, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. delivered by

GASCON J. —

I. Introduction

[1] The state is required to act in a manner that is respectful of every person’s freedom of conscience and religion. This is a fundamental right that is protected by the Quebec *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12 (“*Quebec Charter*”), and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (“*Canadian Charter*”). Its corollary is that the state must remain neutral in matters involving this freedom. The interplay between freedom of conscience and religion, on the one hand, and this duty of neutrality, on the other, is sometimes a delicate one.

[2] The respondents, the City of Saguenay and its mayor, would like to continue the recitation of a prayer at the start of the municipal council’s public meetings. In their view, the issue is one of respect for their freedom of conscience and religion. The appellants, the Mouvement laïque québécois (“MLQ”) and Alain Simoneau, are asking that the respondents

Richard Bergeron, Arnaud Gosselin-Brisson et Laurence Dubois, pour les intimés.

Louise Cadieux, pour l’intervenant le Tribunal des droits de la personne.

Albertos Polizogopoulos et Stefan Cyr, pour l’intervenante l’Alliance évangélique du Canada.

Ranjan K. Agarwal, Robert W. Staley, Jack R. Maslen et Philip H. Horgan, pour les intervenantes la Ligue catholique des droits de l’homme, Faith and Freedom Alliance et l’Association des parents catholiques du Québec.

Tim Dickson et Alexander Boland, pour l’intervenante Canadian Secular Alliance.

Kristian Brabander et Elisa Clavier, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon a été rendu par

LE JUGE GASCON —

I. Introduction

[1] L’État est tenu d’agir dans le respect de la liberté de conscience et de religion de chacun. C’est un droit fondamental que protègent la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, RLRQ, c. C-12 (« *Charte québécoise* »), et la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte canadienne* »). Son corollaire veut que l’État demeure neutre en la matière. L’interaction entre cette liberté de conscience et de religion et ce devoir de neutralité est parfois délicate.

[2] Les intimés, la Ville de Saguenay et son maire, désirent continuer la récitation d’une prière au début des séances publiques du conseil municipal. Pour eux, il en va du respect de leur liberté de conscience et de religion. Les appelants, le Mouvement laïque québécois (« MLQ ») et Alain Simoneau, demandent plutôt qu’ils cessent cette pratique qui, selon

cease this practice, which, they submit, interferes in a discriminatory manner with Mr. Simoneau's freedom of conscience and religion. They demand that the City and its official comply with the state's duty of neutrality.

[3] The Quebec Human Rights Tribunal ("Tribunal") concluded that the recitation of the prayer was in breach of the state's duty of neutrality and that it interfered in a discriminatory manner with Mr. Simoneau's freedom of conscience and religion. The Court of Appeal reversed that decision on the basis that the prayer was non-denominational and fundamentally inclusive. According to the Court of Appeal, such a prayer could not interfere with Mr. Simoneau's rights.

[4] I would allow the appeal. Through the recitation of the prayer at issue during the municipal council's public meetings, the respondents are consciously adhering to certain religious beliefs to the exclusion of all others. In so doing, they are breaching the state's duty of neutrality. The resulting discriminatory interference with Mr. Simoneau's freedom is supported by the evidence the Tribunal accepted.

II. Facts

[5] The City of Saguenay is a product of the amalgamation in 2002 of seven municipalities, including Chicoutimi, Jonquière and La Baie. Mr. Tremblay has been the mayor of Saguenay since it was founded. At the relevant time, Mr. Simoneau resided in Saguenay. He considers himself an atheist.

[6] Mr. Simoneau, who is interested in municipal politics, regularly attended the municipal council's public meetings, which were held at the borough hall of either Chicoutimi, Jonquière or La Baie. At the start of each meeting, the mayor and councillors would be standing. The mayor, using a microphone, would then recite a prayer after making the sign of the cross while saying [TRANSLATION] "[i]n the name of the Father, the Son and the Holy Spirit". The prayer also ended with the sign of the cross and the same words. Other councillors and municipal officials would cross themselves at the beginning and

eux, attente de façon discriminatoire à la liberté de conscience et de religion de ce dernier. Ils exigent que la Ville et son représentant respectent l'obligation de neutralité qui incombe à l'État.

[3] Le Tribunal des droits de la personne du Québec (« Tribunal ») a conclu que la récitation de cette prière viole l'obligation de neutralité de l'État et porte atteinte, de façon discriminatoire, à la liberté de conscience et de religion de M. Simoneau. D'avis que la prière est non confessionnelle et foncièrement inclusive, la Cour d'appel a infirmé cette décision. Pour les juges d'appel, une prière de cette nature ne saurait porter atteinte aux droits de M. Simoneau.

[4] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. Par la récitation de la prière en litige lors des séances publiques de délibérations du conseil municipal, les intimés adhèrent sciemment à certaines croyances religieuses à l'exclusion des autres. Ce faisant, ils contreviennent à l'obligation de neutralité qui incombe à l'État. L'atteinte discriminatoire qui en résulte envers M. Simoneau est étayée par la preuve retenue par le Tribunal.

II. Les faits

[5] La Ville de Saguenay résulte de la fusion, en 2002, de sept municipalités, dont celles de Chicoutimi, Jonquière et La Baie. M. Tremblay en est le maire depuis sa fondation. Au moment des faits, M. Simoneau y réside. Il se dit athée.

[6] Intéressé par la politique municipale, M. Simoneau assiste régulièrement aux séances publiques du conseil municipal. Ces séances se tiennent à l'un ou l'autre des hôtels de ville des arrondissements de Chicoutimi, Jonquière ou La Baie. Au début de chaque séance, le maire et les conseillers sont debout. Le maire récite alors au micro une prière, qu'il précède d'un signe de croix accompagné des mots « [a]u nom du Père, du Fils et du Saint-Esprit ». La prière se termine par le même signe de croix et les mêmes mots. D'autres conseillers et représentants de la municipalité font aussi

end of the prayer as well. In the Chicoutimi council chamber, there was a Sacred Heart statue fitted with a red electric votive light. In the council chamber in La Baie, there was a crucifix hanging on the wall.

[7] Between 2002 and November 2008, there was no by-law governing the prayer. At the time, the prayer read as follows:

[TRANSLATION] O God, eternal and almighty, from Whom all power and wisdom flow, we are assembled here in Your presence to ensure the good of our city and its prosperity.

We beseech You to grant us the enlightenment and energy necessary for our deliberations to promote the honour and glory of Your holy name and the spiritual and material [well-being] of our city.

Amen.

[8] When Mr. Simoneau attended the council meetings, he felt uncomfortable with this display, which he considered religious. At the meeting on December 4, 2006, he therefore asked the mayor to stop the practice. When the mayor refused, Mr. Simoneau complained to the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (“Commission”) in a letter dated March 22, 2007.

[9] The MLQ formally filed a complaint on Mr. Simoneau’s behalf on March 28, 2007, as it is authorized to do by s. 74 para. 3 of the *Quebec Charter*. The MLQ is a non-profit organization of which Mr. Simoneau is a member. It advocates the complete secularization of the state in Quebec. The complaint referred to the wording of the prayer and the context in which the prayer was recited. Mr. Simoneau argued that his freedom of conscience and religion was being infringed. He asked that the recitation of the prayer cease and that all religious symbols, including the statue and the crucifix, be removed from council chambers.

[10] The Commission gave the parties its statement of facts in February 2008. It indicated that its investigation would deal only with the question whether the prayer was discriminatory and that it would not be investigating the religious symbols.

un signe de croix au début et à la fin de la prière. Une statue du Sacré-Cœur, ornée d’un lampion rouge électrique, est placée dans la salle du conseil de Chicoutimi. Un crucifix est accroché au mur de celle de La Baie.

[7] De 2002 à novembre 2008, aucun règlement ne régit la prière. Voici quel est son texte à l’époque :

Ô Dieu, éternel et tout puissant, de qui vient tout pouvoir et toute sagesse, nous voici assemblés en votre présence pour assurer le bien et la prospérité de notre ville.

Accordez-nous, nous vous en supplions, la lumière et l’énergie nécessaires pour que nos délibérations soient destinées à promouvoir l’honneur et la gloire de votre saint nom et le bonheur spirituel et matériel de notre ville.

Ainsi soit-il.

[8] Lorsqu’il se présente aux séances du conseil, M. Simoneau ressent un malaise face à cette manifestation qu’il estime religieuse. Par conséquent, lors de la séance du 4 décembre 2006, il demande au maire de cesser cette pratique. Devant son refus, il porte plainte à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (« Commission ») par lettre datée du 22 mars 2007.

[9] Le MLQ dépose formellement la plainte au nom de M. Simoneau le 28 mars 2007, comme le permet l’art. 74 al. 3 de la *Charte québécoise*. Le MLQ est un organisme à but non lucratif dont M. Simoneau fait partie et qui milite en faveur de la laïcisation complète de l’État québécois. La plainte déposée renvoie au texte de la prière et au contexte dans lequel elle est récitée. M. Simoneau soutient que sa liberté de conscience et de religion est brimée. Il réclame que cesse la récitation de la prière. Il demande aussi de retirer des salles du conseil tout symbole religieux, dont la statue et le crucifix.

[10] En février 2008, la Commission remet aux parties son exposé factuel. Elle indique que son enquête ne porte que sur le caractère discriminatoire de la prière; elle précise qu’elle n’enquête pas sur les symboles religieux. En mai, une fois l’enquête

In May, after the Commission had completed its investigation, it informed Mr. Simoneau that it considered the evidence with respect to the prayer to be sufficient to submit the dispute to the Tribunal. However, it advised him that it had decided not to do so itself, because the Tribunal had recently decided a similar case (*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. Laval (Ville de)*, [2006] R.J.Q. 2529) and because it considered the complainant to be in a position to defend his individual rights by himself.

[11] Mr. Simoneau then decided, with the MLQ's support, to pursue his remedy by means of an application to the Tribunal. Section 84 para. 2 of the *Quebec Charter* authorized them to do so in such a case. They served their motion to institute proceedings on the respondents on July 22, 2008. They alleged that the recitation of the prayer amounted to discriminatory interference with Mr. Simoneau's freedom of conscience and religion, contrary to ss. 3 and 10 of the *Quebec Charter*. They also submitted that the prayer interfered in a discriminatory manner with his right to dignity and his right to information, contrary to ss. 4, 10, 11, 15, 44 and 82 of the *Quebec Charter*. They asked the Tribunal to order the City and its mayor to cease the recitation of the prayer and to remove all religious symbols from the chambers in which the council's meetings were held. They claimed \$50,000 in compensatory and punitive damages.

[12] Four months later, on November 3, 2008, the City adopted By-law VS-R-2008-40 ("By-law"). The purpose of this by-law was to regulate the recitation of the prayer from then on, and it also changed the wording of the prayer and provided for a two-minute delay between the end of the prayer and the official opening of council meetings. It read in part as follows:

[TRANSLATION] WHEREAS there exists within the City of Saguenay a tradition to the effect that Council meetings [are preceded by] the recitation of a prayer, the text of which is reproduced below;

WHEREAS the purpose of this tradition is to ensure decorum and highlight the importance of the work of the councillors;

complétée, la Commission informe M. Simoneau qu'à l'égard de la prière, elle juge la preuve suffisante pour soumettre le litige au Tribunal. Elle l'avise toutefois de sa décision de ne pas le faire elle-même, puisque le Tribunal a récemment tranché une affaire similaire (*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Laval (Ville de)*, [2006] R.J.Q. 2529) et parce qu'elle estime que le plaignant est à même de faire valoir seul ses droits individuels.

[11] Avec l'appui du MLQ, M. Simoneau décide alors d'intenter son propre recours devant le Tribunal. L'article 84 al. 2 de la *Charte québécoise* les autorise à le faire dans un tel cas. Ils signifient leur requête introductive d'instance aux intimés le 22 juillet 2008. Ils allèguent que la récitation de la prière constitue une atteinte discriminatoire à la liberté de conscience et de religion de M. Simoneau, en violation des art. 3 et 10 de la *Charte québécoise*. Ils prétendent de plus que la prière porte atteinte, de façon discriminatoire, aux droits de ce dernier à la dignité et à l'information, en contravention des art. 4, 10, 11, 15, 44 et 82 de la *Charte québécoise*. Ils demandent au Tribunal d'ordonner à la Ville et à son maire de cesser cette récitation et de retirer tout symbole religieux des salles où se tiennent les séances du conseil. Ils réclament des dommages-intérêts compensatoires et punitifs de 50 000 \$.

[12] Quatre mois plus tard, le 3 novembre 2008, la Ville adopte le Règlement VS-R-2008-40 (« Règlement »). Ce règlement vise à dorénavant encadrer la récitation de la prière, à en modifier le texte et à prévoir un délai de deux minutes entre la fin de la prière et l'ouverture officielle des séances du conseil. Il édicte notamment ceci :

ATTENDU qu'il existe à la Ville de Saguenay une tradition à l'effet que les séances du conseil sont précédées de la récitation d'une prière dont le texte est reproduit plus bas;

ATTENDU que cette tradition a pour objet d'assurer le décorum et l'importance du travail des conseillers;

WHEREAS the members of Council, unanimously, want this tradition to continue and wish to pursue it on the basis of their individual rights and freedoms, in particular their rights to freedom of expression, conscience and religion;

WHEREAS it is important to specify that the Council members and the public are in no way obligated to recite this prayer or attend its recitation;

WHEREAS it is important to ensure that members of the Council and of the public who do not wish to attend the recitation of this prayer may nevertheless attend the Council session in its entirety;

. . .

NOW THEREFORE, it is enacted as follows:

. . .

SECTION 2 - Bylaw VS-2002-39 is amended to add section 16.1, which provides the following:

SECTION 16.1. - Once the chairperson of the meeting enters the Council deliberation room, the Council members who wish to do so may rise to recite the traditional prayer, the text of which is reproduced below.

Almighty God, we thank You for the great blessings that You have given to Saguenay and its citizens, including freedom, opportunities for development and peace. Guide us in our deliberations as City Council members and help us to be aware of our duties and responsibilities. Grant us the wisdom, knowledge and understanding to allow us to preserve the benefits enjoyed by our City for all to enjoy and so that we may make wise decisions.

Amen.

To allow Council members and the public who do not wish to attend the recitation of the prayer to take their places in the room, the chairperson of the meeting will declare the Council session open two minutes after the end of the recitation of the prayer.

[13] After the By-law was adopted, although the wording of the prayer had changed, the mayor and

ATTENDU que les membres du conseil, à l'unanimité, souhaitent que cette tradition se perpétue et souhaitent la poursuivre en fonction de leurs droits et libertés individuelles, notamment la liberté d'expression, la liberté de conscience et de religion;

ATTENDU qu'il importe de préciser que les membres du conseil et du public ne sont aucunement contraints de participer à la récitation de cette prière ou d'y assister;

ATTENDU qu'il importe de s'assurer que les membres du conseil et du public qui ne souhaitent pas assister à la récitation de cette prière puissent tout de même assister à la séance du conseil en son entier;

. . .

À CES CAUSES, il est décrété ce qui suit :

. . .

ARTICLE 2 - Le règlement numéro VS-2002-39 est modifié afin d'y ajouter l'article 16.1 qui se lit comme suit :

ARTICLE 16.1. - Dès que la personne qui préside l'assemblée entre dans la salle des délibérations du conseil, les membres du conseil qui le désirent se lèvent pour prononcer la prière traditionnelle dont le texte est reproduit ci-après.

« Dieu tout puissant, nous Te remercions des nombreuses grâces que Tu as accordées à Saguenay et à ses citoyens, dont la liberté, les possibilités d'épanouissement et la paix. Guide-nous dans nos délibérations à titre de membre du conseil municipal et aide-nous à bien prendre conscience de nos devoirs et responsabilités. Accorde-nous la sagesse, les connaissances et la compréhension qui nous permettront de préserver les avantages dont jouit notre ville afin que tous puissent en profiter et que nous puissions prendre de sages décisions.

Amen. »

Afin de permettre aux membres du conseil et du public qui ne souhaitent pas assister à la récitation de la prière de prendre place dans la salle, le président de l'assemblée déclare la séance du conseil ouverte deux minutes après la fin de la récitation de la prière.

[13] Après l'adoption du Règlement, si le texte de la prière récitée change, le comportement déjà

the councillors continued to act in the same way as described above. In response, the appellants amended their motion to ask the Tribunal to further declare the By-law to be inoperative and of no force or effect in relation to Mr. Simoneau.

III. Judicial History

A. *Human Rights Tribunal (2011 QCTDP 1)*

[14] Although the Commission had told the parties that its investigation would not include the religious symbols, the Tribunal began by finding that it had jurisdiction to deal with that issue in addition to that of the prayer (para. 26). It stated that the case ultimately raises three questions (para. 193): (1) Do the By-law, the recitation of the prayer and the exhibiting of religious symbols interfere with Mr. Simoneau's right to full and equal recognition and exercise of his freedom of conscience and religion without discrimination based on religion, contrary to ss. 3, 4, 10, 11 and 15 of the *Quebec Charter*? (2) If so, did the City and its mayor establish a defence consistent with the *Quebec Charter*? (3) If there is unjustified discriminatory interference, what remedies are appropriate?

[15] To answer these questions, the Tribunal considered the right to equal exercise of freedom of conscience and religion, the purpose and scope of that freedom, and the state's duty of neutrality that flows from it (paras. 194-211). In analyzing the religious nature of the prayer, it reviewed the evidence, including the testimony of numerous witnesses and the opinions of three experts, in detail. The Tribunal found that the prayer was, when considered in light of its context, religious in nature (para. 228) and that the respondents, by having it recited, were showing a preference for one religion to the detriment of others. Such a practice was therefore in breach of the state's duty of neutrality (para. 250). The Tribunal noted that Mr. Simoneau was sincere in his atheism (para. 261) and assessed the effects of the prayer on his freedom of conscience and religion. It observed that Mr. Simoneau felt isolated, uncomfortable and excluded. This led it to conclude that the prayer and the exhibiting of religious symbols resulted in an

décrit du maire et des conseillers demeure cependant identique. Devant cela, les appelants amendent leur requête pour demander également au Tribunal de déclarer ce Règlement inopérant et sans effet à l'égard de M. Simoneau.

III. Historique judiciaire

A. *Tribunal des droits de la personne (2011 QCTDP 1, [2011] R.J.Q. 507)*

[14] Bien que la Commission ait indiqué aux parties que son enquête excluait les symboles religieux, le Tribunal juge d'abord qu'il a compétence pour se saisir de cette question au même titre que de celle de la prière (par. 26). Il précise que le litige soulève en définitive trois questions (par. 193) : (1) est-ce que le Règlement, la récitation de la prière et l'exposition de symboles religieux portent atteinte au droit de M. Simoneau à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, de sa liberté de conscience et de religion, sans discrimination fondée sur la religion, contrairement aux art. 3, 4, 10, 11 et 15 de la *Charte québécoise*; (2) si oui, est-ce que la Ville et son maire ont établi une défense conforme à la *Charte québécoise*; et (3) dans la mesure où il y a une atteinte discriminatoire non justifiée, quelles sont les mesures de réparation appropriées?

[15] Pour répondre à ces questions, le Tribunal se penche sur le droit à l'égalité dans l'exercice de la liberté de conscience et de religion, sur l'objet et la portée de cette liberté, puis sur l'obligation de neutralité de l'État qui en découle (par. 194-211). En analysant le caractère religieux de la prière, il procède à un examen détaillé de la preuve, dont les nombreux témoignages et les opinions de trois experts. Il conclut que, analysée dans son contexte, la prière a un caractère religieux (par. 228). Il estime que, par la récitation, les intimés favorisent une croyance religieuse au détriment des autres. Une telle pratique contrevient donc à l'obligation de neutralité de l'État (par. 250). Le Tribunal note la sincérité de l'athéisme de M. Simoneau (par. 261) et évalue les effets de la prière sur sa liberté de conscience et de religion. Il observe les sentiments d'isolement, d'inconfort et d'exclusion que M. Simoneau éprouve. Il en conclut que la prière et l'exposition de symboles religieux engendrent une atteinte plus que négligeable

interference with his freedom of conscience and religion that was more than trivial or insubstantial (para. 262). And that interference was discriminatory (para. 270).

[16] The Tribunal then considered the By-law and found that the prayer it provided for had a religious purpose that was incompatible with the state's duty of neutrality. Since such a purpose could not be valid, the Tribunal was of the opinion that the By-law could not be justified under s. 9.1 of the *Quebec Charter* (para. 283). It found that it was unnecessary to consider the proportionality test (paras. 284-85). Finally, it rejected the respondents' arguments that the prayer was justified on the basis of respect for tradition and of their attempt at reasonable accommodation (paras. 289-307).

[17] As a remedy, the Tribunal declared the By-law [TRANSLATION] "inoperative and invalid" (para. 355 (CanLII)) and ordered the respondents to cease the recitation of the prayer (para. 356) and to remove "all religious symbols" from the rooms where the council's meetings were held (para. 357). It also awarded \$30,000 in compensatory and punitive damages to Mr. Simoneau (paras. 358-59), because, *inter alia*, of the intentional nature of the unlawful interference (para. 333). Finally, although the Tribunal had jurisdiction to award the reimbursement of extrajudicial fees (para. 344), it decided not to do so, because the respondents' defence did not constitute an improper use of procedure (para. 349).

B. *Quebec Court of Appeal (2013 QCCA 936, 363 D.L.R. (4th) 62)*

[18] The main reasons of the Court of Appeal were written by Gagnon J.A., who began by considering the standard of review applicable on an appeal from a decision of the Tribunal, which he characterized as a [TRANSLATION] "specialized tribunal" (para. 35). He stated that the appeal was ultimately about the religious neutrality of the state. In his opinion, this was a matter of importance to the legal system over which the Tribunal did not have exclusive jurisdiction. He therefore chose to apply "the standard of review of correctness" to the appeal (para. 37).

ou insignifiante à sa liberté de conscience et de religion (par. 262). Cette atteinte est discriminatoire (par. 270).

[16] Le Tribunal examine par après le Règlement. Il considère que la prière qu'il prescrit a un objet religieux qui contrevient à l'obligation de neutralité de l'État. Un tel objet ne pouvant constituer un objectif valide, il estime que le Règlement ne peut se justifier aux termes de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise* (par. 283). Il juge qu'il n'est pas nécessaire de se pencher sur le critère de la proportionnalité (par. 284-285). Enfin, il rejette les prétentions des intimés voulant que la prière soit justifiée en raison du respect de la tradition et de leur tentative d'accommodement raisonnable (par. 289-307).

[17] En guise de réparation, le Tribunal déclare le Règlement « inopérant et sans effet » (par. 355), ordonne aux intimés de cesser la récitation de la prière (par. 356) et leur enjoint de retirer « tout symbole religieux » des enceintes où se tiennent les séances du conseil (par. 357). Il octroie aussi à M. Simoneau des dommages-intérêts compensatoires et punitifs de 30 000 \$ (par. 358-359), en raison notamment du caractère intentionnel de l'atteinte illicite (par. 333). Enfin, même s'il a compétence pour octroyer le remboursement d'honoraires extrajudiciaires (par. 344), le Tribunal décide de ne pas le faire, les intimés n'ayant pas abusé de leur droit d'ester en justice (par. 349).

B. *Cour d'appel du Québec (2013 QCCA 936, [2013] R.J.Q. 897)*

[18] Le juge Gagnon signe les motifs principaux de la Cour d'appel. Il traite en premier lieu de la norme d'intervention applicable à l'appel d'une décision du Tribunal, qu'il qualifie de « tribunal spécialisé » (par. 35). Il estime que l'appel porte en définitive sur la question de la neutralité religieuse de l'État. À son avis, il s'agit là d'une question d'importance pour le système juridique, pour laquelle le Tribunal n'a pas de compétence exclusive. Il choisit donc d'appliquer « la norme de contrôle de la décision correcte » au pourvoi (par. 37).

[19] Gagnon J.A. then discussed the expert evidence the Tribunal had considered, finding that the Tribunal had made [TRANSLATION] “a palpable and overriding error” (para. 49) in qualifying the expert proposed by the appellants and in ruling on the probative value of his testimony. In Gagnon J.A.’s view, the Tribunal had erred in accepting the expert’s opinion despite the fact that he lacked objectivity and impartiality (paras. 45 and 49-50).

[20] Gagnon J.A. next considered the central question, that of the state’s religious neutrality. To define the scope of the state’s duty in this regard, he endorsed the concept of [TRANSLATION] “benevolent neutrality”: to comply with this duty, the state must neither encourage nor discourage any belief or non-belief (para. 76). He expressed the opinion that the concept of neutrality does not require the state to abstain from involvement in religious matters. In his view, the duty of neutrality must be complied with in a manner that is consistent with society’s heritage and traditions, and with the state’s duty to preserve its history (para. 69). Protection of the diversity of beliefs must be reconciled with the cultural reality of society, which includes its religious heritage (para. 72).

[21] Having made these observations, Gagnon J.A. turned to the prayer set out in the By-law. He found that the prayer expressed universal values and could not be identified with any particular religion (para. 88). He concluded that the principle of the religious neutrality of the state is intended to promote tolerance and openness, not to exclude from a society’s reality all references to its religious history (para. 106). On the issue of the religious symbols, Gagnon J.A. stated that the Tribunal had lacked jurisdiction to deal with it, because that portion of the complaint had not been investigated by the Commission. Nevertheless, given the appellants’ insistence on this point, he considered it necessary to discuss it (para. 116). He expressed the view that the Sacred Heart statue and the crucifix were works of art that were devoid of religious connotation and did not affect the state’s neutrality (para. 125). In the circumstances, he found that the interference with Mr. Simoneau’s freedom, if any, was trivial or insubstantial in the case of both the prayer and the symbols (paras. 115 and 127).

[19] Il aborde ensuite la preuve d’expert analysée par le Tribunal. Il conclut que celui-ci a commis « une erreur manifeste et déterminante » (par. 49) dans sa qualification de l’expert proposé par les appelants et dans son appréciation de la valeur probante de son témoignage. Selon lui, le Tribunal a erré en adhérant à l’opinion de cet expert en dépit de son manque d’objectivité et d’impartialité (par. 45 et 49-50).

[20] Le juge Gagnon se penche par la suite sur la question centrale de la neutralité religieuse de l’État. Il retient la notion de « neutralité bienveillante » pour définir les paramètres de l’obligation de l’État en la matière : afin de respecter cette obligation, l’État ne doit ni favoriser ni défavoriser une croyance ou l’incroyance (par. 76). Il note sur ce point que la notion de neutralité n’oblige pas l’État à faire preuve d’abstentionnisme en matière religieuse. À son avis, l’obligation de neutralité doit tenir compte de l’héritage et des traditions de la société, et se conjuguer avec le devoir de l’État de préserver son histoire (par. 69). La protection de la diversité des croyances doit se concilier avec la réalité culturelle de la société, ce qui inclut son patrimoine religieux (par. 72).

[21] Ces constats posés, le juge Gagnon se tourne vers la prière prévue au Règlement. Il estime qu’elle exprime des valeurs universelles et ne s’identifie à aucune religion particulière (par. 88). Il conclut que le principe de neutralité religieuse de l’État vise à promouvoir la tolérance et l’ouverture, non à exclure de la réalité d’une société toute référence à son histoire religieuse (par. 106). Sur la question des symboles religieux, il précise que le Tribunal n’avait pas compétence pour s’en saisir, cette portion de la plainte n’ayant pas fait l’objet d’une enquête de la Commission. Néanmoins, vu l’insistance des appelants, il estime nécessaire de s’y attarder (par. 116). Il se dit d’avis que la statue du Sacré-Cœur et le crucifix sont des objets d’art dépouillés de connotation religieuse qui n’interfèrent pas avec la neutralité de l’État (par. 125). Dans les circonstances, il considère que l’atteinte subie par M. Simoneau, s’il en est, est négligeable ou insignifiante, que ce soit au regard de la prière ou des symboles (par. 115 et 127).

[22] At the conclusion of his analysis, Gagnon J.A. found that Mr. Simoneau had not been discriminated against on the ground of freedom of conscience and religion. In his opinion, the irritants alleged by Mr. Simoneau did not amount to injuries that would be sufficient to offend the principle of substantive equality (para. 130). He decided to allow the appeal and dismiss the action. In concurring reasons, Hilton J.A. agreed with his colleague, but argued that it was not appropriate for the Court of Appeal to rule on the issue of the religious symbols. Since the Tribunal had lacked jurisdiction to rule on those symbols in the absence of an investigation by the Commission, he was of the opinion that the Court of Appeal should also refrain from doing so (para. 163). He noted that it would still be open to the parties to bring an action in the Superior Court in order to obtain remedies that the Tribunal could not grant them (para. 165). In his view, the interests of justice did not require the Court of Appeal to exercise its discretion and rule on this issue (para. 176).

IV. Issues

[23] The main question raised by this appeal is whether the prayer recited at the start of the City's public meetings and the by-law regulating its recitation constituted discriminatory interference with Mr. Simoneau's freedom of conscience and religion, contrary to ss. 3 and 10 of the *Quebec Charter*. To answer this question, it will be necessary, *inter alia*, to define the scope of the state's duty of religious neutrality that flows from the freedom of conscience and religion protected by the *Quebec Charter*. Before I turn to this, however, it will be necessary to identify the standard of review applicable on an appeal from a final decision of the Tribunal and to determine whether the Tribunal had jurisdiction to rule on the issue of the religious symbols.

V. Analysis

A. *Standard of Review*

[24] When the Tribunal makes a final decision, as in the instant case, ss. 132 and 133 of the *Quebec*

[22] Au terme de son analyse, il conclut que M. Simoneau ne fait pas l'objet de discrimination fondée sur sa liberté de conscience et de religion. À ses yeux, les irritants dont ce dernier se dit victime ne s'élevaient pas au rang de préjudice susceptible de contrevenir au principe de l'égalité réelle (par. 130). Il décide d'accueillir l'appel et de rejeter le recours. Dans des motifs concordants, le juge Hilton souscrit à l'opinion de son collègue, mais s'oppose à ce que la Cour d'appel se prononce sur la question des symboles religieux. Comme le Tribunal n'a pas compétence pour statuer sur ceux-ci en l'absence d'une enquête de la Commission, il est d'avis que la Cour d'appel doit elle aussi s'abstenir de le faire (par. 163). Il souligne que les parties conservent l'opportunité d'un recours en Cour supérieure s'ils désirent obtenir des réparations que le Tribunal ne peut leur accorder (par. 165). Selon lui, l'intérêt de la justice n'exige pas que la Cour d'appel exerce sa discrétion et réponde à cette question (par. 176).

IV. Les questions en litige

[23] La principale question que soulève le pourvoi est celle de savoir si la prière récitée au début des séances publiques de délibérations de la Ville et le Règlement qui encadre la récitation portent atteinte de façon discriminatoire à la liberté de conscience et de religion de M. Simoneau contrairement aux art. 3 et 10 de la *Charte québécoise*. Pour y répondre, il faut notamment cerner les contours du devoir de neutralité religieuse de l'État qui découle de la liberté de conscience et de religion que protège la *Charte québécoise*. Avant de m'y consacrer, il est cependant nécessaire, d'une part, d'identifier la norme d'intervention applicable en appel d'une décision finale du Tribunal, et d'autre part, de statuer sur la compétence de celui-ci à l'égard des symboles religieux.

V. Analyse

A. *La norme d'intervention*

[24] Lorsque le Tribunal rend une décision finale comme en l'espèce, les art. 132 et 133 de la

Charter provide for a right to appeal, with leave, directly to the Court of Appeal:

132. Any final decision of the Tribunal may be appealed from to the Court of Appeal with leave from one of the judges thereof.

133. Subject to section 85, the rules relating to appeals set out in the Code of Civil Procedure (chapter C-25), with the necessary modifications, apply to any appeal under this Chapter.

[25] In its decisions, the Court of Appeal has been inconsistent as regards the framework for intervention that applies in such cases. As this appeal illustrates, this inconsistency appears to be a source of difficulty. After noting that this was an appeal from a decision of a specialized tribunal, Gagnon J.A. adopted (at para. 36) the reasoning of *Association des pompiers de Laval v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 2041, [2011] R.J.D.T. 1025 (“*Association des pompiers*”), leave to appeal refused, [2012] 2 S.C.R. vi, in which Bich J.A. had, on the basis of two precedents to the effect that the Tribunal is subject to the appellate standard, advocated a [TRANSLATION] “standard of review similar to that applicable to appeals from the judiciary” (para. 33). However, she had qualified this by referring to the principles applicable to judicial review (paras. 31-33).

[26] After quoting a lengthy passage from that case, Gagnon J.A. concluded that the issue of the religious neutrality of the state is [TRANSLATION] “a matter of importance to the legal system over which the Tribunal does not have exclusive jurisdiction” (para. 37). As a result, he stated that it is [TRANSLATION] “according to the standard of review of correctness that this appeal must be decided” (para. 37). However, he made an exception for the qualification of the appellants’ expert and the assessment of that expert’s testimony. On this point, he instead intervened on the basis of the appellate standard of “palpable and overriding” error (para. 49).

[27] In this Court, the parties rely on the principles of administrative law and judicial review, but disagree on the applicable standard. The appellants

Charte québécoise prévoit un droit d’appel sur permission directement à la Cour d’appel :

132. Il y a appel à la Cour d’appel, sur permission de l’un de ses juges, d’une décision finale du Tribunal.

133. Sous réserve de l’article 85, les règles du Code de procédure civile (chapitre C-25) relatives à l’appel s’appliquent, compte tenu des adaptations nécessaires, à un appel prévu par le présent chapitre.

[25] La jurisprudence de la Cour d’appel est contradictoire sur le cadre d’intervention applicable dans un tel cas. Comme l’illustre ce pourvoi, cela semble causer des difficultés. Après avoir indiqué qu’il s’agit ici de l’appel d’une décision d’un tribunal spécialisé, le juge Gagnon fait sien (par. 36) le raisonnement suivi dans *Association des pompiers de Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 2041, [2011] R.J.D.T. 1025 (« *Association des pompiers* »), autorisation d’appel refusée, [2012] 2 R.C.S. vi. Dans cet arrêt, s’appuyant sur deux précédents qui assujettissent le Tribunal à la norme de contrôle propre à l’appel, la juge Bich préconise une « norme d’intervention analogue à celle qui s’impose dans le cas des appels de l’ordre judiciaire » (par. 33). Elle nuance toutefois ses propos en se référant aux principes propres à la révision judiciaire (par. 31-33).

[26] Citant un long extrait de cet arrêt, le juge Gagnon conclut que l’enjeu de la neutralité religieuse de l’État est « une question d’importance pour le système juridique et pour laquelle le Tribunal ne possède pas une compétence exclusive » (par. 37). En conséquence, il indique que c’est « selon la norme de contrôle de la décision correcte que doit être tranché ce pourvoi » (par. 37). Il y fait toutefois exception en ce qui touche la qualification de l’expert des appelants et l’appréciation de son témoignage. Sur ce point, il intervient plutôt sur la foi d’une norme propre à l’appel, celle de l’erreur « manifeste et déterminante » (par. 49).

[27] Devant notre Cour, les parties plaident les principes du droit administratif et de la révision judiciaire. Par contre, elles ne s’entendent pas sur la

submit that the Court of Appeal erred in characterizing the issue as a question of importance to the legal system. In their view, this is a simple case of discrimination. Given that the application of provisions of the *Quebec Charter* related to discrimination falls squarely within the Tribunal's area of expertise, the reasonableness standard must be applied to all the Tribunal's conclusions. As for the respondents, they support the choice made by the Court of Appeal.

[28] In my opinion, the Court of Appeal's judgment contains two errors in respect of the standard of review.

[29] First, Gagnon J.A. applied both administrative law principles related to judicial review (the correctness standard) and tests applicable to appeals (palpable and overriding error). With respect, the result is a confusing conceptual hybrid. Given the current state of the Court of Appeal's case law on this point, it seems to be hard for litigants to understand the rules. Clarification is needed to ensure greater consistency and some predictability. Where, as in this case, a statute provides for an appeal from a decision of a specialized administrative tribunal, the appropriate standards of review are, in light of the principles laid down by this Court, the ones that apply on judicial review, not on an appeal.

[30] Second, because of the approach he took, Gagnon J.A. erroneously applied the correctness standard to all the Tribunal's conclusions, except for the one with respect to the expert evidence, for which he referred to the palpable and overriding error criterion.

(1) The Tribunal's Decision Is Subject to the Standards Applicable on Judicial Review, Not on an Appeal

[31] There are currently two conflicting approaches in the Court of Appeal's case law as regards the standards of review applicable on an appeal from a final decision of the Tribunal. The first approach is to apply appellate standards as if the decision were that

norme applicable. Les appelants soutiennent que la Cour d'appel a erré en qualifiant l'enjeu de question d'importance pour le système juridique. Selon eux, le litige est un simple cas de discrimination. Comme l'application des dispositions de la *Charte québécoise* en la matière est au cœur de l'expertise du Tribunal, ce facteur commande d'imposer la norme de la décision raisonnable à l'ensemble des conclusions du Tribunal. De leur côté, les intimés appuient le choix de la Cour d'appel.

[28] À mon avis, l'arrêt de la Cour d'appel comporte deux erreurs sur la norme d'intervention.

[29] Premièrement, le juge Gagnon applique à la fois des principes de droit administratif propres à la révision judiciaire (norme de la décision correcte) et des critères relatifs à l'appel (erreur manifeste et déterminante). Avec égards, il en résulte un croisement conceptuel qui est source de confusion. Compte tenu de l'état actuel de la jurisprudence de la Cour d'appel sur le sujet, il semble difficile pour le justiciable de s'y retrouver. Une clarification s'impose pour assurer une meilleure cohérence et une certaine prévisibilité. Lorsqu'une loi prévoit un appel à l'encontre des décisions d'un tribunal administratif spécialisé comme celui qui nous intéresse, les enseignements de notre Cour veulent que les normes de contrôle à favoriser soient celles applicables à la révision judiciaire, et non à l'appel.

[30] Deuxièmement, en raison de l'approche qu'il préconise, le juge Gagnon réexamine erronément l'ensemble des conclusions du Tribunal sur la base de la seule norme de la décision correcte, à l'exception de la preuve d'expert qu'il apprécie au regard du critère de l'erreur manifeste et déterminante.

(1) La décision du Tribunal est assujettie aux normes de la révision judiciaire, non de l'appel

[31] Deux approches s'opposent actuellement en Cour d'appel sur les normes d'intervention applicables en appel d'une décision finale du Tribunal. La première applique les normes relatives à l'appel, comme si la décision émanait d'un tribunal

of a trial court. The second is to rely on administrative law principles related to judicial review to determine the appropriate standard of review.

[32] In *Association des pompiers*, on which Gagnon J.A. relied, the Court of Appeal referred to the first approach (*Gaz Métropolitain inc. v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201, [2011] R.J.Q. 1253, at paras. 32-34; *Commission scolaire des Phares v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2006 QCCA 82, [2006] R.J.Q. 378 (“*des Phares*”), at paras. 29-35). Since that decision, it has reached the same conclusion in three other cases (*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. 9185-2152 Québec inc. (Radio Lounge Brossard)*, 2015 QCCA 577, at paras. 40-41; *Bertrand v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2014 QCCA 2199, at para. 10; *Commission scolaire des Phares v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2012 QCCA 988, [2012] R.J.Q. 1022, at para. 8), in which it stated summarily that the appellate standards of review apply to the Tribunal’s final decisions. In a recent case that is now pending in this Court, *Bombardier inc. (Bombardier Aerospace Training Center) v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 1650, [2013] R.J.Q. 1541, leave to appeal granted, [2014] 1 S.C.R. vii, the Court of Appeal decided an appeal from a decision of the Tribunal in relation to discrimination without speaking to the applicable standard of review. However, it is clear from the court’s reasons that it was relying on the appellate standard, namely palpable and overriding error, in that case as well (paras. 85, 100 and 145).

[33] In those cases, the Court of Appeal intervened on the basis of the principles applicable to appeals that were developed in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. Where an appeal concerns a question of law, intervention is required if the decision is incorrect. Where an appeal concerns a question of fact or a question of mixed fact and law, intervention is warranted if there is a palpable and overriding error.

judiciaire de première instance. La seconde s’en remet aux principes de droit administratif relatifs à la révision judiciaire pour déterminer la norme de contrôle appropriée.

[32] L’arrêt *Association des pompiers*, sur lequel s’appuie le juge Gagnon, renvoie à la première approche (*Gaz Métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201, [2011] R.J.Q. 1253, par. 32-34; *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2006 QCCA 82, [2006] R.J.Q. 378 (« *des Phares* »), par. 29-35). Depuis cette décision, trois autres arrêts ont conclu dans le même sens (*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9185-2152 Québec inc. (Radio Lounge Brossard)*, 2015 QCCA 577, par. 40-41; *Bertrand c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2014 QCCA 2199, par. 10; *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2012 QCCA 988, [2012] R.J.Q. 1022, par. 8). Les juges y énoncent sommairement que ce sont les normes propres aux appels qui s’appliquent aux décisions finales du Tribunal. Dans une affaire récente pendante devant notre Cour, *Bombardier inc. (Bombardier Aerospace Training Center) c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 1650, [2013] R.J.Q. 1541, autorisation d’appel accordée, [2014] 1 R.C.S. vii, la Cour d’appel a tranché un appel d’une décision du Tribunal en matière de discrimination sans se prononcer sur la norme d’intervention applicable. Il ressort néanmoins de ses motifs qu’elle s’est fondée là aussi sur une norme propre à l’appel, soit l’erreur manifeste et déterminante (par. 85, 100 et 145).

[33] Dans ces arrêts, l’intervention de la Cour d’appel se fait sur la base des principes applicables à l’appel élaborés dans *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235. Lorsque l’appel porte sur une question de droit, l’intervention s’impose si la décision est incorrecte (erreur simple). Lorsqu’il porte sur une question de fait ou mixte de fait et de droit, elle se justifie en présence d’une erreur manifeste et déterminante.

[34] Most of the cases in this line refer to the decision in the 2006 *des Phares* case, in which the Court of Appeal gave three reasons why the appellate standard should apply. First, the Tribunal does not have exclusive jurisdiction over the implementation of the *Quebec Charter*; a complainant can choose to apply either to the Tribunal or to the ordinary courts (para. 31). Second, the Tribunal's recognized expertise in relation to the facts [TRANSLATION] "does not extend to general questions of law" (para. 33). Third, the appeal provided for in s. 132 of the *Quebec Charter* is a statutory appeal and not a judicial review proceeding (para. 32). In support of this, the Court of Appeal cited *Coutu v. Tribunal des droits de la personne*, [1993] R.J.Q. 2793 (C.A.), in which Gendreau J.A. had stated in *obiter* that such an appeal makes it possible to reconsider the decision [TRANSLATION] "on the basis of criteria that are different from and broader than the ones that apply on judicial review" (p. 2801).

[35] I believe that this Court's recent decisions with respect to judicial review cast doubt on the approach based on Gendreau J.A.'s comments. What is more, the Court of Appeal's other approach to this question is based on those decisions.

[36] The leading authority for this second approach is *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys v. Gallardo*, 2012 QCCA 908, [2012] R.J.Q. 1001, at paras. 47-51, a decision that was rendered after *Association des pompiers* but before the decision in the instant case. It reflects what tends to be a minority view (*Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Dhawan*, 2000 CanLII 11031 (Que. C.A.), at paras. 11-12; *Compagnie minière Québec Cartier v. Québec (Commission des droits de la personne)*, 1998 CanLII 12609 (Que. C.A.), at p. 5 of the reasons of Otis J.A.). According to this approach, the Court of Appeal must apply administrative law principles related to judicial review to final decisions of the Tribunal and refer to the factors adopted by this Court in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. A choice must therefore be made between two standards of review: correctness and reasonableness. The choice depends above all on the nature of the question being considered.

[34] La plupart des arrêts de ce courant réfèrent aux motifs de l'affaire *des Phares* de 2006. Dans cet arrêt, la cour justifie l'utilisation de la norme de l'appel en invoquant trois raisons. Premièrement, le Tribunal n'a pas compétence exclusive sur la mise en œuvre de la *Charte québécoise*; le plaignant a le choix de s'adresser au Tribunal ou aux tribunaux de droit commun (par. 31). Deuxièmement, l'expertise reconnue au Tribunal à l'égard des faits « ne s'étend [. . .] pas aux questions générales de droit » (par. 33). Troisièmement, l'appel prévu à l'art. 132 de la *Charte québécoise* est un appel de source législative, non une révision judiciaire (par. 32). La cour cite à l'appui *Coutu c. Tribunal des droits de la personne*, [1993] R.J.Q. 2793 (C.A.), où le juge Gendreau affirme, dans une remarque incidente, qu'un tel appel permet de réexaminer la décision « à partir de critères différents et plus larges [que] ceux applicables en matière de révision judiciaire » (p. 2801).

[35] Je considère que les arrêts récents de notre Cour en matière de contrôle judiciaire remettent en cause l'approche qu'ont inspirée les commentaires du juge Gendreau. C'est d'ailleurs sur ces arrêts que s'appuie l'autre approche de la Cour d'appel sur la question.

[36] L'arrêt déterminant de cette deuxième approche est *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys c. Gallardo*, 2012 QCCA 908, [2012] R.J.Q. 1001, par. 47-51. Il est rendu après l'arrêt *Association des pompiers* mais avant celui prononcé en l'espèce. Il reflète un courant plus minoritaire (*Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Dhawan*, 2000 CanLII 11031 (C.A. Qc), par. 11-12; *Compagnie minière Québec Cartier c. Québec (Commission des droits de la personne)*, 1998 CanLII 12609 (C.A. Qc), p. 5 des motifs de la juge Otis). Suivant cette approche, la Cour d'appel applique aux décisions finales du Tribunal les principes de droit administratif relatifs au contrôle judiciaire et s'en remet aux critères énoncés par notre Cour dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190. Il faut donc choisir entre deux normes de contrôle : la décision correcte ou la décision raisonnable. Le choix dépend surtout de la nature de la question soulevée.

[37] In *Gallardo*, Dalphond J.A. discussed the characteristics that make the Tribunal a specialized administrative tribunal rather than a court (paras. 36-46). Relying on authorities from this Court, he stated that, in such a case, the principles of administrative law apply [TRANSLATION] “both to a review by a superior court by way of an application for judicial review and to one by way of an appeal to a court of law with broader jurisdiction” (para. 47).

[38] In my view, Dalphond J.A. was right: this approach must prevail. Where a court reviews a decision of a specialized administrative tribunal, the standard of review must be determined on the basis of administrative law principles. This is true regardless of whether the review is conducted in the context of an application for judicial review or of a statutory appeal (*Association des courtiers et agents immobiliers du Québec v. Proprio Direct inc.*, 2008 SCC 32, [2008] 2 S.C.R. 195, at paras. 13 and 18-21; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at paras. 17, 21, 27 and 36; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247, at paras. 2 and 21; *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, 2001 SCC 36, [2001] 2 S.C.R. 100, at para. 27).

[39] It is true that the Tribunal is similar to a court both in the questions it must decide and in the adversarial nature of the proceedings before it. However, these similarities do not change its nature. It is a specialized administrative tribunal. As in the reasons of Dalphond J.A. in *Gallardo* and Gagnon J.A. in the instant case, the Court of Appeal has characterized the Tribunal as such in several other cases (*Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Québec (Procureur général)*, 2014 QCCA 1654, at para. 60; *For-Net Montréal inc. v. Chergui*, 2014 QCCA 1508, at para. 69; *Association des juges administratifs de la Commission des lésions professionnelles v. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCA 1690, [2013] R.J.Q. 1593, at para. 25, note 17; *Imperial Tobacco Canada Ltd. v. Létourneau*, 2013 QCCA 1139, at para. 23, note 4; *Commission de la santé et de la sécurité du travail v. Fontaine*, 2005 QCCA 775, [2005] R.J.Q. 2203, at para. 35; *Québec (Procureure générale) v. Tribunal des droits de*

[37] Dans *Gallardo*, le juge Dalphond revoit les caractéristiques qui font du Tribunal un tribunal administratif spécialisé plutôt que judiciaire (par. 36-46). Se basant sur la jurisprudence de notre Cour, il précise que, dans ce cas, les principes du droit administratif s’appliquent « tant au contrôle judiciaire par voie de révision judiciaire par une cour supérieure que par appel devant une cour de justice à compétence élargie » (par. 47).

[38] J’estime que le juge Dalphond a raison : cette approche doit prévaloir. Lorsqu’une cour de justice contrôle la décision d’un tribunal administratif spécialisé, la norme d’intervention doit être déterminée en fonction des principes du droit administratif. C’est le cas lorsque le contrôle s’exerce par suite d’une demande de révision judiciaire, mais aussi lorsqu’il procède par voie d’appel prévu par une loi (*Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Proprio Direct inc.*, 2008 CSC 32, [2008] 2 R.C.S. 195, par. 13 et 18-21; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, par. 17, 21, 27 et 36; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247, par. 2 et 21; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, 2001 CSC 36, [2001] 2 R.C.S. 100, par. 27).

[39] Il est vrai que le Tribunal s’apparente à une cour de justice, tant par les questions qu’il est appelé à trancher que par le caractère contradictoire des débats qui se soulèvent devant lui. Toutefois, ces similarités ne changent pas sa nature. Il demeure un tribunal administratif spécialisé. Tout comme elle l’a fait sous la plume du juge Dalphond dans *Gallardo* et du juge Gagnon en l’espèce, la Cour d’appel l’a qualifié ainsi dans plusieurs affaires (*Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2014 QCCA 1654, par. 60; *For-Net Montréal inc. c. Chergui*, 2014 QCCA 1508, par. 69; *Association des juges administratifs de la Commission des lésions professionnelles c. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCA 1690, [2013] R.J.Q. 1593, par. 25, note 17; *Imperial Tobacco Canada Ltd. c. Létourneau*, 2013 QCCA 1139, par. 23, note 4; *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Fontaine*, 2005 QCCA 775, [2005] R.J.Q. 2203, par. 35; *Québec (Procureure générale) c. Tribunal*

la personne, [2002] R.J.Q. 628 (C.A.), at para. 67). There are a number of factors that support this characterization.

[40] First of all, the Tribunal is not a court to which the *Courts of Justice Act*, CQLR, c. T-16, applies. It is a body created under the *Quebec Charter* whose expertise relates mainly to cases involving discrimination (ss. 71, 111 and 111.1 of the *Quebec Charter*). Its jurisdiction in this regard is based on the mechanism for receiving and processing complaints that is provided for in the *Quebec Charter* and implemented by the Commission. For such complaints, the Tribunal is intended to be an extension, as an adjudicative body, of the Commission's preliminary investigation mechanism (*Gallardo*, at para. 39). Some of its members are appointed from among the judges of the Court of Québec having experience, expertise and an interest in human rights (s. 101). The others are assessors, who have experience, expertise and an interest in the same area and who assist those judges (ss. 62, 101 and 104). The members are appointed for five-year terms, which are renewable (s. 101).

[41] The Tribunal's procedure also reflects its nature. The rules governing the Tribunal are set out in ss. 110, 113 and 114 to 124 of the *Quebec Charter*. They provide *inter alia*, that the Tribunal is not strictly bound by the usual rules of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25 ("C.C.P."). The powers conferred on the Tribunal give it the flexibility it needs to carry out its mandate. The process is meant to be quick and efficient in order to improve access to justice (*Gallardo*, at paras. 42-43; *For-Net*, at paras. 36-37).

[42] Finally, the *Quebec Charter* protects the Tribunal's jurisdiction by means not only of a privative clause (s. 109 para. 1), but also of a supporting clause (s. 109 para. 2).

[43] Contrary to what the first of the Court of Appeal's approaches suggests, the existence of a right to appeal with leave does not mean that the Tribunal's specialized administrative nature can be disregarded. Nor is the fact that the Tribunal does not have exclusive jurisdiction in discrimination cases

des droits de la personne, [2002] R.J.Q. 628 (C.A.), par. 67). Plusieurs indices appuient cette qualification.

[40] D'abord, le Tribunal n'est pas un tribunal judiciaire visé par la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, RLRQ, c. T-16. Il constitue un organisme créé par la *Charte québécoise* dont l'expertise porte principalement sur les affaires de discrimination (art. 71, 111 et 111.1 de la *Charte québécoise*). Sa compétence à cet égard est tributaire du mécanisme de réception et de traitement des plaintes instauré par la *Charte québécoise* et mis en œuvre par la Commission. À l'égard de ces plaintes, il se veut la continuité, comme organe juridictionnel, du mécanisme d'enquête préliminaire de la Commission (*Gallardo*, par. 39). Certains de ses membres sont nommés parmi les juges de la Cour du Québec ayant une expérience, une expertise et un intérêt pour les droits de la personne (art. 101). Les autres sont des assesseurs qui possèdent une expérience, une expertise et un intérêt dans le même domaine et qui assistent ces juges (art. 62, 101 et 104). Les membres sont nommés pour un mandat de cinq ans, renouvelable (art. 101).

[41] Ensuite, la procédure du Tribunal reflète également sa nature. Les règles qui le régissent se trouvent aux art. 110, 113 et 114 à 124 de la *Charte québécoise*. Elles précisent notamment que le Tribunal n'est pas strictement lié par les règles habituelles du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25 (« C.p.c. »). Les pouvoirs accordés au Tribunal lui confèrent la flexibilité requise pour remplir son mandat. Le processus se veut rapide et efficace, afin d'améliorer l'accès à la justice (*Gallardo*, par. 42-43; *For-Net*, par. 36-37).

[42] Enfin, la *Charte québécoise* protège la compétence du Tribunal à l'aide non seulement d'une clause privative (art. 109 al. 1), mais aussi d'une clause de renfort (art. 109 al. 2).

[43] Contrairement à ce que suggère la première approche de la Cour d'appel, l'existence d'un droit d'appel sur permission ne permet pas de faire abstraction de la nature administrative spécialisée du Tribunal. Le fait que le Tribunal n'ait pas compétence exclusive en matière de discrimination et

and that a complainant can also turn to the ordinary courts determinative. Although the scope of a right to appeal and the absence of exclusive jurisdiction may sometimes affect the deference to be shown to decisions of a specialized administrative tribunal, this does not justify replacing the standards of review applicable to judicial review with the appellate standards (*Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161, at paras. 35-39; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at paras. 23-24; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at paras. 14-15; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 (“*Mowat*”), at para. 23).

[44] There is nothing novel about applying judicial review standards to a specialized administrative tribunal like the Tribunal. As this Court stated in *Mowat* (at para. 19), this is true with respect to many bodies that are required to rule on human rights complaints.

(2) Standards of Review Applicable in the Instant Case

[45] This being said, the choice of the applicable standard depends primarily on the nature of the questions that have been raised, which is why it is important to identify those questions correctly (*Mowat*, at para. 16; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 4). For the purposes of this appeal, it will suffice to mention the following in this regard.

[46] Deference is in order where the Tribunal acts within its specialized area of expertise, interprets the *Quebec Charter* and applies that charter’s provisions to the facts to determine whether a complainant has been discriminated against (*Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, at paras. 166-68; *Mowat*, at para. 24). In *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011

qu’un plaignant puisse aussi faire appel aux tribunaux de droit commun n’est pas non plus déterminant. Si l’étendue d’un droit d’appel et l’absence de compétence exclusive peuvent parfois influencer sur la déférence applicable envers certaines décisions d’un tribunal administratif spécialisé, cela ne justifie pas pour autant d’écarter les normes de contrôle propres à la révision judiciaire pour y préférer celles de l’appel (*Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, par. 35-39; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 23-24; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 14-15; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (« *Mowat* »), par. 23).

[44] L’assujettissement d’un tribunal administratif spécialisé comme le Tribunal aux normes de contrôle de la révision judiciaire n’a rien d’inédit. Comme notre Cour l’indique dans *Mowat* (par. 19), c’est le cas de nombreux organismes appelés à statuer en matière de droits de la personne.

(2) Les normes d’intervention applicables en l’espèce

[45] Cela dit, le choix de la norme applicable dépend principalement de la nature des questions soulevées, d’où l’importance de bien identifier ces questions (*Mowat*, par. 16; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 4). Pour les besoins du pourvoi, il suffit de rappeler ce qui suit à ce sujet.

[46] Lorsque le Tribunal agit à l’intérieur de son champ d’expertise et qu’il interprète la *Charte québécoise* et applique ses dispositions aux faits pour décider de l’existence de discrimination, la déférence s’impose (*Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, par. 166-168; *Mowat*, par. 24). Dans *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S.

SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paras. 30, 34 and 39, the Court noted that, on judicial review of a decision of a specialized administrative tribunal interpreting and applying its enabling statute, it should be presumed that the standard of review is reasonableness (*Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135, at para. 55; *Canadian Artists' Representation v. National Gallery of Canada*, 2014 SCC 42, [2014] 2 S.C.R. 197 (“NGC”), at para. 13; *Khosa*, at para. 25; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at paras. 26 and 28; *Dunsmuir*, at para. 54). In such situations, deference should normally be shown, although this presumption can sometimes be rebutted. One case in which it can be rebutted is where a contextual analysis reveals that the legislature clearly intended not to protect the tribunal’s jurisdiction in relation to certain matters; the existence of concurrent and non-exclusive jurisdiction on a given point of law is an important factor in this regard (*Tervita*, at paras. 35-36 and 38-39; *McLean*, at para. 22; *Rogers*, at para. 15).

[47] Another such case is where general questions of law are raised that are of importance to the legal system and fall outside the specialized administrative tribunal’s area of expertise (*Dunsmuir*, at paras. 55 and 60). Moldaver J. noted the following on this point in *McLean* (at para. 27):

The logic underlying the “general question” exception is simple. As Bastarache and LeBel JJ. explained in *Dunsmuir*, “[b]ecause of their impact on the administration of justice as a whole, such questions require uniform and consistent answers” (para. 60). Or, as LeBel and Cromwell JJ. put it in *Mowat*, correctness review for such questions “safeguard[s] a basic consistency in the fundamental legal order of our country” (para. 22).

[48] As LeBel and Cromwell JJ. pointed out in *Mowat* (at para. 23), however, it is important to resist the temptation to apply the correctness standard to all questions of law of general interest that are brought before the Tribunal:

654, par. 30, 34 et 39, la Cour rappelle que, lors du contrôle judiciaire de la décision d’un tribunal administratif spécialisé qui interprète et applique sa loi constitutive, il y a lieu de présumer que la norme de contrôle est la décision raisonnable (*Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135, par. 55; *Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada*, 2014 CSC 42, [2014] 2 R.C.S. 197 (« MBA »), par. 13; *Khosa*, par. 25; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 26 et 28; *Dunsmuir*, par. 54). Dans ces situations, la déférence est normalement requise, quoique cette présomption puisse parfois être repoussée. Ce peut être le cas lorsqu’une analyse contextuelle révèle une intention claire du législateur de ne pas protéger la compétence du tribunal à l’égard de certaines questions; l’existence d’une compétence concurrente et non exclusive sur un même point de droit est un facteur important à considérer à cette fin (*Tervita*, par. 35-36 et 38-39; *McLean*, par. 22; *Rogers*, par. 15).

[47] C’est aussi le cas lorsque se soulève une question de droit générale d’importance pour le système juridique et étrangère au domaine d’expertise du tribunal administratif spécialisé (*Dunsmuir*, par. 55 et 60). Dans *McLean*, le juge Moldaver note ceci sur ce sujet (par. 27) :

Le raisonnement qui sous-tend l’exception prévue à l’égard de la « question de droit générale » est simple. Comme l’expliquent les juges Bastarache et LeBel dans *Dunsmuir*, « [p]areille question doit être tranchée de manière uniforme et cohérente étant donné ses répercussions sur l’administration de la justice dans son ensemble » (par. 60). Autrement dit, comme le précisent les juges LeBel et Cromwell dans *Mowat*, cette question est assujettie à la norme de la décision correcte « dans un souci de cohérence de l’ordre juridique fondamental du pays » (par. 22).

[48] Selon ce que soulignent les juges LeBel et Cromwell dans *Mowat* (par. 23), il est par contre important de résister à la tentation d’appliquer la norme de la décision correcte à toutes les questions de droit d’intérêt général que le Tribunal est appelé à trancher :

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. In respect of some of these questions, the application of the *Dunsmuir* standard of review analysis could well lead to the application of the standard of correctness. But, not all questions of general law entrusted to the Tribunal rise to the level of issues of central importance to the legal system or fall outside the adjudicator's specialized area of expertise.

[49] In the instant case, an important question concerns the scope of the state's duty of religious neutrality that flows from the freedom of conscience and religion protected by the *Quebec Charter*. The Tribunal and the Court of Appeal each dealt with this question of law, but they disagreed on how it should be answered. Whereas the Tribunal found that the state has an [TRANSLATION] "obligation to maintain neutrality" (paras. 209-11), the Court of Appeal preferred the more nuanced concept of [TRANSLATION] "benevolent neutrality" (paras. 76-79). Although I agree with the Tribunal on this point, I am of the opinion that, in this case, the Court of Appeal properly applied the correctness standard on this question.

[50] However, it was not open to the Court of Appeal to apply that standard to the entire appeal and to disregard those of the Tribunal's determinations that require deference and are therefore subject to the reasonableness standard. For example, the question whether the prayer was religious in nature, the extent to which the prayer interfered with the complainant's freedom and the determination of whether it was discriminatory fall squarely within the Tribunal's area of expertise. The same is true of the qualification of the experts and the assessment of the probative value of their testimony, which concerned the assessment of the evidence that had been submitted (*NGC*, at para. 30; *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502, at para. 74; *Khosa*, at paras. 59 and 65-67). The Tribunal is entitled to deference on such matters. The only requirement is that its reasoning be transparent and intelligible. Its decision must be considered reasonable if its conclusions fall within

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. À l'issue de l'analyse relative à la norme de contrôle proposée dans l'arrêt *Dunsmuir*, la norme applicable aux décisions sur certaines de ces questions pourrait bien être celle de la décision correcte. Mais les questions de droit générales que le Tribunal est appelé à trancher n'équivalent pas toutes à des questions d'une importance capitale pour le système juridique et elles ne sont pas toutes étrangères au domaine d'expertise de l'organisme décisionnel.

[49] Dans le présent cas, une question importante du litige concerne les contours de la neutralité religieuse de l'État qui découle de la liberté de conscience et de religion que protège la *Charte québécoise*. Le Tribunal et la Cour d'appel traitent chacun de cette question de droit, mais divergent d'opinion sur la réponse à donner. Là où le Tribunal voit une « obligation de neutralité » de l'État (par. 209-211), la Cour d'appel préfère une notion plus nuancée de « neutralité bienveillante » (par. 76-79). Bien que je partage l'opinion du Tribunal sur ce point, je considère que, en l'espèce, la Cour d'appel a eu raison d'appliquer la norme de la décision correcte à cette question.

[50] Toutefois, la Cour d'appel ne pouvait pour autant appliquer cette norme à l'ensemble du pourvoi et faire abstraction des conclusions du Tribunal qui commandaient la déférence et, partant, l'application de la norme de la décision raisonnable. Par exemple, l'évaluation du caractère religieux de la prière, la portée des atteintes causées par celle-ci au plaignant et la détermination du caractère discriminatoire de cette prière sont au cœur de l'expertise du Tribunal. Il en est de même de la qualification des experts et de l'appréciation de la valeur probante de leurs témoignages, questions qui participent de l'évaluation de la preuve présentée (*MBA*, par. 30; *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502, par. 74; *Khosa*, par. 59 et 65-67). Le Tribunal a droit à la déférence sur ces questions. Il suffit que son raisonnement soit transparent et intelligible. Sa décision doit être considérée comme raisonnable si ses conclusions appartiennent aux « issues possibles acceptables pouvant se

a “range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (*Dunsmuir*, at para. 47).

[51] In her concurring reasons, Abella J. disagrees with this approach to the applicable standards of review in the instant case. In my opinion, in the context of this appeal, this Court’s decisions, more specifically *Dunsmuir*, *Mowat* and *Rogers*, to which I have referred, support a separate application of the standard of correctness to the question of law concerning the scope of the state’s duty of neutrality that flows from freedom of conscience and religion. I find that the importance of this question to the legal system, its broad and general scope and the need to decide it in a uniform and consistent manner are undeniable. Moreover, the jurisdiction the legislature conferred on the Tribunal in this regard in the *Quebec Charter* was intended to be non-exclusive; the Tribunal’s jurisdiction is exercised concurrently with that of the ordinary courts. I am therefore of the view that the presumption of deference has been rebutted for this question. This Court confirmed in a recent case (*Tervita*, at paras. 24 and 34-40) that the applicable standards on judicial review of the conclusions of a specialized administrative tribunal can sometimes vary depending on whether the questions being analyzed are of law, of fact, or of mixed fact and law.

[52] Having made these clarifications concerning the applicable standards, I will deal briefly with the religious symbols before turning to the main question in the appeal.

B. *The Religious Symbols*

[53] The Court of Appeal found that, because the Commission had not conducted an investigation into the question of the religious symbols, namely the Sacred Heart statue in Chicoutimi and the crucifix in La Baie, it was not open to the Tribunal to consider it. I agree.

[54] The Tribunal was created under ss. 100 et seq. of the *Quebec Charter*. In discrimination cases, its jurisdiction is dependent on the work done beforehand by the Commission (ss. 111 and 80 to 82).

justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 47).

[51] Dans ses motifs concordants, la juge Abella se dit en désaccord avec ce traitement des normes de contrôle applicables en l’espèce. Pour ma part, dans le contexte de ce pourvoi, j’estime que la jurisprudence de notre Cour, au premier chef les arrêts *Dunsmuir*, *Mowat* et *Rogers* auxquels je renvoie, justifie d’assujettir à la norme distincte de la décision correcte la question de droit relative aux contours de l’obligation de neutralité de l’État qui découle de la liberté de conscience et de religion. L’importance de cette question pour le système juridique, sa portée large et générale et le souci de la trancher de manière uniforme et cohérente me semblent ici indéniables. Dans la *Charte québécoise*, le législateur a du reste conféré au Tribunal une compétence qu’il a voulue non exclusive sur le sujet; le Tribunal l’exerce d’ailleurs de façon concurrente avec les tribunaux de droit commun. Je considère que la présomption de déférence est donc repoussée au regard de cette question. Dans un arrêt récent (*Tervita*, par. 24 et 34-40), notre Cour confirme que les conclusions d’un tribunal administratif spécialisé peuvent parfois faire l’objet d’une révision judiciaire selon une norme qui varie en fonction des questions de droit, de fait ou mixtes de fait et de droit analysées.

[52] Ayant apporté ces clarifications sur les normes applicables, je traite brièvement des symboles religieux avant de passer à la question principale du pourvoi.

B. *Les symboles religieux*

[53] La Cour d’appel a conclu que, en l’absence d’enquête de la Commission sur le sujet, le Tribunal ne pouvait se prononcer sur la question des signes religieux que représentent la statue du Sacré-Cœur de Chicoutimi et le crucifix de La Baie. Je suis d’accord.

[54] Le Tribunal est créé en vertu des art. 100 et suiv. de la *Charte québécoise*. En matière de discrimination, sa compétence est tributaire du travail accompli au préalable par la Commission (art. 111

The *Quebec Charter* provides for a comprehensive mechanism by virtue of which the Commission is responsible for receiving, processing and screening the complaints submitted to it (ss. 74 et seq.).

[55] People who believe they have been discriminated against can either file a complaint with the Commission or bring an action directly in a court of law. Those who choose to file a complaint with the Commission commit themselves to an administrative process whose various stages reflect the screening role conferred on the Commission. At the stage of receipt of a complaint, the Commission may refuse to act on one of the grounds set out in s. 77, where, for example, it considers the complaint to be frivolous, vexatious or made in bad faith. If there are no grounds for refusing to act at that stage, the Commission begins investigating and tries to collect any relevant evidence (s. 78). Upon completing this investigation, the Commission may cease to act if it believes that the evidence it has collected is insufficient. Where it refuses or ceases to act in such a case, the complainant may not then submit his or her own application to the Tribunal to pursue a remedy, but must instead turn to the Superior Court or the Court of Québec.

[56] If, on the other hand, the Commission considers the evidence sufficient, it may decide to submit an application to the Tribunal to pursue a remedy (ss. 78 and 80). However, it is not required to do so. Even if it considers the complaint justified, s. 84 gives it the discretion not to submit such an application, in which case the complainant may, on an exceptional basis and at his or her own expense, submit an application to the Tribunal to pursue the remedy that could have been pursued by the Commission. For this purpose, the complainant is substituted by operation of law for the Commission (s. 84 para. 2).

[57] LeBel J.A., as he then was, described this mechanism in detail in *Ménard v. Rivet*, [1997] R.J.Q. 2108. It has two important characteristics for our purposes. First, in discrimination cases, not every person who believes that his or her fundamental rights have been violated may apply to the Tribunal. As a general rule, aside from a case

et 80 à 82). La *Charte québécoise* établit un mécanisme complet en vertu duquel la Commission se charge de la réception, du traitement et du filtrage des plaintes qui lui sont soumises (art. 74 et suiv.).

[55] La personne qui se croit victime de discrimination peut soit déposer une plainte devant la Commission soit intenter un recours directement devant les tribunaux de droit commun. Si elle choisit de s'adresser à la Commission, elle s'engage dans un processus administratif dont les différentes étapes témoignent du rôle de filtrage des plaintes confié à cette dernière. À l'étape de la réception, la Commission peut refuser d'agir pour l'un des motifs énumérés à l'art. 77. C'est le cas, par exemple, lorsqu'elle juge la plainte frivole, vexatoire ou faite de mauvaise foi. S'il n'y a pas lieu de refuser d'agir à cette étape, la Commission entreprend une enquête et tente de recueillir les éléments de preuve pertinents (art. 78). Au terme de cette enquête, la Commission peut cesser d'agir si elle juge la preuve recueillie insuffisante. Dans ces cas où elle refuse ou cesse d'agir, le plaignant ne peut intenter lui-même un recours devant le Tribunal, mais doit plutôt se diriger vers la Cour supérieure ou la Cour du Québec.

[56] Par contre, si elle juge la preuve suffisante, la Commission peut décider d'intenter elle-même un recours devant le Tribunal (art. 78 et 80). Elle n'y est cependant pas tenue. Même lorsqu'elle juge la plainte fondée, l'art. 84 lui accorde la discrétion de ne pas intenter de recours. Dans cette éventualité, le plaignant peut exceptionnellement saisir lui-même à ses frais le Tribunal et exercer le recours qu'aurait pu exercer la Commission. À cette fin, le plaignant est alors substitué de plein droit à la Commission (art. 84 al. 2).

[57] Le juge LeBel, alors à la Cour d'appel, décrit ce mécanisme en détail dans l'arrêt *Ménard c. Rivet*, [1997] R.J.Q. 2108. J'en retiens deux caractéristiques d'importance. Premièrement, en matière de discrimination, n'a pas accès au Tribunal quiconque se croit lésé dans ses droits fondamentaux. Règle générale, sauf la substitution prévue à l'art. 84

of substitution under s. 84 para. 2, only the Commission is authorized to submit an application to the Tribunal (ss. 80 to 82). Second, where a complainant has a right to submit his or her own application to the Tribunal, the scope of the remedy is limited by the work done beforehand by the Commission. The Tribunal's jurisdiction is circumscribed by that work. In a discrimination case, the application to the Tribunal is intended to be an extension of the investigation conducted by the Commission in response to a complaint.

[58] In his complaint, Mr. Simoneau requested both that the recitation of the prayer be stopped and that all religious symbols be removed from council chambers. However, the Commission decided to limit its investigation to the question whether the prayer was discriminatory in nature under ss. 3 and 10 of the *Quebec Charter*. In its statement of facts, the Commission clearly indicated that it would not be investigating the religious symbols.

[59] Nevertheless, although the Tribunal acknowledged (at para. 18) that the principles established in *Ménard* did not allow it to consider the question of the religious symbols, it noted that the Commission had, contrary to s. 77 of the *Quebec Charter*, failed to state the reasons for its decision not to investigate that aspect of the complaint. The Tribunal concluded from this that the Commission had not properly “refused to act” with respect to the symbols within the meaning of that provision. It referred to the imperatives of access to justice and proportionality to justify its decision to consider the question (para. 22), even though nothing in its enabling statute authorized it to rely on those imperatives to extend its jurisdiction.

[60] The Commission limited its investigation to determining whether the prayer was discriminatory in nature. That being the case, the Tribunal could not extend its jurisdiction to questions related to the discriminatory nature of the religious symbols under s. 11 or to the other questions raised by the appellants before the Tribunal, such as interference with the right to the safeguard of one's dignity or the right to information that are guaranteed by, respectively, s. 4 and s. 44. To conclude otherwise would

al. 2, seule la Commission est autorisée à saisir le Tribunal d'une affaire (art. 80 à 82). Deuxièmement, lorsqu'un plaignant est autorisé à se présenter lui-même devant le Tribunal, la portée de son recours est limitée par le travail effectué jusque-là par la Commission. La compétence du Tribunal est circonscrite par ce travail préalable. Dans les affaires de discrimination, le recours devant le Tribunal se veut le prolongement de l'enquête menée par la Commission à la suite du dépôt d'une plainte.

[58] Dans sa plainte, M. Simoneau réclamait à la fois la cessation de la prière et le retrait de tout symbole religieux des salles de délibérations. La Commission a toutefois décidé de limiter son enquête au seul caractère discriminatoire de la prière au regard des art. 3 et 10 de la *Charte québécoise*. Dans son exposé factuel, elle indique clairement son refus de faire enquête sur les symboles religieux.

[59] Malgré cela, dans sa décision (par. 18), le Tribunal reconnaît, d'un côté, que les principes établis dans l'arrêt *Ménard* ne lui permettent pas de se saisir de la question des symboles. De l'autre, il souligne que, contrairement à ce qu'exige l'art. 77 de la *Charte québécoise*, la Commission a omis de motiver sa décision de ne pas enquêter sur cet aspect de la plainte. Il en conclut que la Commission n'a pas dûment « refusé d'agir » à l'égard des symboles au sens de cette disposition. Il fait appel aux impératifs d'accès à la justice et de proportionnalité pour justifier sa décision de se saisir de la question (par. 22), alors que rien dans sa loi habilitante ne lui permet de les invoquer pour élargir sa compétence.

[60] La Commission a fait porter son enquête uniquement sur le caractère discriminatoire de la prière. Cela étant, le Tribunal ne pouvait étendre sa compétence aux questions touchant le caractère discriminatoire des symboles religieux visés à l'art. 11, pas plus qu'aux autres questions soulevées par les appelants devant le Tribunal, telle l'atteinte au droit à la sauvegarde de la dignité et au droit à l'information que garantissent respectivement les art. 4 et 44. Conclure autrement réduirait indûment la

be to unduly curtail the Commission's function of managing and screening complaints (*Ménard*, at p. 2120). The Tribunal's jurisdiction in discrimination cases is dependent on the Commission's having first conducted an investigation. There was quite simply no such investigation into the religious symbols contested by Mr. Simoneau.

[61] Although the majority of the Court of Appeal expressed the opinion that it had not been open to the Tribunal to rule on the religious symbols, they nonetheless considered it necessary to speak to the question themselves in light of the insistence of certain parties (para. 116). In my opinion, they erred in doing so. I agree with Hilton J.A. on this point. It was not open to the majority, after noting that the Tribunal had lacked jurisdiction, to turn around and assume jurisdiction for the Court of Appeal on the same question. There is a contradiction here that is difficult to justify. In his concurring reasons, Hilton J.A. rightly observed that it was not necessary to rule on this point to decide the appeal. As he stated, the appellants still had the right, if need be, to bring an action in the Superior Court or the Court of Québec in order to obtain the remedies that fell outside the Tribunal's jurisdiction.

[62] However, it is important to draw a distinction between the Tribunal's jurisdiction on the one hand and, on the other, its authority to hear and consider the evidence in examining the question that was properly before it. Because the Tribunal had jurisdiction to determine whether the prayer was discriminatory, it could admit "any evidence useful and relevant" to that determination (s. 123 of the *Quebec Charter*). The Tribunal did not have to limit itself to the evidence collected by the Commission in its investigation. It could also consider the evidence showing the context in which the prayer was recited. The actions of the mayor and the municipal councillors, as well as the presence of religious symbols in two council chambers, formed part of that context. This evidence was relevant to the determination of whether the prayer was religious or discriminatory. I will come back to this in my analysis of the main question in the appeal, to which I will now turn.

fonction de gestion et de filtrage des plaintes de la Commission (*Ménard*, p. 2120). En matière de discrimination, la compétence du Tribunal est tributaire de l'existence d'une enquête préalable menée par la Commission. Sur les symboles religieux contestés par M. Simoneau, il n'y en a tout simplement pas eu.

[61] Tout en exprimant l'opinion que le Tribunal ne pouvait s'en saisir, la majorité de la Cour d'appel a néanmoins jugé nécessaire, vu l'insistance de certains, de se prononcer elle-même sur cette question (par. 116). À mon avis, elle a fait erreur en agissant de la sorte. Je partage l'opinion du juge Hilton sur ce point. Ayant noté l'absence de compétence du Tribunal, la majorité ne pouvait, en même temps, s'arroger en appel la compétence d'en traiter. Il y a là une contradiction difficile à justifier. Dans ses motifs concordants, le juge Hilton souligne avec raison qu'il n'était pas nécessaire de se prononcer sur ce sujet pour trancher le pourvoi. Comme il l'indique, le cas échéant, les appelants conservent le droit d'intenter un recours en Cour supérieure ou en Cour du Québec pour obtenir les réparations qui échappent à la compétence du Tribunal à ce chapitre.

[62] Il importe par contre de distinguer entre, d'une part, la compétence du Tribunal et, d'autre part, son pouvoir d'entendre et de considérer la preuve dans l'examen de la question dont il est proprement saisi. Puisque le Tribunal avait compétence pour décider du caractère discriminatoire de la prière, il pouvait recevoir « toute preuve utile et pertinente » à ce sujet (art. 123 de la *Charte québécoise*). Le Tribunal n'était pas tenu de se limiter aux éléments recueillis par la Commission au cours de son enquête. Il pouvait aussi tenir compte de la preuve témoignant du contexte entourant la récitation de la prière. Le comportement du maire et des conseillers municipaux, ainsi que la présence des symboles religieux dans deux salles de délibération du conseil, en font partie. Il s'agit d'une preuve pertinente sur le caractère religieux ou discriminatoire de la prière. J'y reviendrai dans mon analyse de la question principale du pourvoi que j'aborde maintenant.

C. *The Prayer*

[63] The prayer recited at the municipal council's public meetings is at the heart of the dispute between the parties. The recitation of the prayer is regulated by a legislative measure, namely the By-law. The appellants argue that, in view of their religious nature, the practice and the By-law interfere in a discriminatory manner with Mr. Simoneau's freedom of conscience and religion, contrary to ss. 3 and 10 of the *Quebec Charter*. The discrimination is allegedly based on his religious views, that is, on his atheism. In the appellant's opinion, there is in this case proof of discrimination, that is, (1) a distinction, exclusion or preference flowing from that practice and that By-law that (2) is based on a ground listed in s. 10 and (3) has the effect of nullifying or impairing Mr. Simoneau's right to the full and equal exercise of his human rights and freedoms (*Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, 2000 SCC 27, [2000] 1 S.C.R. 665 (“*Boisbriand*”), at para. 84; *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525, at p. 538; *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90, at p. 98). The respondents counter that the authority for the recitation of a prayer such as this at council meetings and for regulating it by means of a by-law lies in the right of the City's officials to freedom of conscience and religion, and that Mr. Simoneau's right is therefore not impaired.

[64] In my opinion, the appellants' position must prevail. Sponsorship of one religious tradition by the state in breach of its duty of neutrality amounts to discrimination against all other such traditions (*S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235, at para. 17). If the state favours one religion at the expense of others, it imports a disparate impact that is destructive of the religious freedom of the collectivity (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 337). In a case such as this, the practice of reciting the prayer and the By-law that regulates it result in the exclusion of Mr. Simoneau on the basis of a listed ground, namely religion. That exclusion impairs his right to full and equal exercise of his freedom of conscience and religion. The discrimination of which he complains

C. *La prière*

[63] La prière récitée aux séances publiques du conseil municipal constitue le cœur du débat qui oppose les parties. Une mesure législative, soit le Règlement, encadre la récitation de cette prière. Les appelants plaident que cette pratique et ce Règlement, vu leur caractère religieux, attentent de façon discriminatoire à la liberté de conscience et de religion de M. Simoneau, en violation des art. 3 et 10 de la *Charte québécoise*. Cette discrimination serait fondée sur ses positions religieuses, c'est-à-dire son athéisme. Il y aurait en l'espèce une preuve de discrimination, soit (1) une distinction, exclusion ou préférence résultant de cette pratique et de ce Règlement; qui (2) serait fondée sur un motif énuméré à l'art. 10; et qui (3) aurait pour effet de détruire ou de compromettre le droit à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne (*Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665 (« *Boisbriand* »), par. 84; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, p. 538; *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90, p. 98). Les intimés rétorquent que la liberté de conscience et de religion des représentants de la Ville permet la récitation d'une prière de cette nature lors des séances du conseil et son encadrement au moyen d'un règlement, si bien que l'atteinte au droit de M. Simoneau est inexistante.

[64] À mon avis, la position des appelants doit prévaloir. Le parrainage par l'État d'une tradition religieuse, en violation de son devoir de neutralité, constitue de la discrimination à l'endroit de toutes les autres (*S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235, par. 17). Si l'État favorise une religion au détriment des autres, il crée en effet une inégalité destructrice de la liberté de religion dans la société (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 337). Dans un cas comme celui-ci, la pratique qui consiste à réciter la prière et le Règlement qui l'encadre entraînent l'exclusion de M. Simoneau sur la base d'un motif énuméré, soit la religion. Cette exclusion compromet son droit à l'exercice, en pleine égalité, de sa liberté de conscience et de religion. La discrimination dont il se

relates directly to the determination of whether, on the one hand, the prayer is religious in nature and whether, on the other hand, the City is entitled to have it recited as it did. In my opinion, I must therefore begin the discussion by establishing the scope of the state's duty of neutrality in the context of freedom of conscience and religion. I will then consider the rules that make it possible to determine whether the state has breached its duty of neutrality in adopting a statute, regulations or a practice. Finally, I will apply these rules to the facts in evidence before the Tribunal.

(1) Neutrality of the State As Regards Freedom of Conscience and Religion

[65] Section 3 of the *Quebec Charter* protects the freedom of conscience and religion of every person:

3. Every person is the possessor of the fundamental freedoms, including freedom of conscience, freedom of religion, freedom of opinion, freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association.

[66] Section 10 supplements s. 3 and prohibits discrimination based on various grounds, including religion:

10. Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on . . . religion . . .

Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right.

[67] Section 2(a) of the *Canadian Charter* is the constitutional counterpart of s. 3:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(a) freedom of conscience and religion;

[68] Because of the similarity between s. 3 of the *Quebec Charter* and s. 2 of the *Canadian Charter*, it is well established that s. 3 should be interpreted in light of the principles that have been developed in relation to the application of the *Canadian Charter* (*Boisbriand*, at para. 42). In *Big M*, the Court

plaint est directement tributaire, d'une part, du caractère religieux de la prière, et d'autre part, du droit de la Ville de la réciter comme elle le fait. J'estime par conséquent qu'il y a lieu d'amorcer la discussion en dégagant en premier lieu les contours de l'obligation de neutralité de l'État en matière de liberté de conscience et de religion. Je traiterai ensuite des règles qui permettent de déterminer si l'État a manqué à son obligation de neutralité en adoptant une loi, un règlement ou une pratique. Je procéderai enfin à l'application de ces règles aux faits mis en preuve devant le Tribunal.

(1) La neutralité de l'État en matière de liberté de conscience et de religion

[65] L'article 3 de la *Charte québécoise* protège la liberté de conscience et de religion de chacun :

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

[66] L'article 10 complète l'art. 3 et interdit la discrimination basée sur différents motifs, entre autres la religion :

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur [. . .] la religion . . .

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

[67] L'alinéa 2a) de la *Charte canadienne* est le pendant constitutionnel de l'art. 3 :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

a) liberté de conscience et de religion;

[68] Vu la similitude entre l'art. 3 de la *Charte québécoise* et l'art. 2 de la *Charte canadienne*, il est acquis qu'il convient d'interpréter la première disposition à la lumière des principes dégagés de l'application de la *Charte canadienne* (*Boisbriand*, par. 42). Dans *Big M*, la Cour s'est penchée sur la

considered the freedom of conscience and religion guaranteed by the *Canadian Charter*, and Dickson J. defined this freedom as follows:

A truly free society is one which can accommodate a wide variety of beliefs, diversity of tastes and pursuits, customs and codes of conduct. A free society is one which aims at equality with respect to the enjoyment of fundamental freedoms and I say this without any reliance upon s. 15 of the *Charter*. Freedom must surely be founded in respect for the inherent dignity and the inviolable rights of the human person. The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination. . . .

What may appear good and true to a majoritarian religious group, or to the state acting at their behest, may not, for religious reasons, be imposed upon citizens who take a contrary view. The *Charter* safeguards religious minorities from the threat of “the tyranny of the majority”. [Emphasis added; pp. 336-37.]

[69] This passage shows that freedom of conscience and religion protects the right to entertain beliefs, to declare them openly and to manifest them, while at the same time guaranteeing that no person can be compelled to adhere directly or indirectly to a particular religion or to act in a manner contrary to his or her beliefs (J. Woehrling, “L’obligation d’accommodement raisonnable et l’adaptation de la société à la diversité religieuse” (1998), 43 *McGill L.J.* 325, at p. 371; see also the comments of LeBel J. in *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650, at para. 65, although dissenting, he was not contradicted by the majority on this point).

[70] These protections are not limited to religious beliefs. The freedom not to believe, to manifest one’s non-belief and to refuse to participate in religious observance is also protected:

notion de liberté de conscience et de religion garantie par la *Charte canadienne*. Le juge Dickson y a défini ainsi cette liberté :

Une société vraiment libre peut accepter une grande diversité de croyances, de goûts, de visées, de coutumes et de normes de conduite. Une société libre vise à assurer à tous l’égalité quant à la jouissance des libertés fondamentales et j’affirme cela sans m’appuyer sur l’art. 15 de la *Charte*. La liberté doit sûrement reposer sur le respect de la dignité et des droits inviolables de l’être humain. Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l’on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d’empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. . . .

Une majorité religieuse, ou l’État à sa demande, ne peut, pour des motifs religieux, imposer sa propre conception de ce qui est bon et vrai aux citoyens qui ne partagent pas le même point de vue. La *Charte* protège les minorités religieuses contre la menace de « tyrannie de la majorité ». [Je souligne; p. 336-337.]

[69] Cet extrait montre que la liberté de conscience et de religion protège d’un côté le droit de croire, de professer ouvertement ses croyances et de les manifester. De l’autre, elle garantit que nul ne peut être contraint d’adhérer, directement ou indirectement, à une religion particulière ou d’agir de manière contraire à ses croyances (J. Woehrling, « L’obligation d’accommodement raisonnable et l’adaptation de la société à la diversité religieuse » (1998), 43 *R.D. McGill* 325, p. 371; voir aussi les propos du juge LeBel dans *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650, par. 65, bien que dissident il n’a pas été contredit par la majorité sur ce point).

[70] Ces protections ne se limitent pas aux seules croyances religieuses. Elles protègent aussi la liberté de ne pas croire, celle de manifester son incroyance et celle de refuser de se soumettre à l’observance religieuse :

Religious belief and practice are historically prototypical and, in many ways, paradigmatic of conscientiously-held beliefs and manifestations and are therefore protected by the *Charter*. Equally protected, and for the same reasons, are expressions and manifestations of religious non-belief and refusals to participate in religious practice. [Emphasis added.]

(*Big M*, at pp. 346-47)

In *S.L.*, at para. 32, Deschamps J. pointed out that freedom of religion includes the freedom to have no religious beliefs whatsoever. For the purposes of the protections afforded by the charters, the concepts of “belief” and “religion” encompass non-belief, atheism and agnosticism.

[71] Neither the *Quebec Charter* nor the *Canadian Charter* expressly imposes a duty of religious neutrality on the state. This duty results from an evolving interpretation of freedom of conscience and religion. I will reproduce the following comments made by LeBel J. in *Lafontaine* in which he described the evolution of the concept of religious neutrality (although he was dissenting, the majority did not contradict him on this point either):

The duty of neutrality appeared at the end of a long evolutionary process that is part of the history of many countries that now share Western democratic traditions. Canada’s history provides one example of this experience, which made it possible for the ties between church and state to be loosened, if not dissolved. There were, of course, periods when there was a close union of ecclesiastical and secular authorities in Canada. European settlers introduced to Canada a political theory according to which the social order was based on an intimate alliance of the state and a single church, which the state was expected to promote within its borders. Throughout the history of New France, the Catholic church enjoyed the status of sole state religion. After the Conquest and the Treaty of Paris, the Anglican church became the official state religion, although social realities prompted governments to give official recognition to the status and role of the Catholic church and various Protestant denominations. This sometimes official, sometimes tacit recognition, which reflected the make-up of and trends in the society of the period, often inspired legislative solutions and certain policy choices. Thus, at the time of Confederation in 1867, the concept of religious neutrality implied primarily respect for Christian denominations. One

Historiquement, la foi et la pratique religieuses sont, à bien des égards, des archétypes des croyances et manifestations dictées par la conscience et elles sont donc protégées par la *Charte*. La même protection s’applique, pour les mêmes motifs, aux expressions et manifestations d’incroyance et au refus d’observer les pratiques religieuses. [Je souligne.]

(*Big M*, p. 346-347)

Dans *S.L.*, par. 32, la juge Deschamps rappelle que la liberté de religion comprend celle de n’avoir aucune religion. En vertu des protections qu’offrent les chartes, les notions de « croyance » et de « religion » s’entendent tout autant de l’incroyance, de l’athéisme et de l’agnosticisme.

[71] Ni la *Charte québécoise* ni la *Charte canadienne* n’énoncent explicitement l’obligation de neutralité religieuse de l’État. Cette obligation résulte de l’interprétation évolutive de la liberté de conscience et de religion. Je reprends les propos suivants du juge LeBel dans *Lafontaine*, où il décrit l’évolution de cette notion de neutralité religieuse (bien que dissident, la majorité ne le contredit pas sur ce point non plus) :

Cette neutralité est apparue au terme d’une longue évolution historique, commune à beaucoup de pays partageant aujourd’hui les traditions démocratiques occidentales. L’histoire du Canada constitue un exemple de cette expérience historique qui a permis de distendre, sinon de dissoudre les liens entre l’État et les Églises. Le Canada, comme on le sait, a connu des périodes d’union étroite des pouvoirs ecclésiastiques et civils. Les colons européens introduisirent au Canada la théorie politique voulant que l’ordre social repose sur une alliance intime entre l’État et une Église particulière, que le premier devait encourager sur son territoire. Ainsi, au cours de l’histoire de la Nouvelle-France, l’Église catholique a joui du statut de seule religion d’État. Après la Conquête et le Traité de Paris, l’Église anglicane est devenue juridiquement l’Église d’État, bien que les réalités sociales aient amené les gouvernements à reconnaître officiellement le statut et le rôle de l’Église catholique et des diverses confessions protestantes. Cette reconnaissance tantôt officielle, tantôt tacite, qui correspondait à la composition et aux orientations de la société de l’époque, inspira souvent les solutions législatives et certains choix politiques. Ainsi, au moment de la Confédération, en 1867, le concept de neutralité religieuse impliquait principalement le respect des

illustration of this can be seen in the constitutional rules relating to educational rights originally found, *inter alia*, in s. 93 of the *Constitution Act, 1867*.

Since then, the appearance and growing influence of new philosophical, political and legal theories on the organization and bases of civil society have gradually led to a dissociation of the functions of church and state; Canada's demographic evolution has also had an impact on this process, as have the urbanization and industrialization of the country. Although it has not excluded religions and churches from the realm of public debate, this evolution has led us to consider the practice of religion and the choices it implies to relate more to individuals' private lives or to voluntary associations (M. H. Ogilvie, *Religious Institutions and the Law in Canada* (2nd ed. 2003), at pp. 27 and 56). These societal changes have tended to create a clear distinction between churches and public authorities, placing the state under a duty of neutrality. Our Court has recognized this aspect of freedom of religion in its decisions, although it has in so doing not disregarded the various sources of our country's historical heritage. The concept of neutrality allows churches and their members to play an important role in the public space where societal debates take place, while the state acts as an essentially neutral intermediary in relations between the various denominations and between those denominations and civil society. [Emphasis added; paras. 66-67.]

[72] As LeBel J. noted, the evolution of Canadian society has given rise to a concept of neutrality according to which the state must not interfere in religion and beliefs. The state must instead remain neutral in this regard. This neutrality requires that the state neither favour nor hinder any particular belief, and the same holds true for non-belief (*S.L.*, at para. 32). It requires that the state abstain from taking any position and thus avoid adhering to a particular belief.

[73] In "Freedom of Religion Under the *Charter of Rights: The Limits of State Neutrality*" (2012), 45 *U.B.C. L. Rev.* 497, at p. 507, Professor R. Moon points out that a religious belief is more than an opinion. It is the lens through which people perceive and explain the world in which they live. It defines the moral framework that guides their conduct. Religion is an integral part of each person's identity.

confessions chrétiennes. Les règles constitutionnelles que l'on retrouvait notamment, à l'origine, dans l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* au sujet des droits scolaires illustrent cette réalité.

Depuis ce temps, l'apparition et l'influence croissante de nouvelles conceptions philosophiques, politiques et juridiques sur l'organisation et les bases de la société civile ont graduellement dissocié les fonctions des Églises et de l'État, comme d'ailleurs l'impact de l'évolution démographique du Canada ainsi que de son urbanisation et de son industrialisation. Sans exclure les religions et les Églises de la sphère des débats publics, cette évolution nous a amenés à situer davantage la vie religieuse et les choix qu'elle implique dans le domaine de la vie privée des individus ou des associations volontaires (M. H. Ogilvie, *Religious Institutions and the Law in Canada* (2^e éd. 2003), p. 27 et 56). Ces changements sociaux tendent à créer une distinction nette entre les Églises et les autorités publiques, qui impose à celles-ci une obligation de neutralité. Sans faire abstraction des héritages historiques de notre pays, la jurisprudence de notre Cour reconnaît cet aspect de la liberté de religion. Cette conception de la neutralité laisse une place importante aux Églises et à leurs membres dans l'espace public où se déroulent les débats sociaux, mais voit dans l'État un acteur essentiellement neutre dans les rapports entre les diverses confessions et entre celles-ci et la société civile. [Je souligne; par. 66-67.]

[72] Comme l'indique le juge LeBel, l'évolution de la société canadienne a engendré une conception de la neutralité suivant laquelle l'État ne doit pas s'ingérer dans le domaine de la religion et des croyances. L'État doit plutôt demeurer neutre à cet égard. Cette neutralité exige qu'il ne favorise ni ne défavorise aucune croyance, pas plus du reste que l'incroyance (*S.L.*, par. 32). Elle requiert de l'État qu'il s'abstienne de prendre position et évite ainsi d'adhérer à une croyance particulière.

[73] Dans « Freedom of Religion Under the *Charter of Rights: The Limits of State Neutrality* » (2012), 45 *U.B.C. L. Rev.* 497, p. 507, le professeur R. Moon fait observer qu'une croyance religieuse est plus qu'une opinion. Elle est le prisme à travers lequel une personne perçoit et explique la réalité qui l'entoure. Elle définit le cadre moral qui guide sa conduite. La religion est partie intégrante de

When the state adheres to a belief, it is not merely expressing an opinion on the subject. It is creating a hierarchy of beliefs and casting doubt on the value of those it does not share. It is also ranking the individuals who hold such beliefs:

If religion is an aspect of the individual's identity, then when the state treats his or her religious practices or beliefs as less important or less true than the practices of others, or when it marginalizes her or his religious community in some way, it is not simply rejecting the individual's views and values, it is denying her or his equal worth. [Emphasis added; p. 507.]

[74] By expressing no preference, the state ensures that it preserves a neutral public space that is free of discrimination and in which true freedom to believe or not to believe is enjoyed by everyone equally, given that everyone is valued equally. I note that a neutral public space does not mean the homogenization of private players in that space. Neutrality is required of institutions and the state, not individuals (see *R. v. N.S.*, 2012 SCC 72, [2012] 3 S.C.R. 726, at paras. 31 and 50-51). On the contrary, a neutral public space free from coercion, pressure and judgment on the part of public authorities in matters of spirituality is intended to protect every person's freedom and dignity. The neutrality of the public space therefore helps preserve and promote the multicultural nature of Canadian society enshrined in s. 27 of the *Canadian Charter*. Section 27 requires that the state's duty of neutrality be interpreted not only in a manner consistent with the protective objectives of the *Canadian Charter*, but also with a view to promoting and enhancing diversity (*R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at para. 95; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 757; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 758; *Big M*, at pp. 337-38; see also J. E. Magnet, "Multiculturalism and Collective Rights", in G.-A. Beaudoin and E. Mendes, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (4th ed. 2005), 1259, at p. 1265).

l'identité de chacun. Lorsque l'État adhère à une croyance, il ne fait pas qu'exprimer une opinion sur le sujet. Il hiérarchise les diverses croyances et remet en cause la valeur de celles qu'il ne partage pas. Il hiérarchise aussi les individus qui portent en eux ces croyances :

[TRADUCTION] Si la religion est un aspect de l'identité d'une personne, il s'ensuit que, dans les cas où l'État traite les convictions ou les pratiques religieuses de cette personne d'une manière qui leur accorde une importance ou une vérité moins grandes qu'aux pratiques des autres personnes, ou encore lorsqu'il marginalise de quelque façon le groupe religieux auquel elle appartient, il ne fait pas simplement que rejeter les valeurs et les opinions de cette personne, il refuse de lui reconnaître une valeur égale [en tant qu'être humain]. [Je souligne; p. 507.]

[74] En n'exprimant aucune préférence, l'État s'assure de préserver un espace public neutre et sans discrimination à l'intérieur duquel tous bénéficient également d'une véritable liberté de croire ou ne pas croire, en ce que tous sont également valorisés. Je précise qu'un espace public neutre ne signifie pas l'homogénéisation des acteurs privés qui s'y trouvent. La neutralité est celle des institutions et de l'État, non celle des individus (voir *R. c. N.S.*, 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726, par. 31 et 50-51). Un espace public neutre, libre de contraintes, de pressions et de jugements de la part des pouvoirs publics en matière de spiritualité, tend au contraire à protéger la liberté et la dignité de chacun. De ce fait, la neutralité de l'espace public favorise la préservation et la promotion du caractère multiculturel de la société canadienne que consacre l'art. 27 de la *Charte canadienne*. Cet article implique que l'interprétation du devoir de neutralité de l'État se fait non seulement en conformité avec les objectifs de protection de la *Charte canadienne*, mais également dans un but de promotion et d'amélioration de la diversité (*R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 95; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 757; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 758; *Big M*, p. 337-338; voir aussi J. E. Magnet, « Multiculturalism and Collective Rights », dans G.-A. Beaudoin et E. Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (4^e éd. 2005), 1259, p. 1265).

[75] I would add that, in addition to its role in promoting diversity and multiculturalism, the state's duty of religious neutrality is based on a democratic imperative. The rights and freedoms set out in the *Quebec Charter* and the *Canadian Charter* reflect the pursuit of an ideal: a free and democratic society. This pursuit requires the state to encourage everyone to participate freely in public life regardless of their beliefs (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136; *Big M*, at p. 346; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912, at para. 27; *Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158, at pp. 179 and 181-82; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 326). The state may not act in such a way as to create a preferential public space that favours certain religious groups and is hostile to others. It follows that the state may not, by expressing its own religious preference, promote the participation of believers to the exclusion of non-believers or vice versa.

[76] When all is said and done, the state's duty to protect every person's freedom of conscience and religion means that it may not use its powers in such a way as to promote the participation of certain believers or non-believers in public life to the detriment of others. It is prohibited from adhering to one religion to the exclusion of all others. Section 3 of the *Quebec Charter* imposes a duty on the state to remain neutral in this regard. Today, the state's duty of neutrality has become a necessary consequence of enshrining the freedom of conscience and religion in the *Canadian Charter* and the *Quebec Charter*.

[77] The Tribunal was therefore correct in holding that the state's duty of neutrality means that a state authority cannot make use of its powers to promote or impose a religious belief (paras. 209-11). As for Gagnon J.A., although he was aware of these principles, to which he referred, he found that absolute state neutrality is not possible from a constitutional point of view (para. 68). In his opinion, absolute neutrality is contrary to the state's duty to preserve its history, including its multireligious heritage (para. 69). A society's cultural reality precludes an excessively radical conception of state neutrality (paras. 70 and 74). He considered the

[75] J'ajouterai que, en plus de promouvoir la diversité et le multiculturalisme, l'obligation de neutralité religieuse de l'État relève d'un impératif démocratique. Les droits et libertés énumérés dans les chartes québécoise et canadienne traduisent la poursuite d'un idéal : celui d'une société libre et démocratique. La poursuite de cet idéal requiert de l'État qu'il encourage la libre participation de tous à la vie publique, quelle que soit leur croyance (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136; *Big M*, p. 346; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912, par. 27; *Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, p. 179 et 181-182; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 326). L'État ne peut agir de façon à créer un espace public privilégié qui serait favorable à certains groupes religieux mais hostile à d'autres. Il s'ensuit que l'État ne peut non plus favoriser, par l'expression de sa propre préférence religieuse, la participation des croyants à l'exclusion des incroyants, et vice versa.

[76] Somme toute, en raison de l'obligation qu'il a de protéger la liberté de conscience et de religion de chacun, l'État ne peut utiliser ses pouvoirs d'une manière qui favoriserait la participation de certains croyants ou incroyants à la vie publique au détriment des autres. Il lui est interdit d'adhérer à une religion à l'exclusion des autres. L'article 3 de la *Charte québécoise* lui impose l'obligation de demeurer neutre sur ce plan. L'obligation de neutralité de l'État est devenue aujourd'hui une conséquence nécessaire de la consécration de la liberté de conscience et de religion dans la *Charte canadienne* et dans la *Charte québécoise*.

[77] Par conséquent, le Tribunal a correctement décidé en statuant que, en raison de son obligation de neutralité, une autorité étatique ne peut instrumentaliser ses pouvoirs afin de promouvoir ou d'imposer une croyance religieuse (par. 209-211). Pour sa part, tout en étant conscient de ces enseignements auxquels il renvoie, le juge Gagnon a estimé que la neutralité absolue de l'État n'est pas envisageable d'un point de vue constitutionnel (par. 68). À ses yeux, cela serait contraire au devoir de l'État relativement à la préservation de son histoire, dont son héritage multiconfessionnel (par. 69). La réalité culturelle d'une société empêcherait une conception

concept of [TRANSLATION] “benevolent neutrality” to be more appropriate to define the state’s duty of religious neutrality (para. 76). It follows that the state’s duty of neutrality does not go so far as to require complete secularity (para. 79).

[78] With respect, what is in issue here is not complete secularity, but true neutrality on the state’s part and the discrimination that results from a violation of that neutrality. In this regard, contrary to what the Court of Appeal suggested, I do not think that the state’s duty to remain neutral on questions relating to religion can be reconciled with a benevolence that would allow it to adhere to a religious belief. State neutrality means — and the Court of Appeal in fact agreed with this (at paras. 76 and 78) — that the state must neither encourage nor discourage any form of religious conviction whatsoever. If the state adheres to a form of religious expression under the guise of cultural or historical reality or heritage, it breaches its duty of neutrality. If that religious expression also creates a distinction, exclusion or preference that has the effect of nullifying or impairing the right to full and equal recognition and exercise of freedom of conscience and religion, there is discrimination.

[79] In my opinion, this is where the problem lies. I will return to this after discussing how the state might breach this duty of neutrality and interfere in a discriminatory manner with freedom of conscience and religion.

(2) Interference by the State With Freedom of Conscience and Religion

[80] The state might interfere with freedom of conscience and religion by, for example, adopting a statute, regulations or a by-law, or it might do so where its officials, in performing their functions, engage in a practice that is in breach of its duty of neutrality. Both of these possibilities apply in the case of the violations of ss. 3 and 10 of the *Quebec Charter* alleged by the appellants.

trop radicale de la neutralité de l’État (par. 70 et 74). Selon lui, la notion de « neutralité bienveillante » conviendrait mieux pour définir l’obligation de neutralité religieuse de l’État (par. 76). Il s’ensuivrait que l’obligation de neutralité de l’État ne va pas jusqu’à exiger l’imposition de la laïcité intégrale (par. 79).

[78] Avec égards, le présent débat ne porte pas sur la laïcité intégrale, mais bien sur la neutralité réelle de l’État et la discrimination qui résulte de son non-respect. À ce chapitre, contrairement à ce que suggère la Cour d’appel, je ne crois pas que l’obligation de l’État de demeurer neutre en matière religieuse soit conciliable avec une bienveillance qui lui permettrait d’adhérer à une croyance religieuse. La neutralité de l’État, comme en convient d’ailleurs la Cour d’appel (par. 76 et 78), impose à celui-ci de ne pas encourager ni décourager quelque forme de conviction religieuse que ce soit. Si, sous le couvert d’une réalité culturelle, historique ou patrimoniale, l’État adhère à une forme d’expression religieuse, il ne respecte pas son obligation de neutralité. Quand cette expression religieuse crée, en outre, une distinction, exclusion ou préférence qui a pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l’exercice de la liberté de conscience et de religion, une discrimination existe.

[79] À mon avis, c’est là que le bât blesse ici. J’y reviendrai après avoir rappelé comment l’État peut manquer à cette obligation de neutralité et porter atteinte, de façon discriminatoire, à la liberté de conscience et de religion.

(2) L’atteinte par l’État à la liberté de conscience et de religion

[80] L’État peut porter atteinte à la liberté de conscience et de religion notamment par l’adoption d’une loi ou d’un règlement, ou lorsque ses représentants, dans l’exercice de leurs fonctions, se livrent à une pratique qui contrevient à son obligation de neutralité. Pour l’examen des allégations de violation des art. 3 et 10 de la *Charte québécoise* que soulèvent les appelants, ces deux éventualités sont pertinentes.

[81] A provision of a statute, of regulations or of a by-law will be inoperative if its purpose is religious and therefore cannot be reconciled with the state's duty of neutrality. The legislation, including its preamble, its structure and its evolution, as well as its context and the legislative debate, are all indicators that can be used to delineate the provision's purpose (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at pp. 274-87). The legislative objective cannot be to impose or favour, or to express or profess, one belief to the exclusion of all others. A typical example of a legislative breach of the duty of neutrality would be a situation in which the state enacted legislation whose purpose was to make the observance of a religious practice mandatory (see *Big M*).

[82] Although the rules for determining whether a provision of a statute, of regulations or of a by-law infringes freedom of conscience and religion are well established, this appeal does not relate strictly to a legislative provision. The respondents adopted the By-law to regulate the recitation of the prayer, but the complaint filed with the Commission was not limited to this. Moreover, the By-law was adopted after the complaint had been filed. The complaint also concerned a practice engaged in by the mayor and municipal councillors, namely the recitation of a prayer. Where the purpose of an impugned provision is to regulate a practice engaged in by state officials that is itself being challenged, the analysis of the provision must also take account of the practice it regulates.

[83] In a case like this one in which a complaint of discrimination based on religion concerns a state practice, the alleged breach of the duty of neutrality must be established by proving that the state is professing, adopting or favouring one belief to the exclusion of all others (*S.L.*, at para. 32) and that the exclusion has resulted in interference with the complainant's freedom of conscience and religion (see *Boisbriand*, at para. 85; *Bergevin*, at p. 538; *Forget*, at p. 98).

[84] First, because of the duty of religious neutrality with which it is required to comply, the state may not profess, adopt or favour one belief to the

[81] Une disposition législative ou réglementaire sera inopérante lorsque son objet est religieux, et donc inconciliable avec l'obligation de neutralité de l'État. Le texte de loi, incluant son préambule, sa structure et son évolution, mais aussi son contexte et les débats parlementaires, sont autant d'indices qui permettent de circonscrire cet objet (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 274-287). L'objectif législatif ne peut viser à imposer ou à favoriser, ou encore, à exprimer ou à professer une croyance à l'exclusion des autres. Un exemple typique de manquement législatif au devoir de neutralité est celui où l'État adopte une loi qui a pour objet de rendre obligatoire l'observance d'une pratique religieuse (voir *Big M*).

[82] Bien que les règles qui permettent de décider si une loi ou un règlement contrevient à la liberté de conscience et de religion soient bien établies, ce pourvoi ne porte pas strictement sur une disposition à caractère législatif. Si les intimés ont adopté le Règlement pour encadrer la récitation de la prière, la plainte déposée devant la Commission ne se limite pas à celui-ci. L'adoption du Règlement est d'ailleurs postérieure à la plainte. Celle-ci porte aussi sur l'exercice d'une pratique du maire et des conseillers municipaux, soit la récitation d'une prière. Lorsque la disposition attaquée vise à encadrer une pratique des représentants de l'État qui est elle aussi contestée, l'analyse de la disposition doit également tenir compte de la pratique qu'elle encadre.

[83] Dans une plainte de discrimination fondée sur la religion visant une pratique de l'État comme en l'espèce, le manquement reproché au devoir de neutralité exige la preuve que l'État professe, adopte ou favorise une croyance à l'exclusion des autres (*S.L.*, par. 32) et que l'exclusion engendre une atteinte à la liberté de conscience et de religion du plaignant (voir *Boisbriand*, par. 85; *Bergevin*, p. 538; *Forget*, p. 98).

[84] En premier lieu, l'État ne peut, en raison de l'obligation de neutralité religieuse qui s'impose à lui, professer, adopter ou favoriser une croyance à

exclusion of all others. Obviously, the state itself cannot engage in a religious practice, so the practice would be one engaged in by one or more state officials, who would have to be acting in the performance of their functions. Where state officials, in the performance of their functions, profess, adopt or favour one belief to the exclusion of all others, the first two criteria for discrimination mentioned above, namely that there be an exclusion, distinction or preference and that it be based on religion, are met.

[85] Second, the state practice must have the effect of interfering with the individual's freedom of conscience and religion, that is, impeding the individual's ability to act in accordance with his or her beliefs. On the other hand, it is not the case that every burden on an individual's freedom, even the most insignificant, constitutes discriminatory interference:

This does not mean, however, that every burden on religious practices is offensive to the constitutional guarantee of freedom of religion. It means only that indirect or unintentional burdens will not be held to be outside the scope of *Charter* protection on that account alone. Section 2(a) does not require the legislatures to eliminate every miniscule state-imposed cost associated with the practice of religion. . . . The Constitution shelters individuals and groups only to the extent that religious beliefs or conduct might reasonably or actually be threatened. For a state-imposed cost or burden to be proscribed by s. 2(a) it must be capable of interfering with religious belief or practice. In short, legislative or administrative action which increases the cost of practising or otherwise manifesting religious beliefs is not prohibited if the burden is trivial or insubstantial . . . [Emphasis added.]

(*Edwards Books*, at p. 759)

[86] In *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, at paras. 56-59, the Court developed a test for determining whether freedom of conscience and religion has been infringed. To conclude that an infringement has occurred, the court or tribunal must (1) be satisfied that the complainant's belief is sincere, and (2) find that the

l'exclusion des autres. Il est évident que l'État lui-même ne peut se livrer à une pratique religieuse; celle-ci doit donc être celle d'un ou plusieurs de ses représentants, dans la mesure où ils agissent dans le cadre de leurs fonctions. Quand, dans l'exercice de leurs fonctions, les représentants de l'État professent, adoptent ou favorisent une croyance à l'exclusion des autres, les deux premiers critères de la discrimination mentionnés plus haut, soit l'existence d'une exclusion, distinction ou préférence fondée sur la religion, sont établis.

[85] En second lieu, la pratique de l'État doit avoir pour effet d'attenter à la liberté de conscience et de religion de l'individu, soit d'entraver sa capacité d'agir conformément à ses croyances. Par contre, ce ne sont pas toutes les entraves à la liberté d'un justiciable, aussi mineures soient-elles, qui se traduisent en atteintes discriminatoires :

Cela ne veut pas dire cependant que toute entrave à certaines pratiques religieuses porte atteinte à la liberté de religion garantie par la Constitution. Cela signifie uniquement qu'une entrave indirecte ou involontaire ne sera pas, de ce seul fait, considérée comme non assujettie à la protection de la *Charte*. L'alinéa 2a) n'exige pas que les législatures éliminent tout coût, si infime soit-il, imposé par l'État relativement à la pratique d'une religion. [. . .] La Constitution ne protège les particuliers et les groupes que dans la mesure où des croyances ou un comportement d'ordre religieux pourraient être raisonnablement ou véritablement menacés. Pour qu'un fardeau ou un coût imposé par l'État soit interdit par l'al. 2a), il doit être susceptible de porter atteinte à une croyance ou pratique religieuse. Bref, l'action législative ou administrative qui accroît le coût de la pratique ou de quelque autre manifestation des croyances religieuses n'est pas interdite si le fardeau ainsi imposé est négligeable ou insignifiant . . . [Je souligne.]

(*Edwards Books*, p. 759)

[86] Dans *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 56-59, la Cour a élaboré une analyse pour déterminer l'existence ou non d'une atteinte à la liberté de conscience et de religion. Pour conclure qu'il existe une atteinte, le tribunal doit (1) être convaincu de la sincérité de la croyance du plaignant et (2) constater une

complainant's ability to act in accordance with his or her beliefs has been interfered with in a manner that is more than trivial or insubstantial (see also *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 32; *Bruker v. Marcovitz*, 2007 SCC 54, [2007] 3 S.C.R. 607, at para. 67; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, at para. 34). Such an infringement, where it arises from a distinction based on religion, impairs the right to full and equal exercise of freedom of conscience and religion (*Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 786-87; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790, at pp. 817-19). The result is discrimination that is contrary to that freedom and to the state's duty of religious neutrality that flows from it.

[87] This being said, it must be recognized that the Canadian cultural landscape includes many traditional and heritage practices that are religious in nature. Although it is clear that not all of these cultural expressions are in breach of the state's duty of neutrality, there is also no doubt that the state may not consciously make a profession of faith or act so as to adopt or favour one religious view at the expense of all others. In this regard, I note with interest a passage from the report of the Consultation Commission on Accommodation Practices Related to Cultural Differences (Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, *Building the Future: A Time for Reconciliation* (2008)). The Quebec government had given this commission a mandate to study the question of religious accommodation in the Quebec context in 2007. In its report, the Commission urged that the following distinction be made:

However, we must avoid maintaining practices that in point of fact identify the State with a religion, usually that of the majority, simply because they now seem to have only heritage value. [p. 152]

[88] Thus, it is essential to review the circumstances carefully. If they reveal an intention to profess, adopt or favour one belief to the exclusion of all others, and if the practice at issue interferes with

entrave plus qu'insignifiante ou négligeable à la capacité du plaignant à agir en conformité avec ses croyances (voir aussi *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 32; *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54, [2007] 3 R.C.S. 607, par. 67; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 34). L'existence d'une telle atteinte, lorsque celle-ci découle d'une distinction fondée sur la religion, compromet le droit à l'exercice, en pleine égalité, de la liberté de conscience et de religion (*Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 786-787; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, p. 817-819). Il y a alors une discrimination contrevenant à cette liberté et au devoir de neutralité religieuse de l'État qui en découle.

[87] Cela dit, force est de reconnaître que l'on trouve dans le paysage culturel canadien de nombreuses pratiques traditionnelles et patrimoniales à caractère religieux. S'il est clair que ce ne sont pas toutes ces manifestations culturelles qui violent l'obligation de neutralité de l'État, il est également certain que l'État ne peut se livrer sciemment à une profession de foi ou agir de façon à adopter ou favoriser une perspective religieuse au détriment des autres. Sur ce point, je note avec intérêt un passage du rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, *Fonder l'avenir : Le temps de la conciliation* (2008). Le gouvernement du Québec a mandaté cette commission en 2007 pour étudier la question des accommodements religieux dans le contexte québécois. Dans son rapport, elle invite à faire la distinction suivante :

Il faut cependant éviter que des pratiques qui constituent dans les faits une forme d'identification de l'État à une religion – la plupart du temps celle de la majorité – soient maintenues sous prétexte qu'elles ne comporteraient plus aujourd'hui qu'une valeur patrimoniale. [p. 152]

[88] Un examen attentif des circonstances est donc primordial. Lorsqu'elles dénotent une volonté de professer, d'adopter ou de favoriser une croyance à l'exclusion des autres, et que la pratique en litige

the freedom of conscience and religion of one or more individuals, it must be concluded that the state has breached its duty of religious neutrality. This is true regardless of whether the practice has a traditional character.

[89] Where, as in the instant case, the impugned practice is regulated by a legislative provision, however, it might be possible for the state to justify its discriminatory effect. Thus, where a provision of a statute, of regulations or of a by-law is in breach of the state's duty of neutrality in its effect, the state can invoke s. 9.1 of the *Quebec Charter*:

9.1. In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

[90] This section gives the state the possibility of showing that a provision that, in its effect, infringes an individual's freedom of conscience and religion constitutes a reasonable and justified limit on that freedom in a free and democratic society. This means that the criteria developed by the Court in interpreting s. 1 of the *Canadian Charter* apply to the interpretation of s. 9.1 (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 980; *Ford*, at pp. 769-71). The impugned provision must therefore satisfy the justification test enunciated in *Oakes*, which requires the state to prove on a balance of probabilities (1) that the legislative objective is of sufficient importance, in the sense that it relates to pressing and substantial concerns, and (2) that the means chosen to achieve the objective are proportional. This second requirement has three components: (i) the means chosen must be rationally connected to the objective; (ii) they must impair the right in question as little as possible; and (iii) they must not so severely trench on individual or group rights that the objective is outweighed by the seriousness of the intrusion (*Edwards Books*, at pp. 768-69).

[91] The foregoing comments will serve as a basis for determining whether the City and its mayor,

porte atteinte à la liberté de conscience et de religion d'un ou plusieurs individus, on doit conclure que l'État contrevient à son obligation de neutralité religieuse. Cette conclusion demeure peu importe le caractère traditionnel de la pratique.

[89] Par ailleurs, lorsque la pratique contestée est encadrée par une disposition à caractère législatif comme c'est le cas en l'espèce, l'État peut en justifier les effets discriminatoires. Ainsi, lorsqu'une loi ou un règlement contrevient, par ses effets, à l'obligation de neutralité de l'État, ce dernier peut invoquer l'art. 9.1 de la *Charte québécoise* :

9.1. Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

[90] Cet article 9.1 offre à l'État la possibilité de démontrer que la disposition dont les effets attentent à la liberté de conscience et de religion d'un individu constitue une limite raisonnable et justifiée à cette liberté dans le cadre d'une société libre et démocratique. En ce sens, l'article renvoie aux critères élaborés par la Cour dans son interprétation de l'article premier de la *Charte canadienne* (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 980; *Ford*, p. 769-771). La disposition contestée doit donc satisfaire aux critères de l'analyse justificative énoncée dans l'arrêt *Oakes*. Selon cette analyse, il incombe à l'État de démontrer, par une preuve prépondérante, que (1) l'objectif législatif est suffisamment important, c'est-à-dire qu'il se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles, et (2) les moyens choisis pour le réaliser sont proportionnels. Ce deuxième critère exige la démonstration de trois éléments : (i) les moyens choisis ont un lien rationnel avec l'objectif; (ii) ils attentent le moins possible au droit en question; (iii) ils n'empiètent pas sur les droits individuels ou collectifs au point où l'objectif est supplanté par la gravité de l'empiétement (*Edwards Books*, p. 768-769).

[91] C'est sur la base de ces remarques que je me propose de déterminer si, par la récitation de la

by the recitation of the prayer and the adoption of the By-law, violated ss. 3 and 10 of the *Quebec Charter*.

(3) Application to the Facts

(a) *Positions of the Parties*

[92] The appellants submit that the Tribunal was right to find that the prayer at issue was a religious practice associated with Catholicism (paras. 229-38 and 244). In light of the wording of the prayer, of the preamble to the by-law in which it is set out, of the actions of the mayor and the councillors while it was recited, of the fact that there were religious symbols in the council chambers, and of the overall context, the appellants maintain, as did the Tribunal, that the prayer was eminently religious (paras. 239-44). They counter the respondents' expert evidence suggesting that the prayer had no religious significance by pointing to the Tribunal's conclusion that the evidence as a whole shows the opposite to be true. They add that a prayer, even a non-denominational one, is a religious practice that excludes atheists and agnostics.

[93] Moreover, the Tribunal noted the sincerity of Mr. Simoneau's atheism, as well as the discomfort and unpleasantness he felt and "the severe exclusionary and isolating impact" the respondents' practice had on him (para. 265). It also found that the prayer and the exhibiting of religious symbols constituted discriminatory interference with his freedom of conscience and religion (paras. 263-65 and 270). To the appellants, all these factors show that the Tribunal's decision with respect to the findings of fact that are central to the case and fall squarely within its area of expertise was reasonable.

[94] The respondents counter that the context must be disregarded, given that the appeal concerns only the prayer. In their opinion, the Court of Appeal was right to dissociate the prayer from the mayor's gestures and comments. The respondents state, relying on the Court of Appeal's findings on this point, that the prayer was non-denominational, could be identified with no particular religion and favoured none. The Court of Appeal preferred the

prière et l'adoption du Règlement, la Ville et son maire ont contrevenu aux art. 3 et 10 de la *Charte québécoise*.

(3) Application aux faits

a) *Les positions de chacun*

[92] Les appelants plaident que le Tribunal a eu raison de conclure que la prière en cause est une pratique religieuse associée au catholicisme (par. 229-238 et 244). Compte tenu du texte de la prière, du préambule du Règlement qui l'encadre, du comportement du maire et des conseillers dans sa récitation, de la présence de symboles religieux dans les salles de délibérations et du contexte global, ils soutiennent, comme le Tribunal, que la prière est éminemment religieuse (par. 239-244). À la preuve d'expert des intimés qui suggérait que la prière n'a aucune signification religieuse, les appelants opposent la conclusion du Tribunal voulant que l'ensemble de la preuve révèle le contraire. Ils ajoutent qu'une prière, même non confessionnelle, demeure une pratique religieuse qui exclut les athées et les agnostiques.

[93] Par ailleurs, le Tribunal a noté la sincérité de l'athéisme de M. Simoneau, ainsi que le malaise et l'inconfort dont il souffre et « l'effet sévère d'exclusion et d'isolement » que lui cause la pratique des intimés (par. 265). Il a en outre conclu que la prière et l'exposition de symboles religieux portaient atteinte de façon discriminatoire à la liberté de conscience et de religion de M. Simoneau (par. 263-265 et 270). Pour les appelants, tout cela témoigne du caractère raisonnable de la décision du Tribunal sur les questions factuelles centrales du litige qui se situent au cœur de son expertise.

[94] Les intimés rétorquent que l'on doit faire abstraction du contexte, car le pourvoi ne porte que sur la prière. À leur avis, la Cour d'appel a à juste titre dissocié la prière des agissements et des paroles du maire. S'appuyant sur les conclusions de la Cour d'appel sur cet aspect, les intimés affirment que la prière est non confessionnelle, ne s'identifie à aucune religion particulière et n'en favorise aucune. Préférant l'opinion des experts des intimés, la

opinion of the respondents' experts, finding that "the values expressed by the prayer at issue are universal and cannot be identified with any particular religion" (para. 88). It rejected the argument that a prayer excludes atheists and agnostics even if it is non-denominational (paras. 97 et seq.). In the court's view, it could not be concluded that "the City's [state] activities were, because of this prayer, under any particular religious influence" (para. 107).

[95] At the hearing in this Court, on the other hand, the respondents conceded that even a non-denominational prayer is religious in nature. They nevertheless submit that to prevent the City from expressing its belief would be to give atheism and agnosticism precedence over religions. They add that a religious prayer is valid because the theism of the Canadian state is entrenched in the Constitution by the reference to the supremacy of God in the preamble to the *Canadian Charter*. They also point out that the prayer in the By-law is copied from the one recited by the Speaker of the House of Commons before that body commences its meetings. The respondents argue that, given that the City's prayer can in no way be said to have coerced Mr. Simoneau to do anything, any interference was at most trivial and insubstantial. That is what the Court of Appeal held (para. 115). Given that there was no appreciable interference, there was no discrimination, and at any rate, the alleged injury was non-existent (paras. 129, 132 and 136).

(b) *Analysis of the Relevant Evidence*

[96] On the evidence in the record, I find that it was reasonable for the Tribunal to conclude that the City's prayer is in fact a practice of a religious nature. Once the Tribunal had established the scope of the state's duty of neutrality in relation to freedom of conscience and religion, whether the practice and the By-law were religious in nature was a question of fact that fell squarely within its jurisdiction. Its decision on this point was supported by reasons that were both extensive and intelligible. The Court of Appeal was required to show deference and could not therefore substitute its own opinion on the facts for that of the expert decision-maker.

Cour d'appel a conclu que « les valeurs exprimées par la prière litigieuse sont universelles et qu'elles ne s'identifient à aucune religion en particulier » (par. 88). Elle a rejeté l'argument voulant qu'une prière, même non confessionnelle, exclue les athées et les agnostiques (par. 97 et suiv.). À ses yeux, l'on ne saurait conclure que « l'activité étatique de la Ville, du fait de cette prière, était sous une influence religieuse particulière » (par. 107).

[95] À l'audience devant notre Cour, les intimés ont par contre reconnu que la prière, même non confessionnelle, est de nature religieuse. Ils avancent néanmoins qu'empêcher la Ville d'exprimer sa croyance ferait prévaloir l'athéisme et l'agnosticisme sur les religions. En outre, une prière religieuse serait valide selon eux, puisque le théisme de l'État canadien aurait été constitutionnalisé par la mention de la suprématie de Dieu dans le préambule de la *Charte canadienne*. Ils précisent que la prière du Règlement est de plus calquée sur celle récitée par le Président avant l'ouverture des séances de délibérations de la Chambre des communes. Comme la prière de la Ville n'a, à tous égards, aucun effet coercitif sur M. Simoneau, l'entrave subie est au mieux insignifiante et négligeable selon les intimés. C'est ce qu'a décidé la Cour d'appel (par. 115). Vu l'absence d'entrave appréciable, la discrimination serait absente, sans compter que le préjudice allégué serait de toute façon inexistant (par. 129, 132 et 136).

b) *L'analyse de la preuve pertinente*

[96] Eu égard à la preuve au dossier, je considère que le Tribunal pouvait raisonnablement conclure que la prière de la Ville est en réalité une pratique dont le caractère est religieux. Une fois dégagés les contours de l'obligation de neutralité de l'État en matière de liberté de conscience et de religion, statuer sur le caractère religieux de la pratique et du Règlement restait une question de fait au cœur de la compétence du Tribunal. Sa décision sur ce point est étayée par des motifs étoffés et intelligibles. La déférence due par la Cour d'appel commandait qu'elle ne substitue pas son opinion sur les faits à celle du décideur spécialisé.

(i) Context

[97] The background facts, which the Tribunal reviewed in detail, support the conclusion that the practice challenged by the appellants is religious in nature. I cannot accept the respondents' argument that the circumstances must be disregarded. In fact, the prayer has no meaning in this case unless it is recited by state officials. The actions of the mayor and the councillors and the context of the recitation of the prayer are at the heart of the appeal. I will consider four determinative aspects of this context that the Tribunal stressed in its decision.

[98] First, the City was created in 2002 by amalgamating seven municipalities. Before the amalgamation, it was only in some of these municipalities that a prayer was recited before municipal council meetings. And in the City itself, the practice was implemented only in 2002. Thus, the "tradition" on which it is supposedly based is a fairly recent one and is not as significant as the Court of Appeal suggests.

[99] Second, no by-law governed the prayer between 2002 and November 2008. The practice is one established by the municipal council and its mayor. The words of the original prayer were clearly identified with religion and with Catholicism. That prayer began [TRANSLATION] "[o] God, eternal and almighty" and acknowledged the presence of the divine being at the meeting. Those who recited it beseeched God to grant them the "enlightenment and energy necessary" to ensure that their deliberations would "promote the honour and the glory" of God. They attributed the "prosperity" as well as the "spiritual and material [well-being] of [the] city" to God. The prayer concluded with the word "[a]men".

[100] Third, although the wording was modified somewhat by the By-law as of 2008, the new wording changed neither the nature nor the substance of the prayer. Both wordings constituted an invocation to God, attributing benefits enjoyed by the City and its citizens to him, and asking him to guide the council's deliberations. Although the preamble to the By-law indicates that the By-law's purpose is

(i) Le contexte

[97] Le contexte factuel qu'a examiné en détail le Tribunal appuie sa conclusion suivant laquelle le caractère de la pratique contestée par les appelants est religieux. J'écarte l'argument des intimés voulant que l'on doive faire abstraction des circonstances. De fait, la prière n'a de sens en l'espèce que si elle est récitée par les représentants de l'État. Les agissements du maire et des conseillers et le contexte de la récitation de la prière sont au cœur du pourvoi. Je retiens quatre éléments décisifs de ce contexte sur lesquels le Tribunal insiste dans sa décision.

[98] Premièrement, la Ville est créée en 2002 par suite de la fusion de sept municipalités. Avant cette fusion, la récitation d'une prière au début des séances du conseil municipal n'avait lieu que dans certaines de ces municipalités. Pour la Ville par contre, la pratique n'est instaurée qu'en 2002. La « tradition » dont elle se réclame est plutôt récente. Elle n'a pas l'importance que la Cour d'appel lui attribue.

[99] Deuxièmement, de 2002 à novembre 2008, aucun règlement n'encadre la prière. Il s'agit d'une pratique du conseil municipal et de son maire. Le texte de cette prière initiale est clairement identifié à la religion et au catholicisme. La prière débute par « [ô] Dieu, éternel et tout puissant » et reconnaît la présence de l'être divin durant la séance. Ceux qui la récitent supplient Dieu de leur accorder la « lumière et l'énergie nécessaires », de façon à ce que les délibérations « soient destinées à promouvoir l'honneur et la gloire » de Dieu. On attribue à ce dernier la « prospérité », de même que le « bonheur spirituel et matériel de [la] ville ». La prière se termine par « [a]insi soit-il ».

[100] Troisièmement, bien que le Règlement en modifie quelque peu le libellé à compter de 2008, cela ne change ni la nature ni la substance de la prière. Il s'agit dans les deux cas d'une invocation à Dieu, lui attribuant les bénéfices accordés à la Ville et à ses citoyens, et lui demandant d'influencer les délibérations du conseil. Si le préambule du Règlement indique que celui-ci vise à « assurer le

to [TRANSLATION] “ensure decorum and highlight the importance of the work of the councillors”, it stresses above all the objective of continuing the tradition of reciting the prayer in accordance with the wish of the council’s members “to pursue it on the basis of their individual rights and freedoms, in particular their rights to freedom of expression, conscience and religion”. These recitals from the preamble show that the prayer was intended as support by the City for the religion professed by individual councillors.

[101] It is true that, unlike the practice from before the By-law was adopted, the one provided for in the By-law included a period of two minutes between the end of the prayer and the official opening of the meeting. This time would enable citizens who did not want to attend the recitation of the prayer to leave the chamber and to re-enter it only after the prayer had been completed. This solution adopted by the council of inviting citizens to physically leave the chamber for the duration of the prayer highlights the exclusive effect of the practice. Rather than limiting the religious nature of the By-law, the possibility so afforded accentuated it.

[102] Fourth, and lastly, the recitation of the prayer involved a ritual that reveals its true nature. At the start of every public meeting of the municipal council, its members entered the chamber one at a time as their names were called. The mayor and councillors then stood for the recitation of the prayer. The mayor and several councillors made the sign of the cross while the mayor said, speaking into the microphone, [TRANSLATION] “[i]n the name of the Father, the Son and the Holy Spirit”. He then recited the prayer, which ended with the same words, plus the word “[a]men”. This was done before the adoption of the By-law and continued to be done in the same way after it was adopted.

(ii) Expert Evidence

[103] In addition to this evidence regarding the context, on which the principal players, Mr. Simoneau and the mayor, testified at length, the Tribunal heard three experts — Solange Lefebvre and Gilles Bibeau

décorum et l’importance du travail des conseillers », il souligne surtout l’objectif de perpétuer la tradition consistant à réciter la prière, et ce, conformément au désir des membres du conseil de « la poursuivre en fonction de leurs droits et libertés individuelles, notamment la liberté d’expression, la liberté de conscience et de religion ». Ces attendus montrent que la prière se veut un appui de la Ville à la religion que préconisent individuellement les membres du conseil.

[101] Il est vrai que, à la différence de la pratique antérieure à l’adoption du Règlement, ce dernier prévoit une période de deux minutes entre la fin de la prière et l’ouverture officielle de la séance de délibération. Ce délai vise à permettre aux citoyens qui ne veulent pas assister à la prière de se retirer de la salle et de ne revenir qu’une fois celle-ci terminée. Cette solution qu’a adoptée le conseil, c’est-à-dire inviter les citoyens à quitter physiquement la salle le temps de la prière, fait ressortir l’effet d’exclusion de la pratique. Cette possibilité n’atténue pas le caractère religieux du Règlement, mais au contraire l’accentue.

[102] Enfin, quatrième, la récitation de la prière suit un rituel révélateur de son caractère véritable. Au début de chaque séance publique du conseil municipal, ses membres font leur entrée dans la salle suivant l’appel de leur nom respectif. Le maire et les conseillers de la Ville se tiennent ensuite debout pour la récitation de la prière. Le maire et plusieurs conseillers font un signe de croix pendant que le premier prononce au micro la formule « [a]u nom du Père, du Fils et du Saint-Esprit ». Il récite ensuite la prière, qui se termine par la même formule, en plus du mot « [a]men ». Ce comportement, qui avait cours avant l’adoption du Règlement, est demeuré le même par la suite.

(ii) La preuve d’expert

[103] Hormis ce contexte, sur lequel ont longuement témoigné les acteurs principaux, M. Simoneau et le maire, le Tribunal a entendu trois experts sur la portée et la nature religieuse de la prière : Solange

for the respondents, and Daniel Baril for the appellants — on the religious significance and nature of the prayer. The Tribunal ultimately found that Mr. Baril’s testimony was most consistent with the evidence as a whole as regards the [TRANSLATION] “religious [significance] of the prayer” (para. 240).

[104] In the Court of Appeal’s view, the Tribunal had erred in choosing [TRANSLATION] “to purely and simply adhere to [Mr. Baril’s] opinion” (para. 45). Gagnon J.A. stated that the Tribunal had failed to assess this expert’s credibility although there were a number of reasons why his independence and impartiality might be open to question, including the fact that he was an advocate for secularization of the state. Gagnon J.A. also noted Mr. Baril’s ties with the MLQ, of which he was a co-founder and a member. Because of this relationship with a party and of the stands Mr. Baril had taken in the past, Gagnon J.A. found that he “does not meet the requirements of objectivity and impartiality that are indispensable to the status of expert” (para. 50). Gagnon J.A. criticized the Tribunal for having failed to undertake “a review of the grounds for disqualification of the witness Baril” (para. 54), whom he considered, ultimately, “not qualified” to testify (para. 52). In his view, “[a] well-informed person, aware of the duty of impartiality that must animate any expert called to appear before a court, would easily agree that the witness Baril lacked the necessary [distance] to act in this case” (para. 51). In sum, the Tribunal had erred in qualifying Mr. Baril as an expert (para. 54). In the Court of Appeal’s view, it must intervene if a palpable and overriding error has been made in assessing the probative value of the expert’s opinion (paras. 49, 50 and 54).

[105] In my opinion, the Court of Appeal should not have intervened in this regard. The qualification of an expert and the assessment of the probative value of his or her testimony or opinion are evidentiary issues that require deference, especially given that s. 123 of the *Quebec Charter* confers considerable flexibility on the Tribunal in such matters. It is not open to a reviewing court to carry out its own assessment of the probative value of an expert’s testimony or opinions simply because it disagrees with the Tribunal’s assessment.

Lefebvre et Gilles Bibeau pour les intimés; Daniel Baril pour les appelants. Au bout du compte, le Tribunal a estimé que le témoignage de M. Baril était le plus cohérent avec l’ensemble de la preuve, laquelle démontre la « portée religieuse de la prière » (par. 240).

[104] La Cour d’appel reproche au Tribunal d’avoir choisi « d’adhérer purement et simplement à [la] théorie » de M. Baril (par. 45). Selon le juge Gagnon, le Tribunal a omis d’évaluer la crédibilité de cet expert, alors que plusieurs éléments permettaient de questionner son indépendance et son impartialité, notamment le militantisme de M. Baril en faveur de la laïcité de l’État. Le juge Gagnon souligne aussi les liens de ce dernier avec le MLQ, dont il est cofondateur et membre. En raison de ce lien avec une partie et de ses prises de position antérieures, il conclut que M. Baril « ne répond pas aux exigences d’objectivité et d’impartialité indispensables au statut d’expert » (par. 50). Le juge Gagnon critique le Tribunal pour son omission de se livrer « à l’étude des causes de récusation du témoin Baril » (par. 54), qu’il considère en définitive « inhabile » à témoigner (par. 52). À son avis, « [u]ne personne bien renseignée, consciente de l’obligation d’impartialité qui doit animer tout expert appelé à se présenter devant un tribunal, conviendrait aisément que le témoin Baril n’avait pas le recul nécessaire pour agir dans cette affaire » (par. 51). En somme, le Tribunal aurait commis une erreur en reconnaissant à M. Baril la qualité d’expert (par. 54). Pour la cour, une intervention s’impose s’il y a erreur manifeste et déterminante dans l’appréciation de la valeur probante de l’opinion de l’expert (par. 49, 50 et 54).

[105] J’estime que la Cour d’appel n’aurait pas dû intervenir sur ce point. La qualification d’un expert et l’appréciation de la valeur probante de son témoignage ou de son opinion sont des questions de preuve qui commandent la déférence, d’autant plus que l’art. 123 de la *Charte québécoise* accorde au Tribunal une grande flexibilité en la matière. Il ne suffit pas que la cour de révision soit en désaccord avec la valeur probante que le Tribunal accorde aux témoignages ou opinions d’un expert pour être justifiée d’y substituer sa propre appréciation.

[106] I agree that the independence and impartiality of an expert are very important factors. It is well established that an expert’s opinion must be independent, impartial and objective, and given with a view to providing assistance to the decision maker (J.-C. Royer and S. Lavallée, *La preuve civile* (4th ed. 2008), at No. 468; D. Béchar, with the collaboration of J. Béchar, *L’expert* (2011), chap. 9; *An Act to establish the new Code of Civil Procedure*, S.Q. 2014, c. 1, s. 22 (not yet in force)). However, these factors generally have an impact on the probative value of the expert’s opinion and are not always insurmountable barriers to the admissibility of his or her testimony. Nor do they necessarily “disqualify” the expert (L. Ducharme and C.-M. Panaccio, *L’administration de la preuve* (4th ed. 2010), at Nos. 590-91 and 605). For expert testimony to be inadmissible, more than a simple appearance of bias is necessary. The question is not whether a reasonable person would consider that the expert is not independent. Rather, what must be determined is whether the expert’s lack of independence renders him or her incapable of giving an impartial opinion in the specific circumstances of the case (D. M. Paciocco, “Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System: Strategies for Changing the Tune on Partial Experts” (2009), 34 *Queen’s L.J.* 565, at pp. 598-99). A challenge to a trial judge’s decision to qualify an expert witness, like a challenge to a finding that the expert is independent and impartial, requires consideration of, *inter alia*, the substance of the expert’s opinion.

[107] In the instant case, even though the Tribunal did not discuss Mr. Baril’s independence and impartiality in detail, it was very aware of his relationship with the MLQ and of his views with respect to secularism, as can be seen from the following comments:

[TRANSLATION] Mr. Baril is one of the founders of the Mouvement laïque québécois, of which he was president. At the time of the trial, he was its vice-president. He described himself as[, among other things,] an activist for secularism, which he defined on the basis of two principles: freedom of conscience and the separation of church and state. [para. 178]

[106] L’indépendance et l’impartialité d’un expert sont des facteurs certes importants, j’en conviens. Il est acquis que l’expert doit fournir une opinion indépendante, impartiale et objective, en vue d’aider le décideur (J.-C. Royer et S. Lavallée, *La preuve civile* (4^e éd. 2008), n^o 468; D. Béchar, avec la collaboration de J. Béchar, *L’expert* (2011), chap. 9; *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, L.Q. 2014, c. 1, art. 22 (non encore en vigueur)). Par contre, ces facteurs influencent généralement la valeur probante de l’opinion de l’expert et ne sont pas toujours des obstacles incontournables à l’admissibilité de son témoignage. Ils ne rendent pas non plus le témoin expert nécessairement « inhabile » (L. Ducharme et C.-M. Panaccio, *L’administration de la preuve* (4^e éd. 2010), n^{os} 590-591 et 605). Pour qu’un témoignage d’expert soit inadmissible, il faut plus qu’une simple apparence de partialité. La question n’est pas de savoir si une personne raisonnable considérerait que l’expert n’est pas indépendant. Il faut plutôt déterminer si le manque d’indépendance de l’expert le rend de fait incapable de fournir une opinion impartiale dans les circonstances propres à l’instance (D. M. Paciocco, « Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System : Strategies for Changing the Tune on Partial Experts » (2009), 34 *Queen’s L.J.* 565, p. 598-599). La remise en question de la décision d’un juge d’instance de reconnaître à un témoin la qualité d’expert, comme celle de le juger indépendant et impartial, exige notamment la prise en compte de la substance de l’opinion offerte.

[107] En l’espèce, si le Tribunal ne traite pas en détail de l’indépendance et de l’impartialité de M. Baril, il est toutefois bien conscient des liens de celui-ci avec le MLQ et de ses opinions sur la laïcité, comme en font foi les observations suivantes :

Monsieur Baril est l’un des fondateurs du Mouvement laïque québécois, dont il a été président. Au moment du procès, il en est vice-président. Il se décrit comme étant notamment un militant pour la laïcité qu’il définit sur la base de deux principes : la liberté de conscience et la séparation de l’Église et de l’État. [par. 178]

I cannot therefore conclude that the Tribunal disregarded either this relationship between the expert and the party or the expert's general views with respect to secularism. It knew about them. I should add that a relationship between an expert and a party does not automatically disqualify the expert in every case.

[108] Furthermore, the assertion that the Tribunal adhered “purely and simply” to Mr. Baril’s opinion is inaccurate. On the contrary, the Tribunal discussed the substance of the testimony of the three experts at length. It was only after doing so that it decided to accept Mr. Baril’s testimony. It made this choice having regard in particular to the totality of the context I described above, about which the respondents’ experts had little to say. As for the Court of Appeal, it referred only briefly to the substance of Mr. Baril’s opinion in discussing the exact nature of the prayer. It described his vision of state secularism as “absolutism” (at paras. 81-82), then rejected his testimony and adopted the position of the respondents’ experts. Their testimony, which it described as a significant contribution to the debate, led the court to conclude that the values expressed in the prayer at issue are universal and belong to no religion in particular (paras. 83 and 88).

[109] With respect, I find, in light of this analysis and of the evidence as a whole, that the Tribunal’s conclusions on the issues of qualifying Mr. Baril as an expert and of the probative value of his opinion were not unreasonable. It was not open to the Court of Appeal to reverse them as it did.

[110] I wish to add two comments. First, on the disqualification issue, Gagnon J.A. referred to arts. 234 and 417 *C.C.P.* Those articles apply only to judges and to court-appointed experts, respectively. The grounds for recusation set out in them do not apply to experts proposed by the parties (Ducharme and Panaccio, at Nos. 1304 and 1334). The criteria applied where bias or the appearance of bias on the part of a judge is at issue differ from those applicable to actual bias on the part of a party’s expert. The rigour that is in order in the former case does not apply in the latter.

Je ne peux en conclure que le Tribunal a fait abstraction de ce lien entre l’expert et la partie ou de l’opinion générale du premier en matière de laïcité. Il est au fait de cette réalité. Je précise que le lien entre un expert et une partie ne le rend pas automatiquement inhabile dans chaque cas.

[108] Par ailleurs, il est inexact d’affirmer que le Tribunal adhère « purement et simplement » à l’opinion de M. Baril. Au contraire, dans sa décision, le Tribunal s’arrête longuement sur la substance du témoignage des trois experts. Ce n’est qu’au terme de cet examen qu’il décide de retenir celui de M. Baril. Il fait ce choix au regard notamment de l’ensemble du contexte que j’ai déjà décrit et sur lequel les experts des intimés s’attardent peu. Pour sa part, dans son examen de la nature exacte de la prière, la Cour d’appel ne discute que sommairement de la substance de l’opinion de M. Baril. Elle dénonce sa vision « absolutiste » de la laïcité de l’État (par. 81-82), avant d’écarter son témoignage et d’adopter le point de vue des experts des intimés. Leur témoignage respectif, qu’elle qualifie de contribution significative au débat, amène la cour à conclure que les valeurs exprimées par la prière litigieuse sont universelles et n’appartiennent à aucune religion particulière (par. 83 et 88).

[109] Avec égards, compte tenu de cette analyse et de l’ensemble de la preuve, les conclusions du Tribunal sur la qualité de l’expert Baril pour témoigner et sur la valeur probante de son opinion ne m’apparaissent pas déraisonnables. La Cour d’appel ne pouvait les écarter comme elle l’a fait.

[110] J’ajouterai deux remarques. D’abord, sur la question de la récusation, le juge Gagnon renvoie aux art. 234 et 417 *C.p.c.* Ceux-ci ne s’appliquent respectivement qu’aux juges et aux experts nommés par un tribunal. Les causes de récusation qui s’y trouvent ne visent pas les experts proposés par les parties (Ducharme et Panaccio, nos 1304 et 1334). La partialité réelle ou apparente d’un juge s’apprécie au regard de critères différents de ceux qui régissent la partialité réelle de l’expert d’une partie. La rigueur qui s’applique au premier n’est pas la même.

[111] Second, the entire discussion on Mr. Baril's opinion with respect to state secularism, which the Court of Appeal stressed in its reasons, actually missed the point. The expert evidence of Mr. Baril and of the respondents' witnesses was relevant only to the determination of whether the prayer at issue was religious in nature. And that is exactly what the Tribunal used it for. Mr. Baril's opinion regarding the role of the state in religious matters goes to the definition of the state's duty of neutrality. That is a question of law that is within the jurisdiction of the courts. It is distinct from the expert's views on the religious nature and discriminatory effect of the prayer.

(iii) The Alleged Discrimination

[112] In light of the context and the evidence discussed above, the Tribunal concluded that there had been discriminatory interference with Mr. Simoneau's freedom of conscience and religion for the purposes of ss. 3 and 10 of the *Quebec Charter*. But the Court of Appeal found that Mr. Simoneau had not been treated unfairly in relation to other citizens who attended the council meetings (para. 131). Gagnon J.A. wrote [TRANSLATION] "that it has not been shown that Simoneau was the subject of a distinction in violation of the principles of substantive equality" (para. 130). He added that, "[i]n any event, the demonstration of harm is non-existent here" (para. 130).

1. *Exclusion Based on Religion*

[113] The Court of Appeal could not disregard the Tribunal's findings of fact regarding the existence of an exclusion based on religion unless they could be held to be unreasonable. The evidence does not support such a result. The deference the court owed precluded it from intervening rashly in this regard. In my opinion, it was open to the Tribunal to conclude that the municipality's practice, given its religious nature, was in breach of the state's duty of neutrality and resulted in an exclusion based on religion. The evidence shows that state officials, while performing their functions, engaged in a practice according to which the state professed, adopted or favoured one belief to the exclusion of all others. In

[111] Ensuite, toute la discussion au sujet de l'opinion de M. Baril concernant la laïcité de l'État et sur laquelle la Cour d'appel insiste constituait en réalité un faux débat. L'expertise de M. Baril et des témoins des intimés n'avait de pertinence qu'à l'égard de la détermination du caractère religieux ou non de la prière en litige. C'est précisément à cette fin que le Tribunal la considère. L'avis de M. Baril sur le rôle de l'État en matière religieuse se rapporte aux contours de l'obligation de neutralité de l'État. Il s'agit d'une question de droit qu'il appartient aux tribunaux d'élucider. Elle se distingue de l'opinion de l'expert sur le caractère religieux et les effets discriminatoires de la prière.

(iii) La discrimination reprochée

[112] Devant ce contexte et cette preuve, le Tribunal a conclu à une atteinte discriminatoire à la liberté de conscience et de religion de M. Simoneau au sens des art. 3 et 10 de la *Charte québécoise*. À l'inverse, la Cour d'appel a estimé que M. Simoneau n'est pas désavantagé par rapport aux autres citoyens qui assistent aux séances du conseil (par. 131). Le juge Gagnon écrit « qu'il n'a pas été démontré que M. Simoneau a été l'objet d'une distinction contrevenant aux principes de l'égalité réelle » (par. 130). Il ajoute que, de « toute manière, la démonstration d'un préjudice est ici inexistante » (par. 130).

1. *L'exclusion fondée sur la religion*

[113] La Cour d'appel ne pouvait écarter les conclusions factuelles du Tribunal sur l'existence d'une exclusion fondée sur la religion que si elles pouvaient être qualifiées de déraisonnables. À la lumière de la preuve administrée, ce ne saurait être le cas. La déférence imposait de ne pas intervenir à la légère à ce sujet. À mon avis, le Tribunal pouvait conclure que, vu son caractère religieux, la pratique de la municipalité contrevient au devoir de neutralité de l'État et engendre une exclusion fondée sur la religion. La preuve établit que les représentants de l'État, pendant qu'ils sont dans l'exercice de leurs fonctions, se livrent à une pratique par laquelle l'État professe, adopte et préfère

S.L., this Court wrote that a neutral state must show respect for all beliefs and that this includes the right to have no beliefs. The adoption of a practice and of a by-law by which the state professes, and thereby favours, a particular religion cannot be reconciled with that principle.

[114] The prayer was recited by the mayor and by municipal councillors at public meetings of the municipal council. There is no question that they were performing their functions at the time. The evidence also shows that the practice had a religious purpose. This was the finding of fact made by the Tribunal, which held that, given the religious nature of the practice, the City was displaying, conveying and favouring one belief to the exclusion of all others (para. 250). The Court of Appeal’s assertion (at para. 128) that the City was not under the influence of a religion or that it was not trying to impose its faith was in direct conflict with this finding, which, however, was far from unreasonable.

[115] On this point, I note that the Court of Appeal stressed that the state’s duty of neutrality does not require the elimination of every allusion to [TRANSLATION] “a society’s historical points of reference” (para. 98). It held that neutrality does not preclude “historical manifestations of the religious dimension of Quebec society, which, when viewed with proper perspective, cannot have the effect of undermining the neutrality of the various branches of the State” (para. 104). It considered the prayer to be one of a number of “mere references to religious heritage” (para. 107).

[116] I concede that the state’s duty of neutrality does not require it to abstain from celebrating and preserving its religious heritage. But that cannot justify the state engaging in a discriminatory practice for religious purposes, which is what happened in the case of the City’s prayer. The mayor’s public declarations are revealing of the true function of the council’s practice:

[TRANSLATION] I’m in this battle because I worship Christ.

When I get to the hereafter, I’m going to be able to be a little proud. I’ll be able to say to Him: “I fought for You;

une croyance à l’exclusion des autres. Dans *S.L.*, la Cour écrit qu’un État neutre doit respecter toutes les croyances, y compris le droit de n’en avoir aucune. Le fait d’adopter une pratique et un règlement par lesquels l’État professe, et ainsi favorise, une religion particulière est inconciliable avec cet énoncé.

[114] La prière est récitée par le maire et les conseillers municipaux lors des séances publiques du conseil municipal. Il ne fait aucun doute qu’ils sont alors dans l’exercice de leurs fonctions. La preuve fait aussi ressortir la finalité religieuse de la démarche. C’est la conclusion de fait qu’en tire le Tribunal. Compte tenu du caractère religieux de la pratique, il a jugé que la Ville affiche, véhicule et favorise une croyance à l’exclusion des autres (par. 250). L’affirmation de la Cour d’appel (par. 128) voulant que la Ville ne soit pas sous influence religieuse ou qu’elle ne tente pas d’imposer sa foi contredit directement cette conclusion, qui est pourtant loin d’être déraisonnable.

[115] Sous ce rapport, je constate que la Cour d’appel insiste sur le fait que le devoir de neutralité de l’État n’exige pas qu’il élimine toute référence aux « repères historiques d’une société » (par. 98). Elle juge que la neutralité n’empêche pas les « manifestations historiques de la dimension religieuse de la société québécoise qui, lorsque replacées dans une juste perspective, ne peuvent avoir pour effet de compromettre la neutralité des différents appareils de l’État » (par. 104). Elle soutient que la prière s’inscrit parmi de « simples références au patrimoine religieux » (par. 107).

[116] Je concède que le devoir de neutralité de l’État ne l’oblige pas à s’interdire de célébrer et de préserver son patrimoine religieux. Cependant, cela ne saurait l’excuser d’instrumentaliser une pratique discriminatoire à des fins religieuses. C’est ce qui caractérise la prière de la Ville. Les déclarations publiques du maire sont révélatrices de la fonction véritable de la pratique du conseil :

Ce combat-là, je le fais parce que j’adore le Christ.

Quand je vais arriver de l’autre bord, je vais pouvoir être un peu orgueilleux. Je vais pouvoir lui dire : « Je me suis

I even went to trial for You”. There’s no better argument. It’s extraordinary.

I’m in this fight because I worship Christ. I want to go to heaven and it is the most noble fight of my entire life. [Emphasis deleted.]

(Tribunal’s reasons, at para. 88)

[117] At the Tribunal’s hearing, the mayor went back to these comments and added the following:

[TRANSLATION] I said those things. It’s true we place much emphasis on that because we have faith. And because we want to show it. The entire municipal council is behind me. Of course, it isn’t a strictly personal fight. It’s the whole municipal council. I am mandated. Because I have faith and, in my opinion, that’s the most important value of all those I can have. [Emphasis added; para. 90.]

[118] These comments confirm that the recitation of the prayer at the council’s meetings was above all else a use by the council of public powers to manifest and profess one religion to the exclusion of all others. It was much more than the simple expression of a cultural tradition. It was a practice by which the state actively, and with full knowledge of what it was doing, professed a theistic faith. What the respondents are defending is not a tradition, but the municipality’s right to manifest its own faith. A sure sign of this is the respondents’ statement in this Court that the appellants were attempting to prevent the municipality [TRANSLATION] “from expressing its belief” (R.F., at para. 116). In my opinion, nothing could conflict more with the state’s duty of neutrality. Tradition cannot be used to justify such a use of public powers.

[119] I repeat that what is at issue here is the state’s adherence, through its officials acting in the performance of their functions, to a religious belief. The state, I should point out, does not have a freedom to believe or to manifest a belief; compliance with its duty of neutrality does not entail a reconciliation of rights. On the other hand, it goes without saying that the same restrictions do not apply to the

battu pour vous; je suis même allé en procès pour vous ». Il n’y a pas de plus bel argument. C’est extraordinaire.

Ce combat-là, je le fais parce que j’adore le Christ, je veux aller au ciel et c’est le plus noble combat de toute ma vie. [Italique omis.]

(Motifs du Tribunal, par. 88)

[117] Devant le Tribunal, le maire revient sur ces propos et ajoute :

Ce sont des choses que j’ai dites. Effectivement, si on insiste autant sur ça, c’est parce qu’on a la foi. C’est parce qu’on veut le manifester. C’est tout le conseil municipal qui est derrière moi. C’est bien entendu que ce n’est pas un combat strictement personnel. C’est tout le conseil municipal. Je suis mandaté. C’est parce que j’ai la foi et pour moi c’est la valeur la plus importante de toutes les valeurs que je peux avoir. [Je souligne; par. 90.]

[118] Ces commentaires confirment que la récitation de la prière aux séances du conseil constitue avant tout une utilisation des pouvoirs publics par le conseil dans le but de manifester et de professer une religion à l’exclusion des autres. La prière représente bien plus que la simple expression d’une tradition culturelle. Il s’agit d’une pratique par laquelle l’État professe activement et en toute connaissance de cause une foi théiste. Ce que défendent les intimés n’est pas une tradition, mais plutôt le droit de la municipalité de manifester sa propre foi. À preuve, devant notre Cour, les intimés dénoncent la tentative des appelants d’empêcher la municipalité « d’exprimer sa croyance » (m.i., par. 116). Rien ne m’apparaît plus en contradiction avec le devoir de neutralité de l’État. Une telle instrumentalisation des pouvoirs publics ne saurait être justifiée par la tradition.

[119] Je réitère qu’il est ici question de l’adhésion de l’État, par l’entremise de ses représentants agissant dans l’exercice de leurs fonctions, à une croyance religieuse. L’État, faut-il le préciser, n’a pas de liberté de croire ou de manifester une croyance; le respect de son obligation de neutralité n’implique pas d’exercice de conciliation des droits. Par contre, il va de soi que les représentants de l’État, lorsqu’ils

exercise by state officials of their own freedom of conscience and religion when they are not acting in an official capacity. Although they are not entitled to use public powers to profess their beliefs, this does not affect their right to exercise this freedom on a personal basis.

2. *The Impairment of Mr. Simoneau's Rights*

[120] The prayer recited by the municipal council in breach of the state's duty of neutrality resulted in a distinction, exclusion and preference based on religion — that is, based on Mr. Simoneau's atheism — which, in combination with the circumstances in which the prayer was recited, turned the meetings into a preferential space for people with theistic beliefs. The latter could participate in municipal democracy in an environment favourable to the expression of their beliefs. Although non-believers could also participate, the price for doing so was isolation, exclusion and stigmatization. This impaired Mr. Simoneau's right to exercise his freedom of conscience and religion.

[121] In this regard, the evidence accepted by the Tribunal shows that when Mr. Simoneau went to meetings of the municipal council, he had to choose between remaining in the chamber and conforming to the City's religious practice, excluding himself from the practice by refusing to participate in it, and physically excluding himself from the chamber for the duration of the prayer. If he chose to conform to the council's practice, he would be acting in direct contradiction with his atheistic beliefs. If he chose to exclude himself from the prayer either by refusing to participate in it or by leaving the chamber, he would be forced to reveal that he is a non-believer (para. 266). According to the Tribunal's findings, Mr. Simoneau had experienced a strong feeling of isolation and exclusion (paras. 265-66). This led the Tribunal to conclude that the interference caused by this situation was more than trivial or insubstantial (para. 262). Such interference constitutes an infringement of the complainant's freedom of conscience and religion.

n'agissent pas en cette qualité, ne sont pas tenus aux mêmes restrictions au regard de leur propre liberté de conscience et de religion. Si ces représentants n'ont pas le droit d'user des pouvoirs publics de façon à professer leur croyance, cette conclusion n'affecte pas par ailleurs leur droit à cette liberté à titre personnel.

2. *L'atteinte aux droits de M. Simoneau*

[120] La prière récitée par le conseil municipal en violation du devoir de neutralité de l'État engendre une distinction, exclusion et préférence fondée sur la religion, soit l'athéisme de M. Simoneau, qui, conjuguée aux circonstances entourant sa récitation, fait des séances un espace préférentiel favorisant les croyants théistes. Ces derniers peuvent participer à la démocratie municipale dans un environnement favorable à l'expression de leurs croyances, alors que si les incroyants peuvent eux aussi participer, c'est au prix de l'isolement, de l'exclusion et de la stigmatisation. Cela compromet le droit de M. Simoneau à l'exercice de sa liberté de conscience et de religion.

[121] À ce chapitre, la preuve retenue par le Tribunal révèle que, lorsque M. Simoneau se présente aux séances du conseil municipal, il doit faire un choix : soit demeurer dans la salle et se conformer à la pratique religieuse de la Ville, soit s'exclure de la pratique en refusant d'y participer ou en sortant physiquement de la salle le temps de la prière. Si M. Simoneau choisit de se conformer à la pratique du conseil municipal, il agit en contradiction directe avec son athéisme. S'il choisit de s'exclure de la prière en refusant d'y participer ou en quittant la salle, il est alors forcé de révéler son incroyance (par. 266). Selon les constatations du Tribunal, M. Simoneau a souffert d'un fort sentiment d'isolement et d'exclusion (par. 265-266). Pour cette raison, le Tribunal a conclu que l'entrave résultant de cette situation est plus que négligeable ou insignifiante (par. 262). Une telle entrave constitue une atteinte à la liberté de conscience et de religion du plaignant.

[122] At the risk of repeating myself, the attempt at accommodation provided for by the City in the By-law, namely giving those who preferred not to attend the recitation of the prayer the time they needed to re-enter the council chamber, far from tempering the discrimination, exacerbated it.

[123] Here again, the Court of Appeal contradicted the Tribunal's findings of fact, holding that the interference with Mr. Simoneau's freedom was at most trivial or insubstantial (paras. 109-15). Its intervention on this point was based on the standard of correctness, which it applied to the entire appeal. It erred in doing so. It should have shown deference to the Tribunal's assessment of the effect of the prayer on Mr. Simoneau's freedom of conscience and religion and could not disregard the Tribunal's findings in this regard unless they were unreasonable. But they were supported by solid evidence.

[124] Moreover, these findings are similar to findings made by other courts in similar circumstances. In *Zylberberg v. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641, the Ontario Court of Appeal had to determine whether the possibility of being exempted from participation in a religious practice rendered that practice less intrusive. The regulations at issue in that case required that each school day be opened or closed with the reading of religious texts and the recitation of a prayer. The law included an exemption for pupils whose parents objected to those activities. The court held that the existence of an exemption did not mean that freedom of conscience and religion was not infringed. The requirement that the exemption be requested meant that pupils and their parents were forced to reveal that their religious identity was different from that of the majority:

... the right to be excused from class, or to be exempted from participating, does not overcome the infringement of the Charter freedom of conscience and religion by the mandated religious exercises. On the contrary, the exemption provision imposes a penalty on pupils from religious minorities who utilize it by stigmatizing them as non-conformists and setting them apart

[122] Quitte à le redire, la tentative d'accommodement que prévoit le Règlement de la Ville et qui consiste à allouer à ceux qui préfèrent ne pas assister à la prière le temps requis pour réintégrer la salle du conseil, loin de tempérer la discrimination, a plutôt l'effet de l'exacerber.

[123] Là encore, contredisant les constatations factuelles du Tribunal, la Cour d'appel a jugé que l'entrave subie par M. Simoneau est tout au plus négligeable ou insignifiante (par. 109-115). Elle est intervenue à cet égard sur la base de la norme de la décision correcte qu'elle a appliquée à l'ensemble du pourvoi et, ce faisant, elle a commis une erreur. Elle devait faire preuve de déférence envers cette évaluation des effets de la prière sur la liberté de conscience et de religion de M. Simoneau et ne pouvait écarter ces conclusions du Tribunal que si elles étaient déraisonnables. Or, une preuve solide les étayait.

[124] Ces conclusions rejoignent du reste celles auxquelles sont arrivés d'autres tribunaux dans des circonstances analogues. Dans *Zylberberg c. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641, la Cour d'appel de l'Ontario devait décider si la possibilité d'être exempté d'une pratique religieuse rend celle-ci moins attentatoire. Dans cette affaire, un règlement exigeait que chaque jour d'école commence ou se conclue par la lecture de textes religieux et la récitation d'une prière. La loi renfermait une exemption en faveur des élèves dont les parents s'opposaient à ces activités. La cour a conclu que l'existence d'une exemption n'empêchait pas l'atteinte à la liberté de conscience et de religion. L'obligation de solliciter cette exemption forçait les élèves et leurs parents à révéler leur identité religieuse différente de celle de la majorité :

[TRADUCTION] ... le droit d'être autorisé à sortir de la salle de classe ou d'être exempté des activités religieuses imposées n'élimine pas l'atteinte qu'entraînent ces activités à la liberté de conscience et de religion garantie par la Charte. Au contraire, la disposition prévoyant l'exemption pénalise les élèves des minorités religieuses qui l'invoquent en les stigmatisant comme non-conformistes et en

from their fellow students who are members of the dominant religion. In our opinion, the conclusion is inescapable that the exemption provision fails to mitigate the infringement of freedom of conscience and religion by s. 28(1). [Emphasis added; p. 656.]

[125] In a subsequent case, *Freitag v. Penetanguishene (Town)* (1999), 47 O.R. (3d) 301, the Ontario Court of Appeal reached a similar conclusion in a similar situation:

The “subtle and constant reminder” of his difference from the majority is what causes the appellant to feel intimidated and uncomfortable at council meetings. It has also deterred him from running for a council which proclaims and identifies itself as it does. In *Zylberberg*, this court . . . held, at p. 655, that the need to seek an exemption from attending the opening exercises “compels students and parents to make a religious statement” so that the effect of the exemption provisions was to discriminate against religious minorities by stigmatizing them. . . .

Similarly, the appellant is clearly stigmatized by his decision not to stand and recite the Lord’s Prayer, so that the fact that he is not prohibited from making that choice does not save the Town’s practice from infringing his *Charter* right. [Emphasis deleted; paras. 39-40.]

[126] In sum, regardless of the approach taken in the analysis, the Tribunal’s finding in the instant case of discrimination contrary to ss. 3 and 10 of the *Quebec Charter* was reasonable. The exclusion caused by the practice and the By-law in the case at bar resulted in an infringement of Mr. Simoneau’s freedom of conscience and religion, and it follows that the prayer necessarily had the effect of impairing his right to full and equal exercise of that freedom (*Ford*, at pp. 786-87).

[127] In closing, as to the City’s by-law regulating the prayer, I will repeat that it was adopted after Mr. Simoneau had filed his complaint with the Commission, if not in reaction to that complaint. What the respondents hoped to do in adopting the By-law was to ensure that the prayer was consistent with the *Quebec Charter* on the basis of *Allen*

les mettant à l’écart des élèves qui appartiennent à la religion dominante. À notre avis, la conclusion inéluctable est que cette disposition n’atténue pas la violation de la liberté de conscience et de religion qu’engendre le par. 28(1). [Je souligne; p. 656.]

[125] Dans un arrêt subséquent, *Freitag c. Penetanguishene (Town)* (1999), 47 O.R. (3d) 301, la même Cour d’appel a tiré une conclusion analogue dans une situation semblable :

[TRADUCTION] Le « rappel subtil et constant » de ce qui le distingue de la majorité est la raison pour laquelle l’appelant se sent intimidé et mal à l’aise lors des séances du conseil. Cette situation l’a également dissuadé de briguer un poste au sein d’un conseil qui proclame son identité comme il le fait. Dans *Zylberberg*, notre cour a [. . .] conclu, à la p. 655, que d’être obligé de demander une exemption des activités d’ouverture « contraignait les élèves et les parents à déclarer leur appartenance religieuse », de sorte que les dispositions prévoyant l’exemption avaient pour effet de réserver un traitement discriminatoire aux minorités religieuses en les stigmatisant. . . .

De même, l’appelant est clairement stigmatisé du fait de sa décision de ne pas se lever et de ne pas réciter le Notre Père, de telle sorte que même si ce choix ne lui est pas interdit, cela n’empêche pas la pratique de la Ville de violer le droit que lui garantit la *Charte*. [Italique omis; par. 39-40.]

[126] En somme, peu importe l’angle sous lequel on l’analyse, la conclusion du Tribunal voulant qu’il y ait en l’espèce discrimination contraire aux art. 3 et 10 de la *Charte québécoise* est raisonnable. L’exclusion causée par la pratique et le Règlement engendre une atteinte à la liberté de conscience et de religion de M. Simoneau; la prière a donc nécessairement pour effet de compromettre son droit à l’exercice, en toute égalité, de cette liberté (*Ford*, p. 786-787).

[127] En terminant, pour ce qui est du Règlement de la Ville qui encadre la prière, je rappellerai que celui-ci est adopté à la suite de la plainte déposée devant la Commission par M. Simoneau, sinon en réaction à celle-ci. En adoptant le Règlement, les intimés espéraient rendre la prière conforme à la *Charte québécoise* en se fondant sur une décision

v. Renfrew (County) (2004), 69 O.R. (3d) 742, a decision of the Ontario Superior Court of Justice that I will discuss below. In light of the analysis of the facts in the case at bar, however, that does not alter the outcome. A by-law adopted to regulate a discriminatory religious practice that is incompatible with the state's duty of neutrality must also be discriminatory. Even though the By-law's preamble indicates an intention [TRANSLATION] "to ensure decorum and highlight the importance of the work of the councillors", it can be seen from the evidence as a whole that this purpose was secondary. Decorum could have been ensured in many other ways that would not have led the City to adopt a religious belief.

[128] Finally, although the adoption of a by-law normally opens the door to the application of the justificatory provision (*Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295, at para. 53), the onus of justification was on the respondents (*Oakes*, at pp. 136-37; *Edwards Books*, at p. 768). Since they have advanced no substantive argument in this regard, I will not discuss this further.

(c) *Other Submissions of the Respondents*

[129] Despite these findings of the Tribunal, the respondents raise four other arguments in favour of finding that the prayer is valid and is not discriminatory, which I will now discuss.

(i) Absolute Neutrality and True Neutrality

[130] In the respondents' view, barring the municipal council from reciting the prayer would amount to giving atheism and agnosticism prevalence over religious beliefs. The Court of Appeal advanced this same argument in its reasons (para. 71). Its comments on benevolent neutrality were along the same lines.

[131] This Court has referred in the past to the difficulty the definition of the concept of neutrality seems to cause. In *S.L.*, the Court referred to comments made by Professor R. Moon:

de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, *Allen c. Renfrew (County)* (2004), 69 O.R. (3d) 742, sur laquelle je reviendrai. À la lumière de l'analyse factuelle propre au présent dossier, cela ne change rien au résultat. Un règlement qui a pour but d'encadrer une pratique religieuse discriminatoire qui contrevient au devoir de neutralité de l'État ne peut être que discriminatoire lui aussi. Même si son préambule énonce l'intention « d'assurer le décorum et l'importance du travail des conseillers », l'ensemble de la preuve révèle que cet objectif est secondaire. En effet, le décorum pourrait être assuré de nombreuses autres façons qui n'amèneraient pas la Ville à adopter une croyance religieuse.

[128] Enfin, bien que l'adoption d'un règlement donne normalement ouverture au recours à la disposition justificative (*Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295, par. 53), il incombe aux intimés de faire la preuve de la justification (*Oakes*, p. 136-137; *Edwards Books*, p. 768). Puisqu'ils n'ont présenté aucun argument substantiel à cet effet, je ne m'y attarde pas davantage.

c) *Les autres prétentions des intimés*

[129] Malgré ces constatations du Tribunal, les intimés défendent la validité de la prière et son caractère non discriminatoire en insistant sur quatre autres arguments auxquels je réponds.

(i) Neutralité absolue et neutralité réelle

[130] Les intimés sont d'avis que le fait d'empêcher le conseil municipal de réciter la prière équivaut à faire triompher l'athéisme et l'agnosticisme sur les croyances religieuses. La Cour d'appel fait écho à cette prétention dans ses motifs (par. 71). Ses propos sur la neutralité bienveillante vont dans le même sens.

[131] Notre Cour a déjà reconnu l'apparente difficulté que soulève la définition de la notion de neutralité. Dans *S.L.*, la Cour renvoie aux propos du professeur R. Moon :

We must recognize that trying to achieve religious neutrality in the public sphere is a major challenge for the state. The author R. Moon has clearly described the difficulty of implementing a legislative policy that will be seen by everyone as neutral and respectful of their freedom of religion:

If secularism or agnosticism constitutes a position, worldview, or cultural identity equivalent to religious adherence, then its proponents may feel excluded or marginalized when the state supports even the most ecumenical religious practices. But by the same token, the complete removal of religion from the public sphere may be experienced by religious adherents as the exclusion of their worldview and the affirmation of a non-religious or secular perspective

. . . Ironically, then, as the exclusion of religion from public life, in the name of religious freedom and equality, has become more complete, the secular has begun to appear less neutral and more partisan. With the growth of agnosticism and atheism, religious neutrality in the public sphere may have become impossible. What for some is the neutral ground on which freedom of religion and conscience depends is for others a partisan anti-spiritual perspective.

(“Government Support for Religious Practice”, in *Law and Religious Pluralism in Canada* (2008), 217, at p. 231) [para. 30]

[132] Stressing that absolute state neutrality is impossible to attain, the Court defined its non-absolutist conception of neutrality as follows:

Therefore, following a realistic and non-absolutist approach, state neutrality is assured when the state neither favours nor hinders any particular religious belief, that is, when it shows respect for all postures towards religion, including that of having no religious beliefs whatsoever, while taking into account the competing constitutional rights of the individuals affected.

(*S.L.*, at para. 32)

Thus, a neutrality that is non-absolute is nevertheless a true neutrality. But this true neutrality presupposes that the state abstains from taking a position on questions of religion.

Il faut reconnaître que la recherche de la neutralité religieuse dans la sphère publique constitue un défi important pour l’État. L’auteur R. Moon a bien exprimé la difficulté que pose la mise en œuvre d’une politique législative qui serait considérée par tous comme étant neutre et respectueuse de leur liberté de religion :

[TRADUCTION] Si la laïcisation ou l’agnosticisme constitue une position, une vision du monde ou une identité culturelle équivalente à une appartenance religieuse, ses adeptes pourraient se sentir exclus ou marginalisés au sein d’un État qui appuie les pratiques religieuses, même les moins confessionnelles. Par ailleurs, il est possible que les croyants interprètent le retrait intégral de toute religion de la sphère publique comme le rejet de leur vision du monde et l’affirmation d’une perspective laïque

. . . Ainsi, de manière ironique, alors que la religion se retire de plus en plus de la place publique au nom de la liberté et de l’égalité religieuses, la laïcité paraît moins neutre et plus partisane. Compte tenu de la croissance de l’agnosticisme et de l’athéisme, la neutralité religieuse dans la sphère publique est peut-être devenue impossible. Ce que certains considèrent comme le terrain neutre essentiel à la liberté de religion et de conscience constitue pour d’autres une perspective antispiritualiste partisane.

(« Government Support for Religious Practice », dans *Law and Religious Pluralism in Canada* (2008), 217, p. 231) [par. 30]

[132] Soulignant l’impossibilité pour l’État de faire preuve d’une neutralité absolue, la Cour définit ainsi sa conception non absolutiste de la neutralité :

Par conséquent, suivant une approche réaliste et non absolutiste, la neutralité de l’État est assurée lorsque celui-ci ne favorise ni ne défavorise aucune conviction religieuse; en d’autres termes, lorsqu’il respecte toutes les positions à l’égard de la religion, y compris celle de n’en avoir aucune, tout en prenant en considération les droits constitutionnels concurrents des personnes affectées.

(*S.L.*, par. 32)

Ainsi, une neutralité non absolue n’en est pas moins une neutralité réelle. Par contre, cette neutralité réelle suppose que l’État s’abstienne de prendre position sur les matières religieuses.

[133] Contrary to the respondents' argument, abstaining does not amount to taking a stand in favour of atheism or agnosticism. The difference, which, although subtle, is important, can be illustrated easily. A practice according to which a municipality's officials, rather than reciting a prayer, solemnly declared that the council's deliberations were based on a denial of God would be just as unacceptable. The state's duty of neutrality would preclude such a position, the effect of which would be to exclude all those who believe in the existence of a deity.

[134] In short, there is a distinction between unbelief and true neutrality. True neutrality presupposes abstention, but it does not amount to a stand favouring one view over another. No such inference can be drawn from the state's silence. In this regard, I will say that the benevolent neutrality to which the Court of Appeal referred is not really compatible with the concept of true neutrality. As understood by that court, neutrality would in the instant case require tolerance for the state's profession of a clearly identified religious belief on the basis of tolerance for its history and culture. I do not believe that is the sense of true state neutrality with respect to freedom of conscience and religion.

(ii) Non-denominational Nature of the Prayer

[135] The respondents stress the non-denominational nature of the prayer and argue that this makes the prayer an inclusive practice that neither favours nor hinders any religion and can therefore infringe nobody's freedom of conscience and religion. On this point, too, the Court of Appeal said the same thing (paras. 88-96). I find that this argument must fail for two reasons.

[136] First, it has not been established in this case that the prayer is non-denominational. The Tribunal's findings of fact instead tend toward the opposite result, as can be seen from the foregoing analysis. In light of the recitals of the preamble to the By-law, the wording of the prayer and the context in which the prayer was recited, the Tribunal observed that the council's practice was strongly associated with Catholicism (paras. 239-41). The Tribunal's finding

[133] Contrairement à ce que plaident les intimés, s'abstenir n'équivaut pas à prendre position en faveur de l'athéisme ou de l'agnosticisme. La différence, subtile mais importante, s'illustre aisément. Si, au lieu de réciter une prière, les représentants d'une municipalité déclareraient solennellement que les délibérations du conseil se fondent sur le déni de Dieu, cette pratique serait tout aussi inacceptable. La neutralité requise de l'État s'oppose à une telle prise de position, qui aurait pour effet d'exclure tous ceux qui croient en l'existence d'une divinité.

[134] Bref, il existe une distinction entre l'incroyance et la neutralité réelle. Cette dernière suppose l'abstention, mais cela n'est pas une prise de position en faveur d'une perspective plutôt que d'une autre. Une telle inférence ne peut être tirée du silence de l'État. Sous ce rapport, je préciserai que la neutralité bienveillante à laquelle se réfère la Cour d'appel cadre mal avec la notion de neutralité réelle. Telle qu'elle est perçue par la cour, la neutralité obligerait en l'espèce à tolérer la profession par l'État d'une croyance religieuse bien identifiée, pour des raisons de tolérance envers son histoire et sa culture. Je ne crois pas que ce soit là le sens de la neutralité réelle de l'État en matière de liberté de conscience et de religion.

(ii) Le caractère non confessionnel de la prière

[135] Les intimés insistent sur le caractère non confessionnel de la prière. Selon eux, cela en fait une pratique inclusive qui ne favorise ou ne défavorise aucune religion et qui, partant, ne peut attenter à la liberté de conscience et de religion de quiconque. Là encore, la Cour d'appel abonde dans le même sens (par. 88-96). À mon avis, cette prétention se bute aux deux obstacles suivants.

[136] D'abord, le caractère non confessionnel de la prière n'est pas établi en l'espèce. Les conclusions factuelles du Tribunal vont plutôt dans le sens contraire. L'analyse qui précède en témoigne. Compte tenu des attendus du préambule du Règlement, du texte de la prière et du contexte dans lequel elle est récitée, le Tribunal fait observer que la pratique du conseil est fortement associée au catholicisme (par. 239-241). À moins de substituer

cannot be determined to be unreasonable having regard to the facts and the law unless we substitute our own finding for it, which is what the Court of Appeal did by re-assessing the evidence and accepting the theory of the respondents' experts.

[137] Second, even if it were accepted that the prayer at issue is *prima facie* a non-denominational practice, it is nonetheless a religious practice, as the respondents themselves conceded at the hearing in this Court. The respondents argue in this regard that a state that is “somewhat religious” can be tolerated in the context of state neutrality provided that it is inclusive, and that this tolerance can be justified on the basis of historical and traditional values. They add that the separation of church and state does not necessarily mean that the two are totally separate. I find that the respondents are on the wrong track in this respect. True neutrality is concerned not with a strict separation of church and state on questions related to religious thought. The purpose of neutrality is instead to ensure that the state is, and appears to be, open to all points of view regardless of their spiritual basis. Far from requiring separation, true neutrality requires that the state neither favour nor hinder any religion, and that it abstain from taking any position on this subject. Even if a religious practice engaged in by the state is “inclusive”, it may nevertheless exclude non-believers; whether it is consistent with the *Quebec Charter* depends not on the extent to which it is inclusive, but on its exclusive nature and its effect on the complainant's ability to act in accordance with his or her beliefs.

[138] On this point, the respondents rely, as did the Court of Appeal, on two Ontario cases. In the first case, *Freitag*, to which I referred briefly above, the Ontario Court of Appeal held that a Christian prayer recited at the opening of public meetings of a municipal council infringed the freedom of conscience and religion of a non-Christian citizen. In *obiter*, the court suggested that it would have held a non-denominational prayer to be valid. However, its comments were limited to suggesting that such a practice might satisfy the minimal impairment criterion of the test for justification under s. 1 of the *Canadian Charter* (paras. 51-52). It cited as an example

notre propre conclusion à celle du Tribunal, ce que la Cour d'appel a fait en réévaluant la preuve et en adhérant à la thèse des experts des intimés, l'on ne peut qualifier cette conclusion de déraisonnable au regard des faits et du droit.

[137] Ensuite, même si l'on accepte que la prière litigieuse constitue une pratique en apparence non confessionnelle, les intimés ont eux-mêmes admis à l'audience devant notre Cour que cette prière n'en demeure pas moins une pratique religieuse. Ils soutiennent à ce sujet que la neutralité de l'État permet de tolérer un État « un peu religieux », dans la mesure où celui-ci se montre inclusif. Une telle tolérance serait justifiable au nom de valeurs fondées sur l'histoire et sur la tradition. Selon eux, l'autonomie de l'État et de la religion ne signifie pas nécessairement la séparation totale entre les deux. J'estime que les intimés font fausse route à cet égard. La cible de la neutralité réelle n'est pas la stricte autonomie de l'État par rapport aux perspectives religieuses. L'objectif de la neutralité est plutôt de faire en sorte que l'État demeure — en fait et en apparence — ouvert à tous les points de vue, sans égard à leur fondement spirituel. Loin de viser l'autonomie, la neutralité réelle exige que l'État ne favorise ni ne défavorise aucune religion et s'abstienne de prendre position sur ce sujet. Or, même « inclusive », une pratique religieuse étatique risque néanmoins d'exclure les incroyants; sa conformité avec la *Charte québécoise* ne dépend pas de son degré d'inclusion, mais de son caractère exclusif et de ses effets sur la capacité du plaignant d'agir en conformité avec ses croyances.

[138] Sur ce point, à l'instar de Cour d'appel, les intimés invoquent deux jugements ontariens. Dans le premier, *Freitag*, dont j'ai déjà parlé brièvement, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé qu'une prière chrétienne récitée à l'ouverture des séances publiques du conseil municipal contrevenait à la liberté de conscience et de religion d'un citoyen non chrétien. En *obiter*, elle laisse entendre qu'elle aurait déclaré valide une prière qui aurait été non confessionnelle. Ses commentaires se limitaient toutefois à suggérer qu'une telle pratique pourrait satisfaire au critère de l'atteinte minimale de l'analyse justificative fondée sur l'article premier de la *Charte canadienne*

the prayer recited by the Speaker of the House of Commons before that body's meetings.

[139] In the second case, *Renfrew*, the Ontario Superior Court of Justice found a prayer it characterized as being non-denominational to be valid. In light of the facts that had been established in that case, and contrary to the findings of the Tribunal in the case at bar, the court held that the prayer was not religious:

The prayer in its present form is not in substance a religious observance, coercive or otherwise and it does not impose any burden on the applicant or any restriction on his exercise of his own beliefs. The recital of this prayer does not compel the applicant, in contrast to *Freitag*, to participate in a Christian or other denominational form of worship. The mere mention of God in the prayer in question is not in this court's opinion, sufficient in its effect on the applicant to interfere in any material way with his religious beliefs. [Emphasis added; para. 27.]

[140] These cases are of no assistance to the respondents. Insofar as the practice authorized in *Renfrew* was one whose effect constituted an insubstantial impairment, that case can be distinguished from the case at bar. Furthermore, although we need not cast doubt on the findings of fact of the judge in that case, the Tribunal's findings in the instant case are clear. The City's practice is religious, and its effect on the complainant was more than trivial. Likewise, to the extent that *Freitag* does not close the door on the application of the justificatory provision, the reasoning of the Ontario Court of Appeal in that case does not apply here. It was reasonable for the Tribunal to conclude that the City could not have recourse to the justificatory provision (paras. 283-85), and the respondents have submitted no arguments in this regard.

(iii) The Prayer of the House of Commons

[141] The respondents submit that the City's prayer must be valid because it is similar to the one

(par. 51-52). Elle cite en exemple la prière du Président de la Chambre des communes avant l'ouverture des séances.

[139] Dans le second, *Renfrew*, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a reconnu la validité d'une prière qu'elle a qualifiée de non confessionnelle. Dans le contexte factuel établi dans cette affaire, et contrairement aux constatations du Tribunal en l'espèce, la cour a jugé que la prière n'était pas religieuse :

[TRADUCTION] Dans sa forme actuelle, la prière ne constitue pas réellement une pratique religieuse, coercitive ou autre, et elle n'impose pas au demandeur de fardeau ou de contrainte relativement à l'exercice de ses propres croyances. À la différence des faits en cause dans *Freitag*, la récitation de la prière en l'espèce n'oblige pas le demandeur à participer à une pratique liée au christianisme ou à une autre religion. La simple mention de Dieu dans la prière en question n'a pas, de l'avis de notre cour, d'effets suffisants sur le demandeur pour entraîner une entrave appréciable à ses croyances religieuses. [Je souligne; par. 27.]

[140] Ces décisions ne sont d'aucun secours pour les intimés. Dans la mesure où *Renfrew* autorise une pratique dont les effets constituent une entrave insignifiante, ce cas se distingue de celui qui nous occupe. Par ailleurs, alors que nous n'avons pas à remettre en cause les conclusions de fait du juge dans cette affaire, les constatations factuelles du Tribunal en l'espèce sont claires. La pratique de la Ville est religieuse et engendre des effets plus que négligeables sur le plaignant. De même, dans la mesure où *Freitag* ne ferme pas la porte au recours à la disposition justificative, le raisonnement de la Cour d'appel de l'Ontario dans cette affaire est inapplicable ici. En effet, le Tribunal a raisonnablement conclu que la Ville ne pouvait avoir recours à la disposition justificative (par. 283-285) et les intimés n'ont présenté aucun argument à cet égard.

(iii) La prière de la Chambre des communes

[141] Les intimés soutiennent que la prière de la Ville est nécessairement valide, puisqu'elle est

recited by the Speaker of the House of Commons before that body's meetings. Gagnon J.A. also referred to the latter prayer in his reasons (paras. 94-95).

[142] In the specific context of this appeal, this argument must fail for three reasons. First, there is no evidence before us on the purpose of the prayer of the House of Commons. Second, the circumstances of the recitation of the two prayers are different. Third, it is possible that the House's prayer is subject to parliamentary privilege, as certain courts have suggested (*Ontario (Speaker of the Legislative Assembly) v. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 54 O.R. (3d) 595 (C.A.); see also *Renfrew*, at para. 22).

[143] In the absence of detailed evidence on Parliament's practice and the circumstances thereof, and of full argument on this point, it would be inappropriate for the Court to discuss its content or to use it to support a finding that the City's prayer is valid.

(iv) Preamble to the *Canadian Charter* and the Supremacy of God

[144] Finally, the respondents argue that the reference to the supremacy of God in the preamble to the *Canadian Charter* establishes the moral source of the values that charter protects. In their view, a prayer that refers to that same source cannot, in itself, interfere with anyone's freedom of conscience and religion. The Court of Appeal also mentioned this reference (at para. 100), although it did not discuss it in detail.

[145] The preamble to the *Canadian Charter* reads as follows:

Whereas Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law:

[146] In my opinion, the respondents' argument in this regard truncates the analysis on the issue of freedom of conscience and religion. Contrary to what

similaire à celle que récite le Président de la Chambre des communes avant les délibérations des parlementaires. Le juge Gagnon en fait aussi état dans ses motifs (par. 94-95).

[142] Dans le contexte particulier de ce pourvoi, cet argument ne peut être retenu pour trois raisons. Premièrement, nous ne disposons d'aucune preuve sur l'objet de la prière de la Chambre des communes. Deuxièmement, les circonstances entourant la récitation des deux prières diffèrent. Troisièmement, il est possible que la prière de la Chambre soit soumise au privilège parlementaire, comme l'ont suggéré certains tribunaux (*Ontario (Speaker of the Legislative Assembly) c. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 54 O.R. (3d) 595 (C.A.); voir aussi *Renfrew*, par. 22).

[143] En l'absence de preuve détaillée sur la pratique du Parlement et les circonstances qui la caractérisent, et sans argumentaire complet à ce sujet, il est inopportun pour la Cour de se prononcer sur sa teneur ou de l'utiliser afin de valider la prière de la Ville.

(iv) Le préambule de la *Charte canadienne* et la suprématie de Dieu

[144] Enfin, les intimés plaident que la mention de la suprématie de Dieu dans le préambule de la *Charte canadienne* identifie la source morale des valeurs que celle-ci protège. Selon eux, une prière qui se réfère à cette même source ne saurait, en soi, brimer la liberté de conscience et de religion de quiconque. Les motifs de la Cour d'appel font également état de cette mention (par. 100), sans trop s'y attarder.

[145] Le préambule de la *Charte canadienne* énonce ce qui suit :

Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit :

[146] À mon avis, l'argument des intimés tronque l'analyse fondée sur la liberté de conscience et de religion. Contrairement à ce que suggère cet

their argument suggests, that analysis is not limited to a single reference to God in the prayer. On its own, that reference is not determinative. Rather, the analysis concerns the state's observance of a religious practice. The moral source of that practice, whether divine or otherwise, is but one of the contextual factors that make it possible to identify the practice's purpose and its effect. It is that purpose and that effect that are determinative of the existence of discriminatory interference with freedom of conscience and religion and of a breach of the state's duty of neutrality.

[147] The reference to the supremacy of God in the preamble to the *Canadian Charter* cannot lead to an interpretation of freedom of conscience and religion that authorizes the state to consciously profess a theistic faith. The preamble, including its reference to God, articulates the “political theory” on which the *Charter's* protections are based (see *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 95, in which the Court was discussing the preamble to the *Constitution Act, 1867*). It must nevertheless be borne in mind that the express provisions of the *Canadian Charter*, such as those regarding freedom of conscience and religion, must be given a generous and expansive interpretation. This approach is necessary to ensure that those to whom the *Canadian Charter* applies enjoy the full benefit of the rights and freedoms and, thereby, that the purpose of that charter is attained (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 23; *Big M*, at p. 344; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 156). The same is equally true of the *Quebec Charter*.

[148] Thus, the reference to God in the preamble cannot be relied on to reduce the scope of a guarantee that is expressly provided for in the charters. Professor L. Sossin explains this as follows in “The ‘Supremacy of God’, Human Dignity and the *Charter of Rights and Freedoms*” (2003), 52 *U.N.B.L.J.* 227, at p. 229:

The reference to the supremacy of God in the *Charter* should not be construed so as to suggest one religion is

argument, cette analyse ne porte pas uniquement sur une simple mention de Dieu dans la prière. À elle seule, cette mention n'est pas déterminante. L'analyse porte plutôt sur l'exercice, par l'État, d'une pratique religieuse. La source morale sur laquelle s'appuie cette pratique, qu'elle soit divine ou autre, n'est qu'un des éléments contextuels permettant de cerner son objet et ses effets. Ce sont ces derniers qui sont déterminants pour décider de l'existence d'une atteinte discriminatoire à la liberté de conscience et de religion et d'une violation de la neutralité de l'État.

[147] La mention de la suprématie de Dieu dans le préambule de la *Charte canadienne* ne saurait entraîner une interprétation de la liberté de conscience et de religion qui autoriserait l'État à professer sciemment une foi théiste. Ce préambule, y compris sa référence à l'être divin, est l'expression de la « thèse politique » sur laquelle reposent les protections qu'elle renferme (voir *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 95, à propos du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*). Toutefois, il faut garder à l'esprit que les dispositions explicites de la *Charte canadienne*, telles celles relatives à la liberté de conscience et de religion, doivent recevoir une interprétation large et libérale. Une telle approche est nécessaire pour assurer aux justiciables le plein bénéfice des droits et libertés et, ainsi, réaliser l'objet de la *Charte canadienne* (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 23; *Big M*, p. 344; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 156). Cela est tout aussi vrai pour la *Charte québécoise*.

[148] Partant, la mention du divin dans le préambule ne saurait être invoquée pour diminuer l'étendue d'une garantie explicite prévue par les chartes. Comme l'écrit le professeur L. Sossin, « The “Supremacy of God”, Human Dignity and the *Charter of Rights and Freedoms* » (2003), 52 *R.D.U.N.-B.* 227, p. 229 :

[TRADUCTION] La mention de la suprématie de Dieu dans la *Charte* ne saurait permettre d'affirmer qu'une

favoured over another in Canada, nor that monotheism is more desirable than polytheism, nor that the God-fearing are entitled to greater rights and privileges than atheists or agnostics. Any of these interpretations would be at odds with the purpose and orientation of the *Charter*, as well as with the specific provisions regarding freedom of religion and conscience under s. 2. [Emphasis added.]

[149] This leads me to conclude that the reference to the supremacy of God does not limit the scope of freedom of conscience and religion and does not have the effect of granting a privileged status to theistic religious practices. Contrary to what the respondents suggest, I do not believe that the preamble can be used to interpret this freedom in this way.

(d) *Conclusion*

[150] None of the arguments advanced by the respondents can refute the inescapable conclusion that, in the instant case, the By-law and the City's practice with respect to the prayer are incompatible with the state's duty of religious neutrality. The Tribunal's findings of fact on the religious and discriminatory nature of the By-law and of the practice were not unreasonable; quite the contrary. The prayer creates a distinction, exclusion and preference based on religion that has the effect of impairing Mr. Simoneau's right to full and equal exercise of his freedom of conscience and religion. The Court of Appeal could not simply substitute its own view for that of the Tribunal without first establishing in what way the Tribunal's findings were unreasonable, which it did not do. This Court must intervene to restore the Tribunal's judgment in this regard. I will conclude my analysis by discussing the remedies that were granted.

D. *Remedies*

(1) Declaration of Inoperability of By-law VS-R-2008-40

[151] The Tribunal declared the By-law to be [TRANSLATION] "inoperative and invalid" (para. 355). The respondents submit that the Tribunal lacks the jurisdiction to make such a declaration, as only the

religion plutôt qu'une autre est privilégiée au Canada, que le monothéisme est préférable au polythéisme ou encore que les croyants jouissent de droits et privilèges plus étendus que les athées ou les agnostiques. L'une ou l'autre de ces interprétations irait à l'encontre de l'objet et de l'orientation de la *Charte*, ainsi que des dispositions explicites de l'art. 2 portant sur la liberté de religion et de conscience. [Je souligne.]

[149] J'en conclus que la mention de la suprématie de Dieu ne restreint pas la portée de la liberté de conscience et de religion et n'a pas pour effet d'accorder un statut privilégié aux pratiques religieuses théistes. Contrairement à ce que suggèrent les intimés, je ne crois pas que le préambule puisse servir à interpréter ainsi cette liberté.

d) *Conclusion*

[150] Aucun des arguments avancés par les intimés ne permet d'écarter la conclusion inéluctable suivant laquelle, en l'espèce, le Règlement et la pratique de la Ville concernant la prière contreviennent à l'obligation de neutralité religieuse de l'État. Les conclusions factuelles du Tribunal sur le caractère religieux et discriminatoire de ce Règlement et de cette pratique ne sont pas déraisonnables, bien au contraire. La prière crée une distinction, exclusion et préférence fondée sur la religion qui a pour effet de compromettre le droit de M. Simoneau à l'exercice, en pleine égalité, de sa liberté de conscience et de religion. La Cour d'appel ne pouvait se contenter de substituer son opinion à celle du Tribunal sans d'abord déterminer en quoi ces conclusions étaient déraisonnables. Elle ne l'a pas fait. Une intervention s'impose afin de rétablir le jugement du Tribunal à ce chapitre. Je termine mon analyse en commentant les mesures de réparation prononcées.

D. *Les mesures de réparation*

(1) La déclaration d'inopérabilité du Règlement VS-R-2008-40

[151] Le Tribunal a déclaré le Règlement « inopérant et sans effet » (par. 355). Les intimés prétendent que cette déclaration outrepassé la compétence du Tribunal, car seule la Cour supérieure a

Superior Court has the power to make a blanket declaration of invalidity. The respondents are right. The Tribunal's declaration on this point must be amended.

[152] The *Quebec Charter* has a special place in Quebec's hierarchy of rules. Section 52 confers a certain primacy on ss. 1 to 38; in principle, no provision of any Act may derogate from them. As a result, these provisions can be said to have quasi-constitutional status (*Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345, at para. 116; *Boisbriand*, at para. 27; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 SCC 30, [2004] 1 S.C.R. 789 ("CUM"), at paras. 14-15 and 20; *Globe and Mail v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 41, [2010] 2 S.C.R. 592, at para. 29). If the Tribunal finds that a complainant's rights have been interfered with, the complainant is entitled to obtain the cessation of that interference (ss. 49, 80 and 111 of the *Quebec Charter*; *Béliveau St-Jacques*, at para. 117). If the interference results from the application of a regulatory provision, s. 52 confers on the Tribunal the power to consider the provision in question inoperative and of no force or effect for the purposes of the case before it. Thus, the Tribunal can make a declaration of inoperability (CUM, at para. 27).

[153] However, this Court has held that an administrative tribunal such as the Tribunal does not have jurisdiction to make a general declaration of invalidity (*Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at para. 31; *Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board*, 2005 SCC 16, [2005] 1 S.C.R. 257, at para. 44). Only a court of law has the power to do so.

[154] In the case at bar, the appellants asked the Tribunal to declare the By-law inoperative and of no force or effect in relation to Mr. Simoneau and, in particular, to order that the interference with his rights cease. Insofar as the By-law infringed the *Quebec Charter*, the Tribunal could declare it to be inoperable against him. However, it could not declare it to be "inoperative and invalid" without further clarification, as that would amount to a general

le pouvoir de le déclarer invalide à l'égard de tous. Les intimés ont raison. La déclaration du Tribunal à ce sujet doit être modifiée.

[152] La *Charte québécoise* jouit d'un statut particulier dans la hiérarchie normative au Québec. L'article 52 accorde une primauté aux art. 1 à 38; en principe, aucune disposition d'une loi ne peut y déroger. C'est ce qui permet de qualifier ces dispositions de quasi constitutionnelles (*Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, par. 116; *Boisbriand*, par. 27; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789 (« CUM »), par. 14-15 et 20; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592, par. 29). Dans les cas où le Tribunal constate une atteinte aux droits d'un plaignant, ce dernier a le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte (art. 49, 80 et 111 de la *Charte québécoise*; *Béliveau St-Jacques*, par. 117). Lorsque l'atteinte résulte de l'application d'une disposition réglementaire, l'art. 52 lui confère le pouvoir de considérer cette disposition comme inopérante et sans effet pour les besoins de l'affaire dont il est saisi. Il peut ainsi prononcer une déclaration d'inopposabilité (CUM, par. 27).

[153] Toutefois, notre Cour a déjà indiqué qu'un tribunal administratif comme le Tribunal n'a pas compétence pour prononcer une déclaration générale d'invalidité (*Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 31; *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson*, 2005 CSC 16, [2005] 1 R.C.S. 257, par. 44). Ce pouvoir appartient aux cours de justice.

[154] Dans le présent cas, les appelants ont demandé au Tribunal de déclarer inopérant et sans effet le Règlement à l'égard de M. Simoneau et, surtout, de faire cesser l'atteinte à ses droits. Dans la mesure où le Règlement contrevient à la *Charte québécoise*, le Tribunal pouvait le déclarer inopposable à M. Simoneau. Par contre, il ne pouvait le déclarer « inopérant et sans effet » sans plus de précision, car cela équivaut à une déclaration générale

declaration of invalidity, which it does not have the jurisdiction to make. In any event, the Tribunal's orders completed its declaration.

(2) Orders

[155] The Tribunal made the following orders:

[TRANSLATION] Orders the defendant Ville de Saguenay, the members of the municipal council, its officers and employees, and the defendant Jean Tremblay to cease reciting a prayer in the municipal council chamber;

Orders Ville de Saguenay to remove from each room where the municipal council gathers for public meetings all religious symbols, including the Sacred Heart statue and the crucifix; [paras. 356-57]

[156] Since the Tribunal did not have jurisdiction to rule on the issue of the religious symbols, it was not open to it to order their removal (para. 357). It was even less open to it to order the removal of "all religious symbols", whereas the evidence was limited to the Sacred Heart statue and the crucifix.

[157] Where the prayer is concerned (para. 356), however, the Tribunal had great latitude. It could make any necessary orders to put an end to the interference. One possible recourse was for it to impose obligations to do or not to do (*CUM*, at para. 26).

(3) Compensatory and Punitive Damages

[158] The Tribunal ordered the respondents solidarily to pay \$30,000 in compensatory and punitive damages (paras. 358, 359 and 360). The respondents submit, first, that it was not open to the Tribunal to award damages solely because of the adoption of the By-law, since they had acted in good faith. They argue that they are protected by the public law immunity that is inherent in the exercise of their regulatory power. This argument must fail. Even if such an immunity applied in the City's favour (*Entreprises Sibeca Inc. v. Frelighsburg (Municipality)*, 2004

d'invalidité, ce qui n'est pas de son ressort. À tous égards, les ordonnances prononcées par le Tribunal complètent cette déclaration.

(2) Les ordonnances

[155] Le Tribunal a rendu les ordonnances suivantes :

Ordonne à la défenderesse Ville de Saguenay, aux membres du conseil municipal, à ses officiers et préposés ainsi qu'au défendeur Jean Tremblay de cesser la récitation d'une prière dans la salle de délibérations du conseil municipal;

Ordonne à Ville de Saguenay de retirer de chacune des salles où se réunit le conseil municipal en assemblée publique tout symbole religieux, dont la statue du Sacré-Cœur et le crucifix; [par. 356-357]

[156] Puisque le Tribunal n'avait pas compétence pour se prononcer sur la question des symboles religieux, il ne pouvait en ordonner le retrait (para. 357). Il ne pouvait encore moins exiger le retrait de « tout symbole religieux », alors que la preuve se limitait à la statue du Sacré-Cœur et au crucifix.

[157] Pour ce qui est de la prière toutefois (par. 356), le Tribunal jouissait d'une grande latitude. Il pouvait prononcer les ordonnances nécessaires pour que cesse l'atteinte identifiée. L'un des moyens à sa disposition était d'imposer des obligations de faire ou de ne pas faire (*CUM*, par. 26).

(3) Les dommages-intérêts compensatoires et punitifs

[158] Le Tribunal a condamné les intimés solidairement à des dommages-intérêts compensatoires et punitifs de 30 000 \$ (par. 358, 359 et 360). Les intimés soutiennent d'abord que le Tribunal ne pouvait octroyer de dommages-intérêts du seul fait de l'adoption du Règlement, car ils avaient agi de bonne foi. Ils plaident qu'ils bénéficient de l'immunité de droit public inhérente à l'exercice de leur pouvoir de réglementation. Cette prétention doit être rejetée. Même si une telle immunité devait s'appliquer en faveur de la Ville (*Entreprises Sibeca Inc. c.*

SCC 61, [2004] 3 S.C.R. 304, at paras. 19-27), the damages awarded to Mr. Simoneau were intended primarily to compensate him for an injury suffered before the By-law was even adopted.

[159] Moreover, given the exclusion Mr. Simoneau had experienced and the mayor's acts that had stigmatized him, the Tribunal found that he had suffered a moral injury (paras. 318-22 and 329). It also found that the interference with the complainant's rights was not only unlawful, but intentional. The Tribunal referred, *inter alia*, to the [TRANSLATION] "religious battle" (para. 333) the mayor had openly conducted on behalf of the council in order to continue to impose his faith on citizens (paras. 333-34).

[160] On the question of compensatory damages, it is true that the telephone calls and abusive comments by citizens, although in bad taste, had little to do with the mayor's actions. There is no indication that the mayor or the City encouraged anyone to harass Mr. Simoneau. Likewise, the anxiety and stress Mr. Simoneau and his spouse suffered are related to the legal proceedings. They had to deal with the media coverage of those proceedings. Even though the Tribunal should not have taken these factors into account in awarding such damages (at paras. 323-28), its decision on this subject, viewed as a whole, satisfied the reasonableness test.

[161] On punitive damages, I find that the parties acted with a sincere belief that their position was right, and that in civil law such damages are an exceptional remedy (*Richard v. Time Inc.*, 2012 SCC 8, [2012] 1 S.C.R. 265, at para. 150; *Genex Communications inc. v. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743, at para. 87). Nevertheless, the Tribunal applied the appropriate legal principles to the facts adduced in evidence, relying on the relevant decisions of this Court on this subject (paras. 330-32). In those cases, the Court had stressed that the reference in s. 49 of the *Quebec Charter* to unlawful and intentional interference concerns a person who "acts with full knowledge of the

Frelighsburg (Municipalité), 2004 CSC 61, [2004] 3 R.C.S. 304, par. 19-27), les dommages-intérêts accordés à M. Simoneau visent à notamment le compenser pour le préjudice subi avant même l'adoption du Règlement.

[159] Par ailleurs, vu l'exclusion dont M. Simoneau a été victime et le comportement stigmatisant du maire à son endroit, le Tribunal a d'une part conclu à la présence d'un préjudice moral (par. 318-322 et 329). Il a d'autre part jugé que l'atteinte aux droits du plaignant était non seulement illicite, mais intentionnelle. Le Tribunal a notamment fait état du « combat religieux » (par. 333) qu'a ouvertement mené le maire, au nom du conseil, pour continuer d'imposer sa foi aux citoyens (par. 333-334).

[160] Sur les dommages-intérêts compensatoires, il est vrai que les appels et injures de mauvais goût de la part de concitoyens ont peu à voir avec les agissements du maire. Rien ne démontre que le maire ou la Ville aient incité quiconque à harceler M. Simoneau. De même, l'angoisse et le stress vécus par ce dernier et sa conjointe sont liés au recours entrepris. Ils devaient composer avec la médiatisation de leur démarche. Même si le Tribunal ne devait pas tenir compte de ces éléments dans l'octroi de ces dommages-intérêts (par. 323-328), sa décision à ce sujet, analysée globalement, satisfait au critère de la raisonabilité.

[161] Sur les dommages punitifs, je constate que les parties ont agi avec une croyance sincère en la justesse de leur position et que, en droit civil, les dommages-intérêts de cette nature demeurent exceptionnels (*Richard c. Time Inc.*, 2012 CSC 8, [2012] 1 R.C.S. 265, par. 150; *Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743, par. 87). Néanmoins, le Tribunal a appliqué les bons principes juridiques aux faits mis en preuve; il s'est appuyé sur les arrêts pertinents de la Cour en la matière (par. 330-332). Ces arrêts soulignent qu'une atteinte illicite et intentionnelle au sens de l'art. 49 de la *Charte québécoise* vise notamment l'auteur qui « agit en

immediate and natural or at least extremely probable consequences that his or her conduct will cause” (*Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l’hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211, at para. 121; see also *de Montigny v. Brossard (Succession)*, 2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64, at para. 60). The Tribunal concluded that the intention expressed by the mayor of leading a religious battle showed that he intended to achieve the result he did, and to interfere with Mr. Simoneau’s right. The Tribunal had a broad discretion to decide on the scale of the appropriate remedies. It gave reasons for its decision, and they are intelligible. It is entitled to deference on these questions.

(4) Extrajudicial Fees

[162] The Tribunal refused to award the appellants the reimbursement of their extrajudicial fees. In its view, the respondents’ defence did not constitute an improper use of procedure. I would add that to defend oneself vigorously, but legitimately, is not in itself improper. The issue here was an important one, indeed one of public interest. In this Court, the appellants submit that, for the purposes of his action, Mr. Simoneau is substituted for the Commission as a result of s. 84 of the *Quebec Charter*:

84. . . .

Within 90 days after he receives such notification, the complainant may, at his own expense, submit an application to the Human Rights Tribunal to pursue such remedy and, in that case, he is, for the pursuit of the remedy, substituted by operation of law for the commission with the same effects as if the remedy had been pursued by the commission.

Their argument is that if the Commission had submitted an application to the Tribunal, they would have paid no fees. If the substitution is to have “the same effects”, they should be automatically entitled to their extrajudicial fees.

[163] This argument is without merit. Section 84 para. 2 provides that the complainant may personally submit an application to the Tribunal “at his

toute connaissance des conséquences, immédiates et naturelles ou au moins extrêmement probables, que [sa] conduite engendrera » (*Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l’hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, par. 121; voir aussi *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64, par. 60). Le Tribunal a conclu que la volonté affichée du maire de mener un combat religieux démontrait l’intention d’entraîner le résultat obtenu et l’atteinte au droit de M. Simoneau. Le Tribunal dispose d’un large pouvoir discrétionnaire pour décider de l’ampleur des réparations convenables. Sa décision est motivée et intelligible. Il a droit à la déférence sur ces questions.

(4) Les honoraires extrajudiciaires

[162] Le Tribunal a refusé d’octroyer aux appelants le remboursement de leurs honoraires extrajudiciaires. Il a jugé que les intimés n’ont pas abusé de leur droit d’ester en justice. J’ajouterai que se défendre avec vigueur, mais en toute légitimité, n’est pas en soi abusif. L’enjeu était ici important, voire d’intérêt public. Devant notre Cour, les appelants soutiennent que, aux fins de son recours, M. Simoneau est substitué à la Commission par l’effet de l’art. 84 de la *Charte québécoise* :

84. . . .

Dans un délai de 90 jours de la réception de cette notification, le plaignant peut, à ses frais, saisir le Tribunal des droits de la personne de ce recours, pour l’exercice duquel il est substitué de plein droit à la Commission avec les mêmes effets que si celle-ci l’avait exercé.

Ils plaident que, si la Commission avait saisi le Tribunal, ils n’auraient déboursé aucuns frais. Pour que la substitution produise « les mêmes effets », ils devraient avoir droit automatiquement à leurs honoraires extrajudiciaires.

[163] Cette prétention est mal fondée. L’article 84 al. 2 précise que le plaignant peut intenter lui-même son recours devant le Tribunal « à ses frais ».

own expense”. In such a case, the complainant is substituted by operation of law for the Commission. There is no basis for concluding that the Commission is automatically entitled to the reimbursement of its extrajudicial fees. On the contrary, s. 126 of the *Quebec Charter* grants the Tribunal a broad discretion to order the reimbursement of costs and disbursements. It is silent regarding the criteria to be applied in exercising this discretion, however. In Quebec, as was held in *Viel v. Entreprises Immobilières du Terroir ltée*, [2002] R.J.Q. 1262 (C.A.), at paras. 72-84, the reimbursement of extrajudicial fees is justified only if a party is guilty of an improper use of procedure. The Tribunal’s conclusion that no improper use of procedure occurred in the instant case is certainly reasonable.

VI. Disposition

[164] I would therefore allow the appeal, with costs in this Court and in the Court of Appeal, and restore the conclusions set out in paras. 355, 356, 358, 359 and 360 of the Tribunal’s reasons, namely those that (1) declare By-law VS-R-2008-40 inoperative and invalid, although I would specify that this declaration applies only to Mr. Simoneau (para. 355); (2) order the respondents to cease the recitation of the prayer in the chambers where the municipal council meets (para. 356); and (3) order the respondents solidarily to pay Mr. Simoneau \$15,000 in compensatory damages (para. 358) and \$15,000 in punitive damages (para. 359), with interest plus the additional indemnity and costs, including the expert’s fees, which were set at \$3,500 (para. 360).

The following are the reasons delivered by

[165] ABELLA J. — I agree with the majority that the appeal should be allowed, but I have concerns about how the Tribunal’s decision was reviewed. In particular, using different standards of review for each different aspect of a decision is a departure from our jurisprudence that risks undermining the framework for how decisions of specialized tribunals are generally reviewed. In *Council of Canadians with*

Dans un tel cas, le plaignant est substitué de plein droit à la Commission. Rien ne permet de conclure que la Commission a automatiquement droit au remboursement de ses honoraires extrajudiciaires. Au contraire, l’art. 126 de la *Charte québécoise* accorde au Tribunal une large discrétion pour ordonner le remboursement des frais et déboursés. Cet article est toutefois silencieux sur les critères qui doivent guider l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Au Québec, selon l’arrêt *Viel c. Entreprises Immobilières du Terroir ltée*, [2002] R.J.Q. 1262 (C.A.), par. 72-84, le remboursement d’honoraires extrajudiciaires n’est justifié que dans les cas où une partie abuse de son droit d’ester en justice. La conclusion du Tribunal sur l’absence d’abus en l’espèce est certes raisonnable.

VI. Dispositif

[164] Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi, avec dépens devant notre Cour et la Cour d’appel, et de rétablir les conclusions apparaissant aux par. 355, 356, 358, 359 et 360 du jugement du Tribunal, soit celles (1) déclarant inopérant et sans effet le Règlement VS-R-2008-40, en précisant que cette déclaration ne s’applique qu’à M. Simoneau (par. 355); (2) ordonnant aux intimés de cesser la recitation de la prière dans les salles de délibérations du conseil municipal (par. 356); et (3) condamnant solidairement les intimés à verser à M. Simoneau des dommages-intérêts compensatoires de 15 000 \$ (par. 358) et des dommages-intérêts punitifs de 15 000 \$ (par. 359), avec les intérêts, l’indemnité additionnelle et les dépens, incluant les frais d’expert fixés à 3 500 \$ (par. 360).

Version française des motifs rendus par

[165] LA JUGE ABELLA — À l’instar des juges majoritaires, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, mais j’ai certaines réserves concernant la manière dont la décision du Tribunal a été contrôlée. Plus particulièrement, l’utilisation de normes de contrôle distinctes pour chacun des différents aspects d’une décision marque une rupture avec notre jurisprudence qui risque d’affaiblir le cadre au moyen

Disabilities v. VIA Rail Canada Inc., [2007] 1 S.C.R. 650, at para. 100, this Court expressly rejected the proposition that a decision of a tribunal can be broken into its many component parts and reviewed under multiple standards of review. And in *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, [2011] 3 S.C.R. 708, we confirmed that the reasons of a specialized tribunal must be read as a whole to determine whether the result is reasonable: see also *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, [2015] 1 S.C.R. 613, at para. 79.

[166] Extricating the question of the “state’s duty of religious neutrality that flows from . . . freedom of conscience and religion” and other aspects of the Tribunal’s decision from the rest of its discrimination analysis is in direct conflict with this jurisprudence and creates yet another confusing caveat to this Court’s attempt in *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, to set out a coherent and simplified template for determining which standard of review to apply. It also contradicts *Dunsmuir*’s directive that, based on the specialized expertise of tribunals, reasonableness applies when tribunals are interpreting their home statute: para. 54.

[167] It is true that we also concluded in *Dunsmuir* that if the issue is one of general law that is *both* of central importance to the legal system as a whole *and* outside the adjudicator’s specialized area of expertise, correctness applies. But it is important to stress that this is a binary exception to the presumptive application of reasonableness for decisions of specialized tribunals. Evaluating a *component* of an enumerated right more rigorously than the right itself, has the effect of negating the admonition in *Dunsmuir*, at para. 60, that questions of general importance to the legal system attract the correctness

duquel les décisions des tribunaux spécialisés sont généralement contrôlées. Dans l’arrêt *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650, par. 100, notre Cour a expressément rejeté la thèse voulant que la décision d’un tribunal administratif puisse être disséquée en ses diverses parties et révisée en fonction de multiples normes de contrôle. Puis, dans *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, [2011] 3 R.C.S. 708, nous avons confirmé que les motifs d’un tribunal spécialisé doivent être considérés dans leur ensemble afin de décider si le résultat est raisonnable : voir aussi *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 613, par. 79.

[166] Le fait d’isoler la question du « devoir de neutralité religieuse de l’État qui découle de la liberté de conscience et de religion » ainsi que d’autres aspects de la décision du Tribunal du reste de son analyse portant sur la discrimination va directement à l’encontre de la jurisprudence susmentionnée et crée une exception additionnelle susceptible d’être source de confusion après les efforts déployés par notre Cour dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, pour établir une grille cohérente et simplifiée permettant de déterminer la norme de contrôle applicable. Cette façon de faire contredit également la directive donnée dans *Dunsmuir* selon laquelle, eu égard au domaine d’expertise du tribunal administratif, c’est la norme de la décision raisonnable qui s’applique lorsque le tribunal interprète sa loi constitutive : par. 54.

[167] Il est vrai que nous avons également conclu, dans *Dunsmuir*, que si la question en litige est une question de droit général qui *à la fois* revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble *et* est étrangère au domaine d’expertise du décideur, c’est la norme de la décision correcte qui s’applique. Il importe toutefois de souligner qu’il s’agit là d’une exception binaire à la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable aux décisions des tribunaux administratifs spécialisés. Le fait d’évaluer un *élément* d’un droit énuméré plus rigoureusement que

standard *only if* they are outside the tribunal's expertise.

[168] In this case, we are dealing with a human rights tribunal. Its mandate is to determine whether discrimination has occurred based on a number of enumerated rights. One of those rights is freedom of religion and conscience. This is undoubtedly a question of "central importance to the legal system as a whole", but far from being "outside the adjudicator's specialized area of expertise", it is the Tribunal's daily fare. Since state neutrality is about what the role of the state is in protecting freedom of religion, part of the inquiry into freedom of religion necessarily engages the question of state religious neutrality. It is not a transcendent legal question meriting its own stricter standard, it is an inextricable part of deciding whether discrimination based on freedom of religion has taken place. As the majority reasons themselves state, the duty of state religious neutrality "*flows from* freedom of conscience and religion". Like freedom of conscience and religion, its application depends on the context. It is not an immutable criterion which yields consistent measurements, it is, like the right from which it flows, an important concept that both forms and takes its shape from the circumstances. To extricate it from the discrimination analysis as being of singular significance "to the legal system as a whole", elevates it from its contextual status into a defining one.

[169] Ironically, this has the effect of subjecting one aspect of freedom of religion to more rigorous scrutiny than the main issue of whether the right itself has been violated and there has been discrimination, a question we have traditionally subjected

le droit lui-même a pour effet de réduire à néant la mise en garde formulée dans *Dunsmuir*, par. 60, et selon laquelle les questions d'importance générale pour le système juridique sont assujetties à la norme de la décision correcte *uniquement si* elles sont étrangères au domaine d'expertise du tribunal administratif.

[168] En l'espèce, l'affaire qui nous occupe concerne un tribunal des droits de la personne. Ce dernier a pour mandat de décider s'il y a eu discrimination fondée sur un certain nombre de droits énumérés. Un de ces droits est la liberté de religion et de conscience. C'est indubitablement une question qui revêt une « importance capitale pour le système juridique dans son ensemble », mais qui est loin d'être « étrangère au domaine d'expertise [du décideur] », en fait, ce genre de questions est le lot quotidien du Tribunal. Comme la neutralité de l'État concerne le rôle de ce dernier dans la protection de la liberté de religion, une partie de l'analyse portant sur la liberté de religion fait nécessairement intervenir la question de la neutralité religieuse de l'État. Cette question n'est pas une question de droit transcendant qui mérite sa propre norme plus stricte, elle est un aspect inextricable du fait de décider s'il y a eu ou non discrimination fondée sur la liberté de religion. Comme le précisent les motifs mêmes de la majorité, le devoir de neutralité religieuse de l'État « *découle de* la liberté de conscience et de religion ». Tout comme la liberté de conscience et de religion, l'application de ce devoir dépend du contexte. Il ne constitue pas un critère immuable produisant des résultats uniformes, il est, à l'instar du droit dont il découle, un concept important qui à la fois détermine les circonstances et est façonné par celles-ci. Le fait d'isoler cette question de l'analyse de la discrimination au motif qu'elle possède une valeur singulière « pour le système juridique dans son ensemble » a pour effet de relever son statut de contextuel à déterminant.

[169] Ironiquement, cette approche a pour effet de soumettre un aspect de la liberté de religion à un examen plus rigoureux que la question principale de savoir si le droit lui-même a été violé et s'il y a eu discrimination, question que nous avons

to a reasonableness standard. Surely the various elements of an enumerated right, such as state religious neutrality in the case of freedom of religion, deserve no more heightened scrutiny than the right itself.

[170] We have never dissected the right in order to subject its components to different levels of scrutiny. What we have considered instead is whether the decision as a whole should be upheld as reasonable. In *Moore v. British Columbia (Education)*, [2012] 3 S.C.R. 360, for example, this Court reviewed the British Columbia Human Rights Tribunal's decision that the failure to provide educational support to a child with dyslexia constituted discrimination on the basis of disability. We did not subject the questions of how the tribunal interpreted disability, or the role of education, or how public funds are dispersed, to separate standards of review. Each of these components is undoubtedly of central importance to the legal system, but each is also inextricably tied to the ultimate issue, namely whether discrimination took place, an issue at the core of a human rights tribunal's specialized mandate.

[171] And in *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, [2013] 1 S.C.R. 467, where this Court reviewed the Saskatchewan Human Rights Tribunal's decision that certain flyers constituted discrimination based on sexual orientation, a reasonableness standard was applied. Again, we did not excavate the decision to find and separately scrutinize aspects of the tribunal's discrimination analysis that might be of central importance to the legal system.

[172] All issues of discrimination are of central importance to the legal system, but they are also, because of that very importance, issues legislatures

traditionnellement assujettie à la norme de la décision raisonnable. Les divers éléments d'un droit énuméré, par exemple la neutralité religieuse de l'État dans le cas de la liberté de religion, ne commandent assurément pas un examen plus rigoureux que le droit lui-même.

[170] Nous n'avons jamais disséqué un droit afin de soumettre ces différents éléments à divers degrés d'examen. Ce que nous nous demandons plutôt c'est si la décision dans son ensemble doit être confirmée parce qu'elle est raisonnable. Par exemple, dans *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, [2012] 3 R.C.S. 360, la Cour a contrôlé la décision du tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique selon laquelle le refus de fournir des mesures d'appui à l'éducation en faveur d'un enfant atteint de dyslexie constituait de la discrimination fondée sur une déficience. Nous n'avons pas assujetti à des normes de contrôle distinctes la question de l'interprétation par le tribunal de la notion de déficience, la question du rôle de l'éducation et la question de l'affectation des deniers publics. Chacun de ces éléments revêt indubitablement une importance capitale pour le système juridique, mais ils sont également tous inextricablement liés à la question ultime à trancher, à savoir l'existence ou non de discrimination, question qui touche au cœur du mandat spécialisé d'un tribunal des droits de la personne.

[171] Et, dans *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, [2013] 1 R.C.S. 467, affaire où la Cour était appelée à contrôler la décision du tribunal des droits de la personne de la Saskatchewan selon laquelle certains tracts qui avaient été publiés et distribués constituaient de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, la norme de la décision raisonnable été appliquée. Là encore, nous n'avons pas disséqué la décision afin de trouver et d'examiner séparément chacun des aspects de l'analyse du tribunal administratif sur la discrimination susceptibles d'avoir une importance capitale pour le système juridique.

[172] Toutes les questions liées à la discrimination revêtent une importance capitale pour le système juridique, mais elles sont également, du fait

across the country have assigned to specialized tribunals with expertise in human rights, not to the generalist courts. Atomizing what is meant to be a holistic approach to determining whether discrimination has occurred, undermines an analysis that requires careful scrutiny of *all* of the interconnected relevant factual and legal parts.

[173] My final concern is a practical one. What do we tell reviewing courts to do when they segment a tribunal decision and subject each segment to different standards of review only to find that those reviews yield incompatible conclusions? How many components found to be reasonable or correct will it take to trump those found to be unreasonable or incorrect? Can an overall finding of reasonableness or correctness ever be justified if one of the components has been found to be unreasonable or incorrect? If we keep pulling on the various strands, we may eventually find that a principled and sustainable foundation for reviewing tribunal decisions has disappeared. And then we will have thrown out *Dunsmuir*'s baby with the bathwater.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Alarie Legault, Montréal.

Solicitors for the respondents: Cain Lamarre Casgrain Wells, Saguenay and Montréal.

Solicitors for the intervener the Human Rights Tribunal: Lafortune Cadieux, Montréal.

Solicitors for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada: Vincent Dagenais Gibson, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Catholic Civil Rights League, the Faith and Freedom Alliance and

même de cette importance, des questions que les législateurs à travers le pays ont confiées à des tribunaux administratifs spécialisés possédant de l'expertise en matière de droits de la personne, et non aux tribunaux judiciaires généralistes. Le fait d'atomiser ce qui est censé être une démarche holistique permettant de décider s'il y a eu discrimination affaiblit une analyse qui requiert un examen minutieux de *tous* les aspects factuels et juridiques interreliés pertinents.

[173] Ma dernière préoccupation est d'ordre pratique. Que disons-nous aux cours de révision de faire lorsqu'elles segmentent la décision d'un tribunal administratif et soumettent chacun de ces segments à une norme de contrôle distincte, mais constatent après coup que ces différentes analyses produisent des conclusions incompatibles? Combien faudra-t-il d'éléments jugés raisonnables ou corrects pour que ceux-ci l'emportent sur les éléments jugés déraisonnables ou incorrects? Est-ce qu'un jugement concluant globalement au caractère raisonnable ou correct de la décision attaquée pourrait jamais être justifié si l'un des éléments de cette décision a été jugé déraisonnable ou incorrect? Si nous continuons de tirer sur les divers filaments, nous risquons éventuellement de constater que les assises présidant à un contrôle raisonné et défendable des décisions des tribunaux administratifs ont disparu. Et nous aurons alors jeté le bébé de *Dunsmuir* avec l'eau du bain.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants : Alarie Legault, Montréal.

Procureurs des intimés : Cain Lamarre Casgrain Wells, Saguenay et Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Tribunal des droits de la personne : Lafortune Cadieux, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada : Vincent Dagenais Gibson, Ottawa.

Procureurs des intervenantes la Ligue catholique des droits de l'homme, Faith and Freedom

Association des parents catholiques du Québec: Bennett Jones, Toronto; Philip H. Horgan, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Secular Alliance: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Montréal.

Alliance et l'Association des parents catholiques du Québec : Bennett Jones, Toronto; Philip H. Horgan, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Canadian Secular Alliance : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : McCarthy Tétrault, Montréal.

Peter W. G. Carey *Appellant*

v.

Judith Laiken *Respondent*

INDEXED AS: CAREY v. LAIKEN

2015 SCC 17

File No.: 35597.

2014: December 10; 2015: April 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Civil procedure — Contempt of court — Required intent — Mareva injunction issued enjoining any person with knowledge of order from disposing of or otherwise dealing with assets of lawyer's client — Lawyer having knowledge of injunction but returning trust account funds to client — Lawyer not found in contempt on basis that terms of order not clear and lawyer's interpretation of order not deliberately and wilfully blind — Whether intent to interfere with administration of justice required to prove civil contempt — Whether lawyer in contempt.

Courts — Judges — Jurisdiction — Contempt of court — Motions judge's discretion to revisit contempt finding — Lawyer breaching terms of injunction found in contempt — Lawyer moving to reopen contempt hearing — Motions judge setting aside initial contempt finding — Whether motions judge erred in setting aside initial contempt finding — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rule 60.11.

L brought contempt proceedings against C, alleging that he had breached the terms of a *Mareva* injunction by returning over \$400,000 to his client S for whom he was holding it in trust. The injunction was issued in the course of litigation between L, S and related parties. It enjoined any person with knowledge of the order from disposing of, or otherwise dealing with, the assets of various parties,

Peter W. G. Carey *Appelant*

c.

Judith Laiken *Intimée*

RÉPERTORIÉ : CAREY c. LAIKEN

2015 CSC 17

N° du greffe : 35597.

2014 : 10 décembre; 2015 : 16 avril.

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

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

Procédure civile — Outrage au tribunal — Intention requise — Prononcé d'une injonction Mareva interdisant à toute personne qui en connaît l'existence de se départir des actifs d'un client de l'avocat ou de les utiliser à d'autres fins — Avocat ayant connaissance de l'existence de l'injonction retourne malgré tout à son client des fonds détenus dans son compte en fiducie — Avocat déclaré non coupable d'outrage au motif que les prescriptions de l'ordonnance n'étaient pas claires et que l'interprétation de celle-ci par l'avocat n'était pas le fruit d'un aveuglement volontaire — L'intention d'entraver l'administration de la justice est-elle requise pour prouver l'outrage civil? — L'avocat s'est-il rendu coupable d'outrage?

Tribunaux — Juges — Compétence — Outrage au tribunal — Pouvoir discrétionnaire du juge des motions de réexaminer une conclusion d'outrage — Avocat ayant contrevenu aux prescriptions d'une injonction trouvé coupable d'outrage — Demande de l'avocat pour rouvrir l'audience relative à l'outrage — Annulation par la juge des motions de sa décision initiale d'outrage — La juge des motions a-t-elle commis une erreur en annulant sa décision initiale d'outrage? — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, art. 60.11.

L a engagé une procédure pour outrage contre C, alléguant qu'il avait violé les prescriptions d'une injonction *Mareva* en remettant à S, son client, plus de 400 000 \$ qu'il détenait pour lui en fiducie. L'injonction a été délivrée dans le contexte d'un litige entre L, d'une part, et S ainsi que des personnes liées, d'autre part. Elle interdisait à toute personne au courant de l'existence de

including those of S. The motions judge initially found C in contempt. She was satisfied that the injunction was clear and that C had knowingly and deliberately breached it by transferring the funds. When the parties reappeared before the motions judge for determination of the appropriate penalty, C moved to reopen the contempt hearing. He filed new evidence in support of his assertion that he had acted in a manner consistent with the practice of counsel generally, and he testified about what he perceived to be his professional obligations and his motivations in dealing with the trust funds. Based on the new evidence, the motions judge set aside her previous finding of contempt. The Court of Appeal allowed the appeal and restored the initial contempt finding.

Held: The appeal should be dismissed.

The law does not require that a person breach an injunction contumaciously or with intent to interfere with the administration of justice in order to satisfy the elements of civil contempt. All that is required to establish civil contempt is proof beyond a reasonable doubt of an intentional act or omission that is in breach of a clear order of which the alleged contemnor has notice. Contumacious intent or lack thereof goes to the penalty to be imposed following a finding of contempt, not to liability. Furthermore, there is no principled reason to depart from the established elements of civil contempt in situations in which compliance with a court order has become impossible either because the act that constituted the contempt cannot be undone or because of a conflicting legal duty. Where a person's own actions contrary to the terms of a court order make further compliance impossible, it is neither logical nor just to require proof of some higher degree of fault in order to establish contempt. It also undermines one of the purposes of contempt findings — to deter violations of court orders — to treat with special charity people whose acts in violation of an order make subsequent compliance impossible. The fact that civil contempt is quasi-criminal in nature also provides no justification for carving out a distinct mental element for particular types of civil contempt cases. Nor does reliance on legal advice shield a party from a finding of contempt. The law should not permit lawyers to escape a finding of contempt because they have, in effect, relied on their own legal advice. Further still, where a lawyer acts for a client in relation to an order to which the client is a party, he or

l'ordonnance de se départir des biens de différentes parties, y compris S, ou de les utiliser à d'autres fins. La juge des motions a initialement déclaré C coupable d'outrage. Elle était convaincue que l'injonction était clairement formulée et que C l'avait sciemment et délibérément violée en transférant les fonds. Lorsque les parties ont comparu de nouveau devant la juge des motions pour la détermination de la peine, C a demandé la réouverture de l'audience relative à l'outrage. Il a déposé de nouveaux éléments de preuve à l'appui de son affirmation selon laquelle il avait agi conformément à la pratique habituelle des avocats et il a aussi témoigné sur ce qu'il considérait comme ses obligations professionnelles et ses motivations lorsqu'il s'occupait des fonds en fiducie. Compte tenu de la nouvelle preuve, la juge des motions a annulé sa conclusion d'outrage. La Cour d'appel a accueilli l'appel et rétabli la conclusion initiale d'outrage.

Arrêt : L'appel est rejeté.

Le droit n'exige pas qu'une personne viole une injonction avec l'intention de désobéir ou avec celle d'entraîner l'administration de la justice pour qu'il soit satisfait aux éléments constitutifs de l'outrage civil. Pour établir l'outrage civil, il suffit de prouver hors de tout doute raisonnable que son auteur présumé a intentionnellement commis un acte — ou omis d'agir — en violation d'une ordonnance claire dont il avait connaissance. L'intention de désobéir ou l'absence d'une telle intention se rapporte à la peine à infliger par suite d'une conclusion d'outrage plutôt qu'à la responsabilité. En outre, il n'existe aucune raison logique de déroger aux éléments constitutifs de l'outrage civil reconnus dans des cas où il est devenu impossible de se conformer à l'ordonnance rendue par le tribunal soit parce que l'acte qui le constituait ne peut pas être annulé ou parce qu'une obligation légale contradictoire l'empêche de s'y conformer. Lorsque les agissements contraires aux modalités d'une ordonnance judiciaire de la personne elle-même font en sorte qu'il est impossible de respecter l'ordonnance à l'avenir, il n'est ni logique ni juste d'exiger une preuve d'un degré plus élevé de faute pour établir qu'il y a eu outrage. Il va aussi à l'encontre d'un des objectifs d'une conclusion d'outrage — soit de décourager la violation des ordonnances judiciaires — de faire preuve d'une indulgence particulière envers les personnes ayant commis des actes qui sont contraires à une ordonnance et qui en empêchent le respect pour l'avenir. Le fait que l'outrage civil soit de nature quasi criminelle ne justifie par ailleurs pas la création d'un élément moral distinct pour certains cas d'outrage

she should be held to the same standard of compliance with that order as the client.

In this case, C was in contempt. The *Mareva* injunction clearly prohibited dealing with money held in trust, and C's other conduct showed that he understood that. Even assuming that the existence of the funds was protected by solicitor-client privilege at the time of the transfer, C's assumed duty to guard that privilege did not conflict with his duty to comply with the order. C needed only to leave the funds in his trust account once they had been deposited there in order to fulfill both duties. Moreover, leaving the funds in his trust account would not have conflicted with his other asserted professional obligations. It is also no answer for C to say that he breached the order so that he would avoid the possibility of a future ethical dilemma, in the event that L obtained judgment against his client and he might have to decide how to comply with any solicitor-client privilege obligations, with the *Mareva* injunction and with any duty to avoid assisting his client in evading execution arising from the judgment. In any event, even accepting that C believed that there was a true conflict, there were appropriate avenues open to him other than making a unilateral decision to breach the order.

While the *Rules of Civil Procedure* do not prescribe the form of contempt proceedings, as a general rule, they are bifurcated into a liability phase — where the case on liability proceeds and a defence is offered — and, if liability is established, a penalty phase. Once a finding of contempt has been made at the first stage, that finding is usually final and may only be revisited in certain circumstances, such as where the contemnor subsequently complies with the order or otherwise purges his or her contempt, or in exceptional circumstances, where new facts or evidence have come to light after the contempt finding was made. In this case, the motions judge erred in exercising her discretion to permit C to relitigate the initial contempt finding. C's attack on the motions judge's earlier finding was based on evidence he ought to have filed at the first hearing. Moreover, as the Court of Appeal stated, a party faced with a contempt motion is not entitled to

civil. Le fait de se fier à des conseils juridiques ne protège pas non plus une partie contre une conclusion d'outrage. Le droit ne devrait pas permettre aux avocats d'éviter d'être déclarés coupables d'outrage parce qu'ils se sont, dans les faits, fondés sur leurs propres conseils juridiques. En outre, lorsqu'un avocat représente un client dans une procédure en lien avec une ordonnance à laquelle ce dernier est partie, il devrait être tenu à la même norme de respect de l'ordonnance que son client.

En l'espèce, C s'est rendu coupable d'outrage. L'injonction *Mareva* interdisait clairement que l'argent détenu en fiducie fasse l'objet de quelque opération que ce soit, et les autres agissements de C indiquaient qu'il le comprenait. Même en tenant pour acquis que l'existence des fonds était protégée par le secret professionnel au moment du transfert, l'obligation qu'a assumée C relativement au secret professionnel n'était pas incompatible avec son obligation de respecter l'ordonnance. Pour s'acquitter des deux obligations, il n'avait qu'à laisser les fonds dans son compte en fiducie après qu'ils y eurent été déposés. De plus, il n'aurait pas été contraire aux autres obligations professionnelles de C qu'il laisse les fonds dans son compte en fiducie. C ne peut en outre pas prétendre qu'il a violé l'ordonnance pour éviter un futur dilemme éthique advenant le prononcé d'un jugement en faveur de L contre son client et qu'il pourrait devoir décider comment réussir à s'acquitter des obligations qui lui incombent en matière de secret professionnel et à respecter l'ordonnance *Mareva* tout en se conformant à son obligation d'éviter d'aider son client à se soustraire à l'exécution du jugement. Quoi qu'il en soit, même si l'on admet que C croyait qu'il y avait un véritable conflit, des solutions appropriées s'offraient à lui, mis à part celle de décider unilatéralement de violer l'ordonnance.

Les *Règles de procédure civile* ne précisent pas la forme que doivent prendre les procédures pour outrage. Cependant, en général, elles sont scindées en deux étapes distinctes : l'étape relative à la responsabilité — durant laquelle la question de la responsabilité est soulevée et un moyen de défense est invoqué — puis, si la responsabilité est établie, l'étape de la détermination de la peine. Une fois qu'une conclusion d'outrage a été tirée à la première étape, cette conclusion est habituellement définitive et ne peut faire l'objet d'un réexamen que dans certaines circonstances, par exemple lorsque l'auteur de l'outrage se conforme ultérieurement à l'ordonnance ou qu'il fait amende honorable ou encore, dans des circonstances exceptionnelles, quand de nouveaux faits ou éléments de preuve sont révélés après que la conclusion d'outrage eut été tirée. En l'espèce, la juge des motions a commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en

present a partial defence at the liability stage and then, if the initial gambit fails, have a second “bite at the cherry” at the penalty stage. This would defeat the purpose of the first hearing.

Cases Cited

Referred to: *College of Optometrists (Ont.) v. SHS Optical Ltd.*, 2008 ONCA 685, 241 O.A.C. 225; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.*, 2006 SCC 52, [2006] 2 S.C.R. 612; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Torroni*, 2009 ONCA 85, 94 O.R. (3d) 614; *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516; *Chiang (Trustee of) v. Chiang*, 2009 ONCA 3, 305 D.L.R. (4th) 655; *Prescott-Russell Services for Children and Adults v. G. (N.)* (2006), 82 O.R. (3d) 686; *Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 S.C.R. 217; *Jackson v. Honey*, 2009 BCCA 112, 267 B.C.A.C. 210; *TG Industries Ltd. v. Williams*, 2001 NSCA 105, 196 N.S.R. (2d) 35; *Godin v. Godin*, 2012 NSCA 54, 317 N.S.R. (2d) 204; *Soper v. Gaudet*, 2011 NSCA 11, 298 N.S.R. (2d) 303; *Jaskhs Enterprises Inc. v. Indus Corp.*, 2004 CanLII 32262; *Culligan Canada Ltd. v. Fettes*, 2010 SKCA 151, 326 D.L.R. (4th) 463; *Sheppard v. Sheppard* (1976), 12 O.R. (2d) 4; *Hefkey v. Hefkey*, 2013 ONCA 44, 30 R.F.L. (7th) 65; *Centre commercial Les Rivières ltée v. Jean Bleu inc.*, 2012 QCCA 1663; *Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 S.C.R. 1065; *Daigle v. St-Gabriel-de-Brandon (Paroisse)*, [1991] R.D.J. 249; *St. Elizabeth Home Society v. Hamilton (City)*, 2008 ONCA 182, 89 O.R. (3d) 81; *Morrow, Power v. Newfoundland Telephone Co.* (1994), 121 Nfld. & P.E.I.R. 334; *Sussex Group Ltd. v. Fangeat*, 42 C.P.C. (5th) 274; *Re Tyre Manufacturers' Agreement*, [1966] 2 All E.R. 849; *Canada Metal Co. v. C.B.C. (No. 2)* (1974), 48 D.L.R. (3d) 641, aff'd (1975), 65 D.L.R. (3d) 231; *Customs and Excise Commissioners v. Barclays Bank plc*, [2006] UKHL 28, [2007] 1 A.C. 181; *Attorney General v. Punch Ltd.*, [2002] UKHL 50, [2003] 1 A.C. 1046; *Z Ltd. v. A-Z*, [1982] 1 Q.B. 558; *Baker v. Paul*, [2013] NSWCA 426; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *Ontario (Attorney General) v. Paul Magder Furs Ltd.* (1991), 6 O.R. (3d) 188.

permettant à C de remettre en cause la conclusion initiale d'outrage. La contestation de la conclusion antérieure de la juge des motions était fondée sur des éléments de preuve qu'il aurait dû fournir lors de la première audience. De plus, comme l'a souligné la Cour d'appel, la partie qui fait l'objet d'une motion pour outrage n'a pas le droit de présenter une défense partielle à l'étape de la responsabilité et ensuite, si le plan initial échoue, d'avoir une deuxième chance à l'étape de la détermination de la peine. Cela irait à l'encontre de l'objet de la première audience.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *College of Optometrists (Ont.) c. SHS Optical Ltd.*, 2008 ONCA 685, 241 O.A.C. 225; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *Pro Swing Inc. c. Elta Golf Inc.*, 2006 CSC 52, [2006] 2 R.C.S. 612; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Torroni*, 2009 ONCA 85, 94 O.R. (3d) 614; *Poje c. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516; *Chiang (Trustee of) c. Chiang*, 2009 ONCA 3, 305 D.L.R. (4th) 655; *Prescott-Russell Services for Children and Adults c. G. (N.)* (2006), 82 O.R. (3d) 686; *Bhatnager c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 R.C.S. 217; *Jackson c. Honey*, 2009 BCCA 112, 267 B.C.A.C. 210; *TG Industries Ltd. c. Williams*, 2001 NSCA 105, 196 N.S.R. (2d) 35; *Godin c. Godin*, 2012 NSCA 54, 317 N.S.R. (2d) 204; *Soper c. Gaudet*, 2011 NSCA 11, 298 N.S.R. (2d) 303; *Jaskhs Enterprises Inc. c. Indus Corp.*, 2004 CanLII 32262; *Culligan Canada Ltd. c. Fettes*, 2010 SKCA 151, 326 D.L.R. (4th) 463; *Sheppard c. Sheppard* (1976), 12 O.R. (2d) 4; *Hefkey c. Hefkey*, 2013 ONCA 44, 30 R.F.L. (7th) 65; *Centre commercial Les Rivières ltée c. Jean Bleu inc.*, 2012 QCCA 1663; *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065; *Daigle c. St-Gabriel-de-Brandon (Paroisse)*, [1991] R.D.J. 249; *St. Elizabeth Home Society c. Hamilton (City)*, 2008 ONCA 182, 89 O.R. (3d) 81; *Morrow, Power c. Newfoundland Telephone Co.* (1994), 121 Nfld. & P.E.I.R. 334; *Sussex Group Ltd. c. Fangeat*, 42 C.P.C. (5th) 274; *Re Tyre Manufacturers' Agreement*, [1966] 2 All E.R. 849; *Canada Metal Co. c. C.B.C. (No. 2)* (1974), 48 D.L.R. (3d) 641, conf. par (1975), 65 D.L.R. (3d) 231; *Customs and Excise Commissioners c. Barclays Bank plc*, [2006] UKHL 28, [2007] 1 A.C. 181; *Attorney General c. Punch Ltd.*, [2002] UKHL 50, [2003] 1 A.C. 1046; *Z Ltd. c. A-Z*, [1982] 1 Q.B. 558; *Baker c. Paul*, [2013] NSWCA 426; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *Ontario (Attorney General) c. Paul Magder Furs Ltd.* (1991), 6 O.R. (3d) 188.

Statutes and Regulations Cited

Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 60.11.

Authors Cited

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992 (loose-leaf updated November 2014, release 23).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Sharpe and Gillese JJ.A.), 2013 ONCA 530, 310 O.A.C. 209, 116 O.R. (3d) 641, 367 D.L.R. (4th) 415, 52 C.P.C. (7th) 144, [2013] O.J. No. 3891 (QL), 2013 CarswellOnt 11824 (WL Can.), setting aside a decision of Roberts J., 2012 ONSC 7252, [2012] O.J. No. 6596 (QL), 2012 CarswellOnt 17537 (WL Can.), and restoring her initial contempt order. Appeal dismissed.

Patricia D. S. Jackson and Rachael Saab, for the appellant.

Kevin Toyne and John Philpott, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] Contempt of court proceedings against lawyers are rare; so are situations in which judges reverse their own previous findings. But this case, which gives the Court the opportunity to clarify some aspects of the common law of civil contempt of court, has both of these unusual elements.

[2] The appellant, Peter Carey, is a lawyer who was the object of contempt proceedings for allegedly breaching the terms of an injunction. He was initially found in contempt by a judge of the Ontario Superior Court of Justice, but the judge revisited that finding and reversed it when the matter came back before her for consideration of the appropriate penalty.

Lois et règlements cités

Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 60.11.

Doctrine et autres documents cités

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed., Aurora (Ont.), Canada Law Book, 1992 (loose-leaf updated November 2014, release 23).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg, Sharpe et Gillese), 2013 ONCA 530, 310 O.A.C. 209, 116 O.R. (3d) 641, 367 D.L.R. (4th) 415, 52 C.P.C. (7th) 144, [2013] O.J. No. 3891 (QL), 2013 CarswellOnt 11824 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la juge Roberts, 2012 ONSC 7252, [2012] O.J. No. 6596 (QL), 2012 CarswellOnt 17537 (WL Can.), puis rétabli son ordonnance initiale pour outrage au tribunal. Pourvoi rejeté.

Patricia D. S. Jackson et Rachael Saab, pour l'appellant.

Kevin Toyne et John Philpott, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] Il est rare que des procédures pour outrage au tribunal soient intentées contre des avocats. Les cas où les juges infirment leurs propres conclusions sont également rares. Or, le présent pourvoi, qui donne à la Cour l'occasion de clarifier certains aspects des règles de common law en matière d'outrage civil au tribunal, comporte ces deux éléments particuliers.

[2] L'appellant, Peter Carey, est un avocat qui a fait l'objet d'une procédure pour outrage du fait qu'il aurait violé les prescriptions d'une injonction. Il a initialement été reconnu coupable d'outrage au tribunal par une juge de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, mais cette dernière a réexaminé sa décision et l'a infirmée quand elle a de nouveau été

The Court of Appeal set the judge's second decision aside and found Mr. Carey in contempt. He now appeals to this Court, raising three questions:

1. To have committed contempt, did Mr. Carey have to intend to interfere with the administration of justice?
2. Was Mr. Carey in contempt?
3. Was it open to the judge to set aside her initial finding of contempt?

[3] I conclude that the Court of Appeal for Ontario was correct to answer the first and third questions in the negative and the second in the affirmative: to be in contempt, Mr. Carey did not need to intend to interfere with the administration of justice; Mr. Carey was in contempt and his obligations to his client did not justify or excuse his breaching the injunction; and it was not open to the judge to set aside her initial finding of contempt. I would therefore dismiss the appeal with costs.

[4] The factual and procedural context in which these issues arise is complicated and I will turn to that before getting into the legal analysis that has led me to these conclusions.

II. Background

A. *Overview*

[5] The appeal arises out of Mr. Carey's alleged breach of a so-called *Mareva* injunction that enjoined any person with knowledge of the order from "disposing of, or otherwise dealing with" any assets of various parties, including Peter Sabourin for whom Mr. Carey acted. The injunction was issued in the course of litigation between the respondent, Judith Laiken, and Mr. Sabourin and related parties. Ultimately, Ms. Laiken obtained a judgment against Mr. Sabourin and his companies for roughly \$1 million and costs.

saisie de l'affaire dans le but de déterminer la peine appropriée. La Cour d'appel a annulé la seconde décision de la juge et a reconnu M^e Carey coupable d'outrage. Ce dernier se pourvoit maintenant devant la Cour et soulève trois questions :

1. Pour commettre un outrage, M^e Carey devait-il avoir l'intention d'entraver l'administration de la justice?
2. Maître Carey s'est-il rendu coupable d'outrage?
3. La juge pouvait-elle annuler sa conclusion initiale d'outrage?

[3] J'estime que la Cour d'appel de l'Ontario a eu raison de répondre par la négative aux première et troisième questions et par l'affirmative à la deuxième : pour être coupable d'outrage, M^e Carey n'avait pas à avoir l'intention d'entraver l'administration de la justice; il s'est rendu coupable d'outrage et les obligations dont il devait s'acquitter envers son client ne pouvaient pas justifier ou excuser sa violation de l'injonction; et la juge ne pouvait pas annuler sa conclusion initiale d'outrage. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

[4] Le contexte factuel et procédural dans lequel ces questions sont soulevées est compliqué et je vais l'examiner avant de passer à l'analyse juridique qui m'a emmené à tirer ces conclusions.

II. Contexte

A. *Aperçu*

[5] Le pourvoi découle de la présumée violation par M^e Carey d'une injonction dite *Mareva* qui interdisait à toute personne au courant de l'existence de l'ordonnance de [TRADUCTION] « se départir » des biens de différentes parties, y compris Peter Sabourin que représentait M^e Carey, ou « de les utiliser à d'autres fins ». L'injonction a été délivrée dans le contexte d'un litige entre l'intimée, Judith Laiken, d'une part, et M. Sabourin ainsi que des personnes liées, d'autre part. En fin de compte, M^{me} Laiken a obtenu un jugement contre M. Sabourin et ses compagnies pour la somme d'environ un million de dollars, plus les dépens.

[6] Following the conclusion of this litigation, Ms. Laiken brought contempt proceedings against Mr. Carey, who unquestionably had knowledge of the injunction. She alleged he had breached its terms by returning to Mr. Sabourin over \$400,000 that Mr. Carey was holding in trust for him. These contempt proceedings have led to the appeal before this Court.

B. *The Litigation Leading to the Injunction*

[7] Ms. Laiken retained Mr. Sabourin and his group of companies to conduct off-shore security trades on her behalf. To this end, she transferred approximately \$885,000 to various bank accounts he and his businesses held. Ultimately, these funds were lost and, unsurprisingly, the business relationship between Ms. Laiken and Mr. Sabourin soured. In 2000, he sued her for \$364,000, alleging a deficit in her margin account. She counterclaimed for over \$800,000, alleging that he had defrauded her. Mr. Carey represented Mr. Sabourin and his business entities in these proceedings.

[8] Ms. Laiken obtained an *ex parte Mareva* injunction from the Ontario Superior Court of Justice freezing the assets of the defendants to her counterclaim, including Mr. Sabourin. The injunction had broad terms. It prohibited, among other things, Mr. Sabourin and any person with knowledge of the order from “disposing of, or otherwise dealing with” any of Mr. Sabourin’s assets: Order of May 4, 2006, by Campbell J. (see A.R., vol. I, at p. 2). The injunction also directed any person with knowledge of it to “take immediate steps to prevent the . . . transfer” of the assets, including those held in “trust accounts” in that person’s power, possession or control (*ibid.*). The Superior Court of Justice continued the injunction on multiple occasions with the understanding that the parties needed to work out between themselves variations to it to allow for payment of legal fees and living expenses. However, the injunction was never formally amended.

[6] Après la conclusion de ce litige, M^{me} Laiken a engagé une procédure pour outrage contre M^e Carey qui, incontestablement, était au courant de l’existence de l’injonction. Elle a allégué qu’il avait violé les prescriptions de cette dernière en remettant à M. Sabourin plus de 400 000 \$ qu’il détenait pour lui en fiducie. Cette procédure pour outrage a donné lieu au présent pourvoi.

B. *Le litige ayant mené à l’injonction*

[7] Madame Laiken a retenu les services de M. Sabourin et de son groupe d’entreprises pour qu’il effectue, en son nom, des opérations à l’étranger sur des valeurs mobilières. À cette fin, elle a transféré environ 885 000 \$ dans divers comptes bancaires détenus par M. Sabourin et ses entreprises. Au final, ces fonds ont été perdus et, fait peu surprenant, la relation d’affaires entre M^{me} Laiken et M. Sabourin s’est détériorée. En 2000, ce dernier a poursuivi sa cliente pour 364 000 \$ parce que son compte sur marge était déficitaire. Madame Laiken a présenté une demande reconventionnelle pour plus de 800 000 \$ au motif que M. Sabourin l’avait escroquée. Maître Carey représentait ce dernier et ses entreprises dans le cadre de ces procédures.

[8] Madame Laiken a obtenu de la Cour supérieure de justice de l’Ontario une injonction *Mareva ex parte* qui a gelé les biens des défendeurs reconventionnels, y compris ceux de M. Sabourin. L’injonction était formulée en termes généraux. Elle interdisait notamment à M. Sabourin et à toute autre personne au courant de l’existence de l’ordonnance de [TRADUCTION] « se départir » des biens de M. Sabourin, ou « de les utiliser à d’autres fins » : ordonnance du 4 mai 2006, juge Campbell (voir d.a., vol. I, p. 2). L’injonction ordonnait aussi à toute personne au courant de son existence de « prendre immédiatement des mesures pour éviter le [. . .] transfert » des biens, y compris ceux détenus dans les « comptes en fiducie » en sa possession, sous son autorité ou sous son contrôle (*ibid.*). La Cour supérieure de justice a maintenu l’injonction à plusieurs reprises après avoir convenu que les parties devaient s’entendre sur les modifications à y apporter pour permettre le paiement des honoraires juridiques et des frais de subsistance. L’injonction n’a toutefois jamais été formellement modifiée.

[9] A few months after the initial order had been made Mr. Sabourin sent Mr. Carey a cheque for \$500,000. No instructions accompanied the cheque and Mr. Carey could not reach Mr. Sabourin to obtain instructions. Pursuant to Law Society of Upper Canada by-law requirements, Mr. Carey deposited the cheque in his trust account, applying some of the money towards Mr. Sabourin's outstanding legal fees, since the parties had agreed that the injunction did not prohibit the payment of reasonable legal fees.

[10] Mr. Sabourin later called Mr. Carey and told him to use the rest of the funds to settle the claims of creditors represented by Bill Brown, who had invested in the Sabourin entities. Mr. Carey advised Mr. Sabourin that he could not do that because making a payment to a third-party creditor would breach the injunction. Mr. Sabourin then instructed Mr. Carey to attempt to negotiate a settlement with Ms. Laiken.

[11] A few days later, during a conference call with Messrs. Brown and Carey, Mr. Sabourin advised that Mr. Carey was holding some \$500,000 in trust. The money, he said, was intended for Mr. Brown, but the injunction prohibited Mr. Carey from paying it to him.

[12] Mr. Carey could not reach a settlement with Ms. Laiken's lawyers. At no point did he reveal to them the existence of the trust money. After the failed settlement negotiations, Mr. Sabourin instructed Mr. Carey to return the balance of the funds to him, which Mr. Carey did after deducting an amount to cover future legal fees. Mr. Carey transferred a total of \$440,000 back to Mr. Sabourin in October and November 2006.

[13] Early in 2007, Mr. Sabourin called Mr. Carey and terminated his retainer and instructed him to take no further steps until he had retained new counsel. Shortly after this call, Mr. Sabourin went out of business and vanished. Mr. Carey never received a

[9] Quelques mois après le prononcé de la première ordonnance, M. Sabourin a envoyé à M^e Carey un chèque de 500 000 \$. Aucune directive n'accompagnait le chèque et M^e Carey a été incapable de rejoindre son client pour obtenir des instructions. Conformément aux exigences de la réglementation du Barreau du Haut-Canada, M^e Carey a déposé le chèque dans son compte en fiducie, et ce, tout en appliquant une partie de l'argent aux honoraires impayés de M. Sabourin, puisque les parties avaient convenu que l'injonction n'interdisait pas le paiement d'honoraires juridiques raisonnables.

[10] Monsieur Sabourin a appelé M^e Carey ultérieurement pour lui dire d'utiliser le reste des fonds afin de régler les réclamations des créanciers représentés par Bill Brown et qui avaient investi dans ses entreprises. Maître Carey a informé M. Sabourin qu'il ne pouvait pas obtempérer à sa demande parce que le versement d'un paiement à un tiers créancier constituerait une violation de l'injonction. Monsieur Sabourin a alors demandé à M^e Carey d'essayer de négocier un règlement avec M^{me} Laiken.

[11] Quelques jours plus tard, durant une téléconférence avec M. Brown et M^e Carey, M. Sabourin a mentionné que ce dernier détenait environ 500 000 \$ en fiducie. L'argent, a-t-il dit, était destiné à M. Brown, mais l'injonction empêchait M^e Carey de le lui verser.

[12] Maître Carey n'est pas parvenu à un règlement avec les avocats de M^{me} Laiken. En aucun temps il ne leur a révélé l'existence de l'argent détenu en fiducie. Après l'échec des négociations en vue d'un règlement, M. Sabourin a demandé à M^e Carey de lui remettre le reste des fonds, ce que M^e Carey a fait après avoir déduit un certain montant pour couvrir ses honoraires futurs. Maître Carey a remis à M. Sabourin en octobre et en novembre 2006 un montant total de 440 000 \$.

[13] Au début de l'année 2007, M. Sabourin a appelé M^e Carey, a mis fin à son mandat de représentation et lui a demandé de ne rien faire jusqu'à ce qu'il ait retenu les services d'un nouvel avocat. Peu de temps après cet appel, M. Sabourin a cessé

notice of change of lawyers and remained counsel of record in the Laiken-Sabourin litigation.

[14] Later that year, Mr. Brown obtained judgment against Mr. Sabourin and receivership over his assets and those of his companies. Advised of the trust funds that Mr. Carey had held for Mr. Sabourin, the receiver demanded that Mr. Carey provide a full accounting of these funds. Mr. Carey replied that he had received \$500,000 from Mr. Sabourin, returned \$440,000 and that just over \$6,000 remained in the trust account. Mr. Carey indicated that he felt he could provide this information without violating any solicitor-client privilege, but he refused to provide additional information or documents that he thought might be privileged. A further court order required Mr. Carey to give a “full accounting of all funds” from Mr. Sabourin, which he provided.

[15] In November 2007, Ms. Laiken obtained summary judgment dismissing Mr. Sabourin’s claim against her and granting her over \$1 million in damages and costs on her counterclaim for fraud.

C. *The Contempt Proceedings*

[16] Ms. Laiken applied to have Mr. Carey found in contempt. She alleged that he breached the *Mareva* injunction by returning the \$440,000 in his trust account to Mr. Sabourin. The series of decisions related to this motion led ultimately to the appeal before us.

[17] In Ontario, civil contempt proceedings are governed by rule 60.11 of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194. Under this rule, a party may move to obtain a contempt order: rule 60.11(1). A judge, in dealing with such a motion, can “make such order as is just” and, following “a finding” of contempt, he or she may order the contemnor to be

ses activités et a disparu. Maître Carey n’a jamais reçu d’avis de changement d’avocat et il est resté l’avocat inscrit au dossier dans l’affaire Laiken-Sabourin.

[14] Plus tard la même année, M. Brown a obtenu un jugement contre M. Sabourin ainsi qu’une ordonnance de mise sous séquestre de ses biens et de ceux de ses entreprises. Comme il a été informé de l’existence des fonds en fiducie que M^e Carey avait détenus pour M. Sabourin, le séquestre a demandé à M^e Carey de lui fournir une reddition de compte complète de ces fonds. Maître Carey a répondu qu’il avait reçu 500 000 \$ de M. Sabourin, qu’il lui avait remis 440 000 \$ et qu’il restait à peine plus de 6 000 \$ dans le compte. Maître Carey a indiqué qu’il estimait pouvoir fournir ces renseignements sans violer le secret professionnel, mais il a refusé de fournir d’autres renseignements ou documents qui, selon lui, pouvaient être protégés par le secret professionnel. Une ordonnance judiciaire subséquente enjoignait à M^e Carey de donner une [TRADUCTION] « reddition complète de tous les fonds » de M. Sabourin, ce qu’il a fait.

[15] En novembre 2007, M^{me} Laiken a obtenu un jugement sommaire rejetant la demande que M. Sabourin avait présentée contre elle et lui accordant plus d’un million de dollars en dommages-intérêts et dépens dans le cadre de sa demande reconventionnelle pour fraude.

C. *La procédure pour outrage*

[16] Madame Laiken a demandé que M^e Carey soit reconnu coupable d’outrage. Selon elle, il avait violé l’injonction *Mareva* en retournant à M. Sabourin les 440 000 \$ détenus dans son compte en fiducie. Les décisions successives se rapportant à cette demande ont finalement donné lieu au présent pourvoi.

[17] En Ontario, les procédures pour outrage civil sont régies par la règle 60.11 des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194. Aux termes de cette règle, une partie peut présenter une motion dans le but d’obtenir une ordonnance pour outrage : par. 60.11(1). Dans sa décision sur la motion, un juge peut « rendre une ordonnance juste »

imprisoned, pay a fine, do or refrain from doing an act, pay just costs, and comply with any other order the judge considers necessary: rule 60.11(5). Upon motion, “a judge may discharge, set aside, vary or give directions in respect of an order under sub-rule (5) . . . and may grant such other relief and make such other order as is just”: rule 60.11(8).

[18] The *Rules* do not prescribe the form of contempt proceedings. However, as a general rule, proceedings are bifurcated into a liability phase where the case on liability proceeds and a defence is offered — and, if liability is established, a penalty phase. In contempt proceedings, liability and penalty are discrete issues: *College of Optometrists (Ont.) v. SHS Optical Ltd.*, 2008 ONCA 685, 241 O.A.C. 225, at paras. 72-75.

[19] It is within this procedural framework that the Ontario courts considered Ms. Laiken’s motion to find Mr. Carey in contempt of the *Mareva* injunction.

- (1) The First Contempt Decision: Ontario Superior Court of Justice (Roberts J., 2011 ONSC 5892)

[20] The motions judge found Mr. Carey in contempt and issued an order to that effect. She was satisfied beyond a reasonable doubt that the *Mareva* order was clear and that Mr. Carey “knowingly and deliberately breached” it by transferring the funds from his trust account to Mr. Sabourin (para. 42 (CanLII)). The motions judge ordered the parties to appear before her at a later date for another hearing. She stated she would take into account any further evidence and testimony the parties submitted in making any order under rules 60.11(5) and 60.11(8).

et, s’il « conclut » que la personne est coupable d’outrage, il peut ordonner qu’elle soit incarcérée, paie une amende, fasse ou s’abstienne de faire quelque chose, paie des dépens justes et se conforme à toute autre ordonnance que le juge estime nécessaire : par. 60.11(5). « Un juge peut, sur motion, modifier ou annuler une ordonnance rendue en application du paragraphe (5) [. . .], 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 » : par. 60.11(8).

[18] Les *Règles* ne précisent pas la forme que doivent prendre les procédures pour outrage. Cependant, en général, elles sont scindées en deux étapes distinctes : l’étape relative à la responsabilité — durant laquelle la question de la responsabilité est soulevée et un moyen de défense est invoqué — puis, si la responsabilité est établie, l’étape de la détermination de la peine. Dans les procédures pour outrage, la responsabilité et la peine sont deux questions distinctes : *College of Optometrists (Ont.) c. SHS Optical Ltd.*, 2008 ONCA 685, 241 O.A.C. 225, par. 72-75.

[19] C’est dans ce cadre procédural que les tribunaux de l’Ontario ont examiné la motion de M^{me} Laiken par laquelle elle demandait à la cour de déclarer que M^e Carey s’était rendu coupable d’outrage pour violation d’une injonction *Mareva*.

- (1) La première décision relative à la question de l’outrage : Cour supérieure de justice de l’Ontario (la juge Roberts, 2011 ONSC 5892)

[20] La juge des motions a déclaré M^e Carey coupable d’outrage et a prononcé une ordonnance à cet effet. Elle était convaincue hors de tout doute raisonnable que l’ordonnance *Mareva* était clairement formulée et que M^e Carey l’avait [TRADUCTION] « sciemment et délibérément violée » en transférant les fonds détenus dans son compte en fiducie à M. Sabourin (par. 42 (CanLII)). Elle a en outre ordonné aux parties de comparaître devant elle à une date ultérieure pour une autre audience et indiqué qu’elle prendrait en considération tout autre élément de preuve et témoignage présentés par les parties avant de rendre une ordonnance en vertu des par. 60.11(5) et 60.11(8).

- (2) The Stay Application Decision: Ontario Court of Appeal (Sharpe J.A., 2011 ONCA 757, 286 O.A.C. 273)

[21] A judge of the Court of Appeal dismissed Mr. Carey's motion for a stay of the motions judge's order and any further proceedings pending appeal of that order. The court held that the contempt proceedings were not yet completed and that until they were, the Court of Appeal would not know relevant information, including whether the judge considered the contempt to be trivial or serious.

- (3) The Second Contempt Decision: Ontario Superior Court of Justice (Roberts J., 2012 ONSC 7252, [2012] O.J. No. 6596 (QL))

[22] When the matter resumed before the motions judge, Mr. Carey moved to reopen the contempt hearing. He filed new evidence, including an affidavit sworn by Alan Lenczner, Q.C., stating that by returning the money in excess of that required to cover legal fees, Mr. Carey had acted in a manner consistent with the practice of counsel generally. Mr. Carey also proffered his own testimony about what he perceived to be his professional obligations and his motivations in dealing with the trust funds.

[23] The motions judge set aside her previous finding of contempt. Based on the new evidence, she doubted whether the terms of the order were clear and whether Mr. Carey's interpretation of it was deliberately and wilfully blind.

- (4) The Appeal Decision: Ontario Court of Appeal (Sharpe J.A. (Rosenberg and Gillese J.J.A. concurring), 2013 ONCA 530, 367 D.L.R. (4th) 415)

[24] The Court of Appeal unanimously allowed the appeal and restored the initial contempt finding. The motions judge had erred, the Court of Appeal

- (2) La décision relative à la demande de sursis : Cour d'appel de l'Ontario (le juge Sharpe, 2011 ONCA 757, 286 O.A.C. 273)

[21] Un juge de la Cour d'appel a rejeté la motion présentée par M^e Carey en vue d'obtenir un sursis d'exécution de l'ordonnance de la juge des motions et de toute autre procédure jusqu'à la décision sur l'appel de cette ordonnance. La Cour d'appel a conclu que la procédure d'outrage n'était pas encore terminée et que, jusqu'à ce qu'elle le soit, elle ne connaîtrait pas certains renseignements pertinents, notamment la réponse à la question de savoir si la juge estimait que l'outrage était négligeable ou grave.

- (3) La deuxième décision relative à la question de l'outrage : Cour supérieure de justice de l'Ontario (la juge Roberts, 2012 ONSC 7252, [2012] O.J. No. 6596 (QL))

[22] Lors de la reprise des procédures devant la juge des motions, M^e Carey a demandé la réouverture de l'audience relative à l'outrage. Il a déposé de nouveaux éléments de preuve, y compris un affidavit signé par M^e Alan Lenczner, c.r., qui précisait que, en remettant la somme excédant le montant nécessaire pour couvrir ses honoraires, M^e Carey avait agi conformément à la pratique habituelle des avocats. Maître Carey a aussi témoigné sur ce qu'il considérait comme ses obligations professionnelles et ses motivations lorsqu'il s'occupait des fonds en fiducie.

[23] La juge des motions a annulé sa conclusion d'outrage. Vu la nouvelle preuve, elle n'était plus convaincue que l'ordonnance était claire et que M^e Carey avait fait preuve d'aveuglement volontaire au moment de l'interpréter.

- (4) La décision en appel : Cour d'appel de l'Ontario (le juge Sharpe (avec l'accord des juges Rosenberg et Gillese), 2013 ONCA 530, 367 D.L.R. (4th) 415)

[24] La Cour d'appel a accueilli l'appel à l'unanimité et a rétabli la conclusion initiale d'outrage. Selon elle, la juge des motions avait commis une

found, in setting it aside. Mr. Carey had inappropriately used the second stage of the contempt proceedings to attack the motions judge's earlier findings and based this attack on evidence he ought to have filed at the first hearing. While the appeal could have been resolved on these procedural grounds, the court went on to hold that the motions judge erred in finding Mr. Carey was not in contempt.

[25] The Court of Appeal accepted that Mr. Carey did not desire or knowingly choose to disobey the order, but found that it is unnecessary to establish this in order to find him liable for civil contempt. Mr. Carey knew of a clear court order and he committed an act that violated it. This was sufficient to constitute civil contempt.

III. Analysis

A. *First Issue: To Have Committed Contempt, Did Mr. Carey Have to Intend to Interfere With the Administration of Justice?*

(1) Overview

[26] At the initial contempt hearing, Roberts J. stated, in my view correctly, that "civil contempt consists of the intentional doing of an act which is in fact prohibited by the order": 2011 ONSC 5892, at para. 24. However, she subsequently set aside her earlier finding of contempt. She held:

Based on Mr. Carey's oral evidence, because of the protracted history between Mr. Carey's clients and the plaintiff and the way that Mr. Carey viewed the merits of the plaintiffs [*sic*] claim, the unusual form of the May 4, 2006 Mareva Order, and the variations discussed and agreed upon between counsel, which were not set out in one document by formal amendment, I have a reasonable doubt as to whether the terms of the May 4, 2006 Mareva Order were completely clear to Mr. Carey, and I am not satisfied beyond a reasonable doubt that Mr. Carey's

erreur en l'annulant. Maître Carey avait utilisé la deuxième étape de la procédure pour outrage de façon inappropriée dans le but de contester les conclusions rendues antérieurement par la juge des motions et il a fondé cette contestation sur des éléments de preuve qu'il aurait dû fournir lors de la première audience. Certes, la cour aurait pu trancher l'appel en se fondant sur ces motifs touchant à la procédure, mais elle a conclu en outre que la juge des motions avait commis une erreur en déclarant que M^e Carey n'était pas coupable d'outrage.

[25] La Cour d'appel a convenu que M^e Carey ne voulait pas et n'avait pas sciemment choisi de désobéir à l'ordonnance, mais elle a conclu qu'il n'était pas nécessaire de faire la preuve de son intention pour qu'il soit déclaré coupable d'outrage civil. Maître Carey connaissait l'existence d'une ordonnance judiciaire dont le libellé était limpide et il a commis un acte en violation de cette ordonnance. Cela suffisait pour qu'il s'agisse d'un outrage civil.

III. Analyse

A. *Première question : pour commettre un outrage, M^e Carey devait-il avoir l'intention d'entraver l'administration de la justice?*

(1) Aperçu

[26] Durant la première audience relative à l'outrage, la juge Roberts a indiqué, à bon droit selon moi, que [TRADUCTION] « l'outrage civil consiste en l'accomplissement intentionnel d'un acte interdit par l'ordonnance » : 2011 ONSC 5892, par. 24. Cependant, elle a ultérieurement annulé sa première conclusion et conclu ce qui suit :

[TRADUCTION] Compte tenu du témoignage de M^e Carey, de la longue histoire entre les clients de M^e Carey et la demanderesse, de l'avis de M^e Carey sur le bien-fondé de la demande, de la forme inhabituelle de l'ordonnance *Mareva* datée du 4 mai 2006 et des modifications, adoptées après consultation et entente entre avocats, lesquelles n'ont pas été énoncées dans un document au moyen d'une modification à l'ordonnance, j'ai un doute raisonnable quant à savoir si les prescriptions de l'ordonnance Mareva datée du 4 mai

interpretation of the May 4, 2006 Mareva Order was deliberately and willfully blind. [Emphasis added; 2012 ONSC 7252, at para. 36.]

[27] The Court of Appeal, however, held that it was an error of law to conclude that Mr. Carey could not be found in contempt because he did not deliberately breach the order. Ms. Laiken did not have to prove that Mr. Carey had “deliberately” breached the order or, as the court put it elsewhere in its reasons, to establish “contumacious intent”: paras. 65 and 62. The order clearly prohibited dealing in trust funds belonging to Mr. Sabourin, yet Mr. Carey knew of the order and he intentionally transferred the funds, an act that was contrary to the order. This is all that is required to establish the elements of civil contempt.

[28] Before this Court, the parties devoted a substantial portion of their written submissions to the mental element of civil contempt. Mr. Carey’s position is that in various circumstances — namely, where the alleged contemnor cannot “purge” his contempt, is a lawyer or is a third party to an order — proof of an intention to interfere with the administration of justice is required. In other words, in these circumstances contumacy or intent to breach the order is an element of the offence. Ms. Laiken frames the issue slightly differently. Rather than viewing the question as one turning on the elements of civil contempt, she submits that lack of contumacious intent is not a defence in civil contempt proceedings, regardless of the alleged contemnor’s circumstances.

[29] However framed, the issue boils down to the required intent for a finding of civil contempt. Canadian jurisprudence clearly sets out the requirements for establishing civil contempt, of which I provide an overview below. Contumacy — the intent to interfere with the administration of justice — is not an element of civil contempt and lack of contumacy

2006 étaient totalement claires pour M^e Carey, et je ne suis pas convaincue hors de tout doute raisonnable que M^e Carey a fait preuve d’aveuglement volontaire quand il a interprété cette ordonnance. [Je souligne; 2012 ONSC 7252, par. 36.]

[27] La Cour d’appel a toutefois conclu qu’il était erroné en droit de conclure à l’impossibilité de déclarer M^e Carey coupable d’outrage parce qu’il n’avait pas délibérément violé l’ordonnance. Madame Laiken n’avait pas à prouver que M^e Carey avait « délibérément » violé l’ordonnance ou, comme l’a indiqué la Cour d’appel ailleurs dans ses motifs, à établir une [TRADUCTION] « intention de désobéir » : par. 65 et 62. Aux termes de l’ordonnance, il était clairement interdit d’utiliser les fonds détenus en fiducie appartenant à M. Sabourin. Or, M^e Carey connaissait l’existence de l’ordonnance et il a intentionnellement transféré les fonds, un acte contraire à l’ordonnance. Cela suffit pour établir les éléments constitutifs de l’outrage civil.

[28] Devant la Cour, les parties ont consacré une portion importante de leurs observations écrites à l’élément moral de l’outrage civil. Selon M^e Carey, dans diverses circonstances — à savoir, lorsque l’auteur présumé de l’outrage ne peut pas faire amende honorable pour ce dernier, ou quand il est un avocat ou une tierce partie à l’ordonnance —, il faut prouver l’intention d’entraver l’administration de la justice. Autrement dit, dans ces circonstances, la désobéissance ou l’intention de violer l’ordonnance est un élément constitutif de l’infraction. Madame Laiken formule la question un peu différemment. Plutôt que de considérer la question comme touchant les éléments constitutifs de l’outrage civil, elle soutient que l’absence d’intention de désobéir ne peut servir de moyen de défense dans le cadre d’une procédure pour outrage civil, peu importe la situation de l’auteur présumé de l’outrage en question.

[29] En fait, quelle que soit sa formulation, la question se résume à celle de l’intention nécessaire pour pouvoir conclure à un outrage civil. La jurisprudence canadienne énonce clairement les exigences, dont un aperçu suit, permettant d’établir un tel outrage. La désobéissance — soit l’intention d’entraver l’administration de la justice — n’est

is therefore not a defence. I do not accept Mr. Carey’s position that a different rule should apply to individuals who cannot purge their contempt, to lawyers and to third parties.

(2) The Canadian Common Law of Civil Contempt

[30] Contempt of court “rest[s] on the power of the court to uphold its dignity and process. . . . The rule of law is directly dependent on the ability of the courts to enforce their process and maintain their dignity and respect”: *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901, at p. 931. It is well established that the purpose of a contempt order is “first and foremost a declaration that a party has acted in defiance of a court order”: *Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.*, 2006 SCC 52, [2006] 2 S.C.R. 612, at para. 35, cited in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Torroni*, 2009 ONCA 85, 94 O.R. (3d) 614, at para. 20.

[31] The common law has developed to recognize two forms of contempt of court: criminal contempt and civil contempt. The distinction, which the parties to this appeal accept, rests on the element of public defiance accompanying criminal contempt: see, e.g., *United Nurses*, at p. 931; *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516, at p. 522. With civil contempt, where there is no element of public defiance, the matter is generally seen “primarily as coercive rather than punitive”: R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (2nd ed. (loose-leaf)), at ¶ 6.100. However, one purpose of sentencing for civil contempt is punishment for breaching a court order: *Chiang (Trustee of) v. Chiang*, 2009 ONCA 3, 305 D.L.R. (4th) 655, at para. 117. Courts sometimes impose substantial fines to match the gravity of the contempt, to deter the contemnor’s continuing conduct and to deter others from comparable conduct: Sharpe, at ¶ 6.100.

pas un élément constitutif de l’outrage civil et, par conséquent, l’absence d’intention de désobéir ne peut être invoquée comme moyen de défense. Je ne souscris pas à l’opinion de M^e Carey selon laquelle une règle différente devrait s’appliquer à ceux qui ne peuvent pas faire amende honorable pour l’outrage, aux avocats et aux tiers.

(2) L’outrage civil en common law canadienne

[30] L’outrage au tribunal « repos[e] sur le pouvoir de la cour de maintenir sa dignité et sa procédure. [. . .] La primauté du droit est directement tributaire de la capacité des tribunaux de faire observer leur procédure et de maintenir leur dignité et le respect qui leur est dû » : *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901, p. 931. Il est bien établi qu’une ordonnance pour outrage au tribunal est « avant tout une déclaration qu’une partie a transgressé une ordonnance judiciaire » : *Pro Swing Inc. c. Elta Golf Inc.*, 2006 CSC 52, [2006] 2 R.C.S. 612, par. 35, cité dans *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Torroni*, 2009 ONCA 85, 94 O.R. (3d) 614, par. 20.

[31] La common law a évolué et reconnaît maintenant deux formes d’outrage au tribunal : l’outrage criminel et l’outrage civil. La distinction, qu’acceptent les parties au présent pourvoi, repose sur l’élément de transgression publique qui accompagne l’outrage criminel : voir, p. ex., *United Nurses*, p. 931; *Poje c. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516, p. 522. L’outrage civil, qui ne suppose aucune transgression publique, a, de façon générale, une dimension [TRADUCTION] « avant tout coercitive plutôt que punitive » : R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (2^e éd. (feuilles mobiles)), ¶ 6.100. Cependant, la condamnation à des sanctions dans les cas d’outrage civil a notamment pour objectif de punir la violation d’une ordonnance judiciaire : *Chiang (Trustee of) c. Chiang*, 2009 ONCA 3, 305 D.L.R. (4th) 655, par. 117. Les tribunaux infligent parfois de lourdes amendes dans le but d’établir une correspondance avec la gravité de l’outrage, de mettre un terme à la conduite de l’auteur de l’outrage et de dissuader autrui d’adopter une conduite semblable : Sharpe, ¶ 6.100.

[32] Civil contempt has three elements which must be established beyond a reasonable doubt: *Prescott-Russell Services for Children and Adults v. G. (N.)* (2006), 82 O.R. (3d) 686 (C.A.), at para. 27; *College of Optometrists*, at para. 71; *Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 S.C.R. 217, at pp. 224-25; *Jackson v. Honey*, 2009 BCCA 112, 267 B.C.A.C. 210, at paras. 12-13; *TG Industries Ltd. v. Williams*, 2001 NSCA 105, 196 N.S.R. (2d) 35, at paras. 17 and 32; *Godin v. Godin*, 2012 NSCA 54, 317 N.S.R. (2d) 204, at para. 47; *Soper v. Gaudet*, 2011 NSCA 11, 298 N.S.R. (2d) 303, at para. 23. These three elements, coupled with the heightened standard of proof, help to ensure that the potential penal consequences of a contempt finding ensue only in appropriate cases: *Bell ExpressVu*, at para. 22; *Chiang*, at paras. 10-11.

[33] The first element is that the order alleged to have been breached “must state clearly and unequivocally what should and should not be done”: *Prescott-Russell*, at para. 27; *Bell ExpressVu*, at para. 28, citing with approval *Jaskhs Enterprises Inc. v. Indus Corp.*, 2004 CanLII 32262 (Ont. S.C.J.), at para. 40. This requirement of clarity ensures that a party will not be found in contempt where an order is unclear: *Pro Swing*, at para. 24; *Bell ExpressVu*, at para. 22. An order may be found to be unclear if, for example, it is missing an essential detail about where, when or to whom it applies; if it incorporates overly broad language; or if external circumstances have obscured its meaning: *Culligan Canada Ltd. v. Fettes*, 2010 SKCA 151, 326 D.L.R. (4th) 463, at para. 21.

[34] The second element is that the party alleged to have breached the order must have had actual knowledge of it: *Bhatnager*, at p. 226; *College of Optometrists*, at para. 71. It may be possible to infer knowledge in the circumstances, or an alleged contemnor may attract liability on the basis of the wilful blindness doctrine (*ibid.*).

[32] L’outrage civil comporte trois éléments, qui doivent être établis hors de tout doute raisonnable : *Prescott-Russell Services for Children and Adults c. G. (N.)* (2006), 82 O.R. (3d) 686 (C.A.), par. 27; *College of Optometrists*, par. 71; *Bhatnager c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1990] 2 R.C.S. 217, p. 224-225; *Jackson c. Honey*, 2009 BCCA 112, 267 B.C.A.C. 210, par. 12-13; *TG Industries Ltd. c. Williams*, 2001 NSCA 105, 196 N.S.R. (2d) 35, par. 17 et 32; *Godin c. Godin*, 2012 NSCA 54, 317 N.S.R. (2d) 204, par. 47; *Soper c. Gaudet*, 2011 NSCA 11, 298 N.S.R. (2d) 303, par. 23. Ces trois éléments, conjugués à une norme de preuve plus rigoureuse, aident à assurer que les conséquences pénales qu’entraîne une conclusion d’outrage soient imposées seulement dans les cas appropriés : *Bell ExpressVu*, par. 22; *Chiang*, par. 10-11.

[33] Le premier élément veut que l’ordonnance dont on allègue la violation [TRADUCTION] « formule de manière claire et non équivoque ce qui doit et ne doit pas être fait » : *Prescott-Russell*, par. 27; *Bell ExpressVu*, par. 28, citant avec approbation *Jaskhs Enterprises Inc. c. Indus Corp.*, 2004 CanLII 32262 (C.S.J. Ont.), par. 40. Cette exigence de clarté garantit qu’une personne ne sera pas reconnue coupable d’outrage lorsqu’une ordonnance n’est pas claire : *Pro Swing*, par. 24; *Bell ExpressVu*, par. 22. Il peut être établi qu’une ordonnance n’est pas claire si, par exemple, il manque un détail essentiel sur l’endroit, le moment ou l’individu visé par l’ordonnance, si elle est formulée en des termes trop larges ou si des circonstances extérieures ont obscurci son sens : *Culligan Canada Ltd. c. Fettes*, 2010 SKCA 151, 326 D.L.R. (4th) 463, par. 21.

[34] Le deuxième élément veut que la partie à qui on reproche d’avoir violé l’ordonnance doive avoir été réellement au courant de son existence : *Bhatnager*, p. 226; *College of Optometrists*, par. 71. Il est possible de conclure à la connaissance de l’ordonnance dans les circonstances ou d’imputer la responsabilité à la personne à qui on reproche l’outrage en se fondant sur le principe de l’aveuglement volontaire (*ibid.*).

[35] Finally, the party allegedly in breach must have intentionally done the act that the order prohibits or intentionally failed to do the act that the order compels: *Sheppard v. Sheppard* (1976), 12 O.R. (2d) 4 (C.A.), at p. 8. The meaning of this element is one of the main points in contention on appeal and I will turn to consider it in more detail momentarily.

[36] The contempt power is discretionary and courts have consistently discouraged its routine use to obtain compliance with court orders: see, e.g., *Hefkey v. Hefkey*, 2013 ONCA 44, 30 R.F.L. (7th) 65, at para. 3. If contempt is found too easily, “a court’s outrage might be treated as just so much bluster that might ultimately cheapen the role and authority of the very judicial power it seeks to protect”: *Centre commercial Les Rivières ltée v. Jean Bleu inc.*, 2012 QCCA 1663, at para. 7. As this Court has affirmed, “contempt of court cannot be reduced to a mere means of enforcing judgments”: *Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 S.C.R. 1065, at p. 1078, citing *Daigle v. St-Gabriel-de-Brandon (Paroisse)*, [1991] R.D.J. 249 (Que. C.A.). Rather, it should be used “cautiously and with great restraint”: *TG Industries*, at para. 32. It is an enforcement power of last rather than first resort: *Hefkey*, at para. 3; *St. Elizabeth Home Society v. Hamilton (City)*, 2008 ONCA 182, 89 O.R. (3d) 81, at paras. 41-43; *Centre commercial Les Rivières ltée*, at para. 64.

[37] For example, where an alleged contemnor acted in good faith in taking reasonable steps to comply with the order, the judge entertaining a contempt motion generally retains some discretion to decline to make a finding of contempt: see, e.g., *Morrow, Power v. Newfoundland Telephone Co.* (1994), 121 Nfld. & P.E.I.R. 334 (Nfld. C.A.), at para. 20; *TG Industries*, at para. 31. While I prefer not to delineate the full scope of this discretion, given that the issue was not argued before us, I wish to leave open the possibility that a judge may properly exercise his or her discretion to decline to impose a contempt

[35] Enfin, la personne qui aurait commis la violation doit avoir intentionnellement commis un acte interdit par l’ordonnance ou intentionnellement omis de commettre un acte comme elle l’exige : *Sheppard c. Sheppard* (1976), 12 O.R. (2d) 4 (C.A.), p. 8. La signification de cet élément est une des principales questions soulevées dans le présent pourvoi et je vais l’examiner plus en détail ci-après.

[36] Le pouvoir en matière d’outrage est discrétionnaire et les tribunaux ont toujours refusé de l’exercer de façon routinière pour faire respecter des ordonnances judiciaires : voir, p. ex., *Hefkey c. Hefkey*, 2013 ONCA 44, 30 R.F.L. (7th) 65, par. 3. S’il est trop facile de conclure à un outrage au tribunal, il [TRADUCTION] « pourrait être perçu comme autant de fanfaronnades qui seraient susceptibles ultimement de déconsidérer le rôle et l’autorité du pouvoir judiciaire qu’il vise précisément à protéger » : *Centre commercial Les Rivières ltée c. Jean Bleu inc.*, 2012 QCCA 1663, par. 7. Comme la Cour l’a confirmé, « l’outrage au tribunal ne peut être réduit à un simple moyen d’exécution des jugements » : *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065, p. 1078, citant *Daigle c. St-Gabriel-de-Brandon (Paroisse)*, [1991] R.D.J. 249 (C.A. Qc). Le pouvoir en cette matière devrait plutôt être exercé [TRADUCTION] « avec prudence et avec une grande réserve » : *TG Industries*, par. 32. Il s’agit en outre d’un pouvoir qui ne doit être exercé qu’en dernier recours : *Hefkey*, par. 3; *St. Elizabeth Home Society c. Hamilton (City)*, 2008 ONCA 182, 89 O.R. (3d) 81, par. 41-43; *Centre commercial Les Rivières ltée*, par. 64.

[37] Par exemple, lorsque l’auteur présumé de l’outrage a agi de bonne foi et pris des mesures raisonnables pour se conformer à l’ordonnance, le juge saisi de la motion conserve généralement un certain pouvoir discrétionnaire pour refuser de tirer une conclusion d’outrage : voir, p. ex., *Morrow, Power c. Newfoundland Telephone Co.* (1994), 121 Nfld. & P.E.I.R. 334 (C.A.T.-N.), par. 20; *TG Industries*, par. 31. Même si je préfère ne pas circonscrire toute la portée de ce pouvoir discrétionnaire — puisque la question n’a pas été débattue devant la Cour —, je ne veux pas écarter la possibilité qu’un juge puisse

finding where it would work an injustice in the circumstances of the case.

(3) The Required “Intent”

[38] It is well settled in Canadian common law that all that is required to establish civil contempt is proof beyond a reasonable doubt of an intentional act or omission that is in fact in breach of a clear order of which the alleged contemnor has notice: *Prescott-Russell*, at para. 27; *College of Optometrists*, at para. 71; *Sheppard*, at p. 8; *TG Industries*, at paras. 17 and 32; *Bhatnager*, at pp. 224-25; Sharpe, at ¶ 6.190. The Court of Appeal followed this approach. As it noted, to require a contemnor to have intended to disobey the order would put the test “too high” and result in “mistakes of law [becoming] a defence to an allegation of civil contempt but not to a murder charge” (para. 59). Instead, contumacy or lack thereof goes to the penalty to be imposed following a finding of contempt: para. 62; see also *Sheppard*; and Sharpe, at ¶ 6.200.

[39] The appellant submits, however, that in situations in which the alleged contemnor cannot “purge” the contempt, is a lawyer or is a third party to the order, the intent to interfere with the administration of justice must be proved. I understand this to mean that “the intention to disobey, in the sense of desiring or knowingly choosing to disobey the order” must be established: *TG Industries*, at para. 17. This is sometimes also referred to as “contumacious” intent.

[40] The appellant submits that the mental element of civil contempt must address at least one of the two goals of civil contempt: securing compliance with court orders or protecting the integrity of the administration of justice. Finding a party in contempt where he or she cannot purge (either because the act that constituted the contempt cannot be undone or because a conflicting legal duty prevents

exercer correctement son pouvoir discrétionnaire et refuser de conclure à l’outrage lorsqu’une telle conclusion entraînerait une injustice dans les circonstances de l’affaire.

(3) L’« intention » requise

[38] Il est bien établi en common law canadienne que, pour établir l’outrage civil, il suffit de prouver hors de tout doute raisonnable que son auteur présumé a intentionnellement commis un acte — ou omis d’agir — en violation d’une ordonnance claire dont il avait connaissance : *Prescott-Russell*, par. 27; *College of Optometrists*, par. 71; *Sheppard*, p. 8; *TG Industries*, par. 17 et 32; *Bhatnager*, p. 224-225; Sharpe, ¶ 6.190. La Cour d’appel a suivi cette approche. Comme elle l’a fait remarquer, exiger que l’auteur de l’outrage ait eu l’intention de désobéir à l’ordonnance rendrait la norme [TRADUCTION] « trop élevée » et ferait en sorte que les « erreurs de droit [deviendraient] un moyen de défense qu’il serait possible d’invoquer contre une accusation d’outrage civil, mais pas contre une accusation de meurtre » (par. 59). L’intention de désobéir ou l’absence d’une telle intention se rapporte plutôt à la peine à infliger par suite d’une conclusion d’outrage : par. 62; voir aussi *Sheppard*; et Sharpe, ¶ 6.200.

[39] L’appelant soutient toutefois que, lorsque l’auteur présumé de l’outrage ne peut pas « faire amende honorable » pour ce dernier ou qu’il est un avocat ou un tiers à l’ordonnance, il faut prouver qu’il avait l’intention d’entraver l’administration de la justice. Selon ce que j’en comprends, cela veut dire que [TRADUCTION] « l’intention de désobéir, c’est-à-dire le fait de vouloir désobéir à l’ordonnance ou de choisir sciemment de le faire », doit être établie : *TG Industries*, par. 17.

[40] L’appelant soutient que l’élément moral de l’outrage civil doit rendre compte d’au moins un des deux objectifs de l’outrage civil : assurer le respect des ordonnances judiciaires ou protéger l’intégrité de l’administration de la justice. Déclarer une personne coupable d’outrage au tribunal alors qu’elle ne peut pas faire amende honorable pour l’outrage en question (soit parce que l’acte qui le

compliance with the order) furthers neither of these goals absent some heightened mental element for contempt. Only if the person is shown to have had the intent to interfere with the administration of justice would one of these purposes — protecting the integrity of the administration of justice — be served.

[41] I cannot accept this position. There is no principled reason to depart from the established elements of civil contempt in situations in which compliance has become impossible for either of the reasons referred to by the appellant. Where, as here, the person's own actions contrary to the terms of a court order make future compliance impossible, I fail to see the logic or justice of requiring proof of some higher degree of fault in order to establish contempt. The appellant's submission also overlooks the point that one of the purposes of the contempt power is to deter violations of court orders, thereby encouraging respect for the administration of justice. It undermines that purpose to treat with special charity people whose acts in violation of an order make subsequent compliance impossible. It seems to me that the existing discretion not to enter a contempt finding and the defence of impossibility of compliance provide better answers than a heightened degree of fault where a party is unable to purge his or her contempt for the reasons the appellant outlines: *Jackson*, at para. 14; *Sussex Group Ltd. v. Fangeat*, 42 C.P.C. (5th) 274 (Ont. S.C.J.), at para. 56.

[42] The appellant correctly notes that civil contempt is quasi-criminal in nature, which he says justifies a higher fault element where contempt cannot be purged. But civil contempt is always quasi-criminal, so this provides no justification for carving out a distinct mental element for particular types of civil

constituait ne peut pas être annulé ou parce qu'une obligation légale contradictoire l'en empêche) ne contribue à la réalisation d'aucun de ces objectifs en l'absence d'un plus grand élément moral requis pour conclure qu'il y a eu outrage. Ce n'est que s'il est établi que la personne avait l'intention d'entraver l'administration de la justice qu'un de ces objectifs — soit celui de protéger l'intégrité de l'administration de la justice — serait atteint.

[41] Je ne peux pas souscrire à cette position. Il n'existe aucune raison logique de déroger aux éléments constitutifs de l'outrage civil reconnus dans des cas où il est devenu impossible de se conformer à l'ordonnance pour l'une ou l'autre des raisons invoquées par l'appelant. Lorsque, comme en l'espèce, les agissements contraires aux modalités d'une ordonnance judiciaire de la personne elle-même font en sorte qu'il est impossible pour elle de respecter l'ordonnance à l'avenir, je ne crois pas qu'il soit logique ou juste d'exiger une preuve d'un degré plus élevé de faute pour établir qu'il y a eu outrage. L'appelant ne tient pas compte non plus du fait que l'un des objectifs du pouvoir en matière d'outrage consiste à décourager toute violation des ordonnances judiciaires, favorisant ainsi le respect de l'administration de la justice. Il va à l'encontre de cet objectif de faire preuve d'une indulgence particulière envers les personnes ayant commis des actes qui sont contraires à une ordonnance et qui en empêchent le respect pour l'avenir. Il me semble que le pouvoir discrétionnaire actuel de ne pas tirer une conclusion d'outrage ainsi que le moyen de défense fondé sur l'impossibilité de se conformer conviennent davantage qu'un degré plus élevé de faute ne le ferait quand une personne n'est pas en mesure de faire amende honorable pour outrage pour les raisons énoncées par l'appelant : *Jackson*, par. 14; *Sussex Group Ltd. c. Fangeat*, 42 C.P.C. (5th) 274 (C.S.J. Ont.), par. 56.

[42] L'appelant souligne avec raison que l'outrage civil est de nature quasi criminelle. Selon lui, cela justifie d'exiger un degré de faute plus élevé quand la personne ne peut pas faire amende honorable pour l'outrage. L'outrage civil est cependant toujours de nature quasi criminelle. Cela ne justifie donc pas la

contempt cases. As I have already discussed, requiring contumacious intent would open the door to mistakes of law providing a defence to an allegation of civil contempt. It could also permit an alleged contemnor to rely on a misinterpretation of a clear order to avoid a contempt finding, which would significantly undermine the authority of court orders.

[43] Further, adopting the appellant's proposal would in effect make the required mental element dependent on the nature of the order alleged to have been breached. Those who breach a prohibitory order would benefit from this heightened mental element disproportionately, due to subsequent impossibility of compliance, as compared to those who breach a mandatory order, with which the alleged contemnor will be able to subsequently comply absent a conflicting legal duty. I see no principled basis for creating this distinction.

[44] The appellant also submits that lawyers should benefit from a heightened fault requirement, but I do not agree. As the Court of Appeal recognized, reliance on legal advice does not shield a party from a finding of contempt: para. 61, citing *Re Tyre Manufacturers' Agreement*, [1966] 2 All E.R. 849 (R.P.C.), at p. 862; *Canada Metal Co. v. C.B.C. (No. 2)* (1974), 48 D.L.R. (3d) 641 (Ont. H.C.J.), at p. 661, aff'd (1975), 65 D.L.R. (3d) 231 (Ont. C.A.). Still less should the law permit lawyers to escape a finding of contempt because they have, in effect, relied on their own legal advice.

[45] As for third parties, the appellant points to some authority in the United Kingdom and Australia to the effect that intent to interfere with the administration of justice is a prerequisite for finding a third party in contempt: see, e.g., *Customs and Excise Commissioners v. Barclays Bank plc*, [2006] UKHL 28, [2007] 1 A.C. 181, at para. 29; *Attorney General v. Punch Ltd.*, [2002] UKHL 50, [2003] 1 A.C. 1046, at para. 87; *Z Ltd. v. A-Z*, [1982] 1 Q.B.

création d'un élément moral distinct pour certains cas d'outrage civil. Comme je l'ai déjà mentionné, exiger qu'il y ait eu une intention de désobéir permettrait de considérer les erreurs de droit comme un moyen de défense à l'encontre d'une allégation d'outrage civil. Cela permettrait également à l'auteur présumé de l'outrage de se fonder sur une mauvaise interprétation d'une ordonnance claire pour éviter une conclusion d'outrage. Or, cela minerait sérieusement l'autorité des ordonnances judiciaires.

[43] De plus, adopter la thèse de l'appelant aurait pour effet de rendre l'élément moral requis tributaire de la nature de l'ordonnance dont on allègue la violation. En effet, ceux qui violent une ordonnance d'interdiction tireraient un avantage disproportionné de cet élément moral plus rigoureux — en raison de l'impossibilité subséquente de s'y conformer — comparativement à ceux qui violent une ordonnance d'exécution — à laquelle l'auteur présumé de l'outrage pourra ensuite se conformer en l'absence d'une obligation légale contradictoire. Je ne vois aucune raison logique de créer cette distinction.

[44] L'appelant affirme également que les avocats devraient bénéficier d'une exigence plus rigoureuse en matière de faute. Je ne suis pas d'accord. Comme l'a reconnu la Cour d'appel, le fait de se fier à des conseils juridiques ne protège pas une personne contre une conclusion d'outrage : par. 61, citant *Re Tyre Manufacturers' Agreement*, [1966] 2 All E.R. 849 (R.P.C.), p. 862; *Canada Metal Co. c. C.B.C. (No. 2)* (1974), 48 D.L.R. (3d) 641 (H.C.J. Ont.), p. 661, conf. par (1975), 65 D.L.R. (3d) 231 (C.A. Ont.). Encore moins faudrait-il permettre aux avocats d'éviter d'être déclarés coupables d'outrage parce qu'ils se sont, dans les faits, fondés sur leurs propres conseils juridiques.

[45] S'agissant des tiers, l'appelant invoque certaines décisions rendues au Royaume-Uni et en Australie selon lesquelles l'intention d'entraver l'administration de la justice est nécessaire pour déclarer un tiers coupable d'outrage : voir, p. ex., *Customs and Excise Commissioners c. Barclays Bank plc*, [2006] UKHL 28, [2007] 1 A.C. 181, par. 29; *Attorney General c. Punch Ltd.*, [2002] UKHL 50, [2003] 1 A.C. 1046, par. 87; *Z Ltd. c. A-Z*, [1982] 1 Q.B.

558 (C.A.), at p. 583; *Baker v. Paul*, [2013] NSWCA 426, at para. 19. It has also been noted that “[i]t would appear that a higher degree of intention is required to make a non-party liable for contempt”: Sharpe, at ¶ 6.210.

[46] The short answer to this point is that, even accepting this line of authority, Mr. Carey is not in the same category as the third parties discussed in this line of authority. I would respectfully adopt as my own the following excerpt on this point from the reasons of Sharpe J.A. in the Court of Appeal:

The solicitor-client bond creates a community of interest between Carey and Sabourin that is plainly distinguishable from the situation of a stranger to the litigation who is apprised of the court order. As an officer of the court, a solicitor of record is duty-bound to take scrupulous care to ensure respect for court orders. . . . [A]s the solicitor of record in the case, Carey should be held to the same standard of compliance as his client who was a party. [para. 64]

(4) Conclusion

[47] I conclude that “contumacious” intent was not required in this case, and to the extent that the judge at first instance found otherwise in overturning her earlier finding of contempt, she erred in law.

B. *Second Issue: Was Mr. Carey in Contempt?*

[48] Mr. Carey submits that he was not in contempt, making two main points. He submits first that the payment of funds from his trust account to Mr. Sabourin was not a “transfer” within the meaning of the order, either because beneficial ownership of the funds did not change or because it amounted to a permissible return of an overpayment of legal fees that informal variations to the order permitted. Second, he also says that his conduct complied with his solicitor-client obligations and that such compliance cannot be considered to have been in breach of the *Mareva* injunction. The existence of Mr. Sabourin’s funds in his trust account attracted solicitor-client privilege

558 (C.A.), p. 583; *Baker c. Paul*, [2013] NSWCA 426, par. 19. Il a aussi été souligné qu’il [TRADUCTION] « semblerait qu’un degré d’intention plus élevé soit nécessaire pour déclarer un tiers coupable d’outrage » : Sharpe, ¶ 6.210.

[46] La réponse courte à cet argument est que, même en reconnaissant cette jurisprudence, M^e Carey n’entre pas dans la même catégorie que les tiers dont il est question dans ces précédents. Soit dit en tout respect, je souscris au passage suivant tiré des motifs du juge Sharpe de la Cour d’appel :

[TRADUCTION] Étant donné le lien qui existe entre un avocat et son client, M^e Carey et M. Sabourin ont des intérêts communs, qu’il est manifestement possible de distinguer de ceux que pourrait avoir un tiers au litige qui est informé de l’existence de l’ordonnance judiciaire. En sa qualité d’officier de justice, l’avocat inscrit au dossier est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir le respect des ordonnances judiciaires. [. . .] [À] titre d’avocat inscrit au dossier en l’espèce, M^e Carey doit être assujéti à la même norme de conformité que son client qui était une partie au litige. [par. 64]

(4) Conclusion

[47] Je conclus que l’intention de désobéir n’était pas nécessaire en l’espèce et que, dans la mesure où la juge de première instance a tiré une conclusion différente en infirmant sa conclusion initiale d’outrage, elle a commis une erreur de droit.

B. *Deuxième question : M^e Carey s’est-il rendu coupable d’outrage?*

[48] Maître Carey prétend ne pas avoir commis d’outrage et fait valoir deux arguments principaux à l’appui de sa prétention. Il soutient d’abord que le versement à M. Sabourin des fonds détenus en fiducie n’était pas un « transfert » au sens de l’ordonnance, soit parce qu’il n’y a eu aucun changement quant à la propriété effective des fonds, soit parce qu’il s’agissait du remboursement d’un versement excédentaire d’honoraires que permettaient les modifications informellement apportées à l’ordonnance. Il affirme ensuite que sa conduite était conforme à ses obligations découlant du secret professionnel et que, par conséquent, les gestes qu’il

and, as such, Mr. Carey was bound not to disclose that the funds were in his account. But, he submits, leaving the funds where they were and maintaining the privilege would have sheltered them from execution. He maintains that his only option that was consistent with both his professional obligations to his client and to the court was to return the funds to Mr. Sabourin as he did. The privileged nature of the funds precluded him from seeking advice about the proper course of action from the court.

[49] Respectfully, neither of these points withstands careful scrutiny.

(1) The “Transfer”

[50] Mr. Carey contends that there was no transfer of funds within the meaning of the order because there was no change in beneficial ownership when he returned them to Mr. Sabourin. As the Court of Appeal pointed out, the purpose of the order was to prevent dealings with Mr. Sabourin’s assets that would defeat the court’s process (para. 50). Mr. Carey’s position, if accepted, would mean the order actually permitted trustees of assets held for Mr. Sabourin’s benefit to freely transfer those assets between accounts and even between jurisdictions, putting those assets beyond the reach of the court in the event of execution, so long as Mr. Sabourin retained beneficial ownership of the assets. An interpretation of the order that permitted this would be illogical: it would clearly defeat the purpose of the order and would also run counter to the plain language of the order specifically prohibiting those with knowledge of it from “dealing with” Mr. Sabourin’s assets. For these reasons, I cannot accept Mr. Carey’s position.

[51] Mr. Carey also submits that the return of the funds to Mr. Sabourin did not constitute a “transfer” within the meaning of the injunction because it amounted simply to returning an overpayment of reasonable legal fees, the payment of which was permitted by the informal variations to the order agreed

a posés ne peuvent être jugés contraires à l’injonction *Mareva*. L’existence des fonds de M. Sabourin qui étaient détenus dans son compte en fiducie était protégée par le secret professionnel; il avait donc l’obligation de ne pas divulguer qu’ils se trouvaient dans son compte. Cela dit, M^e Carey soutient aussi que les fonds auraient été soustraits à l’exécution du jugement s’il les avait laissés dans le compte et avait maintenu le secret professionnel. Selon lui, sa seule option conforme aux obligations professionnelles auxquelles il était tenu envers son client et envers la cour était de retourner les fonds à M. Sabourin comme il l’a fait, et le caractère privilégié des fonds l’empêchait de demander conseil à la cour sur la bonne façon de procéder.

[49] Soit dit en tout respect, ni l’un ni l’autre de ces arguments ne résiste à un examen minutieux.

(1) Le « transfert »

[50] Maître Carey prétend qu’il n’y a pas eu transfert de fonds au sens de l’ordonnance puisqu’il n’y a eu aucun changement quant à leur propriété effective lorsqu’il les a remis à M. Sabourin. Comme l’a souligné la Cour d’appel, l’ordonnance visait à empêcher toute utilisation de l’actif de M. Sabourin qui entraverait le processus judiciaire (par. 50). La thèse de M^e Carey, si elle était retenue, signifierait que, dans les faits, l’ordonnance autorisait les fiduciaires des actifs détenus au bénéfice de M. Sabourin à les transférer librement d’un compte à un autre et même d’un lieu à un autre, et à ainsi les mettre hors de portée du tribunal advenant une procédure d’exécution, et ce, tant et aussi longtemps que M. Sabourin en conservait la propriété effective. Il serait illogique d’interpréter ainsi l’ordonnance puisqu’une telle interprétation contrecarrerait manifestement son objectif et serait contraire à son libellé limpide qui interdit spécifiquement à ceux qui en connaissent l’existence d’« utiliser » les actifs de M. Sabourin. Pour ces motifs, je ne peux accepter la position de M^e Carey.

[51] Maître Carey soutient également que la remise des fonds à M. Sabourin ne constituait pas un « transfert » au sens de l’injonction parce qu’il s’agissait simplement du remboursement d’un versement excédentaire d’honoraires raisonnables dont le paiement était autorisé par les modifications informelles

to by counsel. Mr. Carey also contends that returning the overpayment was consistent with the standard of practice of the profession at the time. Moreover, if moving funds from the trust account to Mr. Sabourin did constitute a “transfer”, then it actually corrected a violation of the order that would have occurred when Mr. Sabourin originally transferred funds to Mr. Carey and he deposited them in his trust account.

[52] Mr. Carey’s characterization of the \$500,000 in his trust account as an “overpayment” of “reasonable legal fees” in the circumstances of this case is artificial in the extreme. Moreover, even if I were to accept that characterization (and I do not), the clear terms of this order still prohibited any transfer of those “excess” funds. Further, while the question of whether Mr. Sabourin’s initial transfer of the funds to Mr. Carey breached the order is not before us, I reject Mr. Carey’s submission that if it were a breach, this justifies a subsequent violation of the order by returning the money to Mr. Sabourin.

[53] In my view, Mr. Carey’s submissions on this issue rely on alleged uncertainty where none in fact exists. The order clearly prohibited, as the Court of Appeal held, at para. 49, dealing with money held in trust. Mr. Carey’s other conduct showed that he understood that, even taking into account the variations informally agreed to by counsel to permit payment of legal and ordinary living expenses, the order was in full force and was binding on him. He unsuccessfully tried to vary the order to permit payments to third party creditors and he rightly declined, on the basis of the order, to carry out Mr. Sabourin’s instructions to use the trust money to settle the Brown claims.

acceptées par les avocats apportées à l’ordonnance. Maître Carey prétend également que le remboursement du versement excédentaire correspondait à la norme de pratique de l’époque. En outre, si le fait de remettre les fonds détenus en fiducie à M. Sabourin constituait effectivement un « transfert », ce transfert aurait eu pour effet de corriger la violation de l’ordonnance qui aurait eu lieu quand M. Sabourin a initialement transféré les fonds à M^e Carey et que ce dernier les a déposés dans son compte en fiducie.

[52] Maître Carey a qualifié le montant de 500 000 \$ détenu dans son compte en fiducie de [TRADUCTION] « versement excédentaire d’honoraires raisonnables » ce qui, en l’espèce, est extrêmement artificiel. De plus, même si j’acceptais cette qualification (ce qui n’est pas le cas), les termes clairs de l’ordonnance interdisaient tout de même tout transfert de fonds « excédentaires ». Par ailleurs, même si nous ne sommes pas saisis de la question de savoir si le transfert initial des fonds, de M. Sabourin à M^e Carey, violait l’ordonnance, je rejette l’argument de M^e Carey voulant que, si cela avait constitué une violation de l’ordonnance, il fût justifié de commettre une autre violation en retournant l’argent à M. Sabourin.

[53] À mon avis, les observations de M^e Carey sur cette question reposent sur une prétendue incertitude alors qu’il n’en existe aucune. L’ordonnance interdisait clairement, comme l’a souligné la Cour d’appel au par. 49 de ses motifs, que l’argent détenu en fiducie fasse l’objet de quelque opération que ce soit. Les autres agissements de M^e Carey indiquaient qu’il comprenait que, même en tenant compte des modifications acceptées officieusement par les avocats dans le but de permettre le paiement des honoraires et des frais de subsistance ordinaires, l’ordonnance était en vigueur et qu’il était lié par elle. Il a tenté sans succès de la faire modifier afin de permettre que des paiements soient effectués à des tiers créanciers et, parce qu’il y était assujéti, il a refusé, à bon droit, de suivre les directives de M. Sabourin et d’utiliser l’argent détenu en fiducie pour régler les réclamations présentées par M. Brown.

(2) Solicitor-Client Privilege

[54] I am not persuaded by Mr. Carey's arguments before this Court that there was a true conflict between the order and his professional duties such that he had no option but to transfer the trust funds back to Mr. Sabourin.

[55] I will assume, but not decide, that the existence of the funds was privileged at the time of the transfer. There are certainly arguments to be considered that the privilege never attached in the first place, or that it was waived by Mr. Sabourin's disclosure of the funds' existence to a third party adverse in interest, as Ms. Laiken submits was the case. Moreover, Mr. Carey's claim in this litigation that the funds' existence was privileged is undermined by his disclosure of that fact in response to a request from the receiver in the unrelated litigation for a full accounting of trust funds, a disclosure which he indicated he believed could be made without even any danger of violating any privilege. Mr. Carey wrote:

... I believe I can provide you with the following information without danger of violating any privilege: on September 21, 2006 our firm was provided with a cheque for \$500,000.00 from Peter Sabourin. Subsequently, on October 25, 2006, at the request of Mr. Sabourin, we returned \$400,000.00, by way of four (4) Bank Drafts, payable to Peter Sabourin. On November 30, 2006 we returned another \$40,000.00 to Peter Sabourin. The balance of the monies were kept in the Trust account and used to pay legal fees resulting in the balance that is currently in our account. [Emphasis added; Letter from Mr. Carey to receiver, November 1, 2007; A.R., vol. IV, at p. 145.]

[56] Be that as it may, Mr. Carey's assumed duty to guard solicitor-client privilege did not conflict with his duty to comply with the order. To fulfill both, he needed only to leave the funds in his trust account once they had been deposited there. In doing so, he would have respected any obligations arising from solicitor-client privilege to maintain the confidentiality of the

(2) Secret professionnel

[54] Les arguments que M^e Carey a présentés devant la Cour ne m'ont pas convaincu qu'il y avait un véritable conflit entre l'ordonnance et ses obligations professionnelles, de sorte qu'il n'avait d'autre choix que de remettre les fonds détenus en fiducie à M. Sabourin.

[55] Je tiendrai pour acquis, sans toutefois me prononcer sur la question, que l'existence des fonds était protégée par le secret professionnel au moment du transfert. Il y a certainement des arguments à prendre en considération selon lesquels le secret professionnel ne s'est jamais appliqué ou M. Sabourin y avait renoncé en divulguant l'existence des fonds à un tiers ayant des intérêts opposés, ce qui était le cas selon M^{me} Laiken. En outre, la prétention de M^e Carey en l'espèce, selon laquelle l'existence des fonds était protégée par le secret professionnel, est affaiblie par le fait qu'il a divulgué cette existence lorsqu'il a répondu à une demande de reddition complète des fonds détenus en fiducie envoyée par le séquestre dans une affaire sans rapport avec le présent litige. Il a indiqué qu'il croyait pouvoir divulguer ces renseignements sans même risquer de violer le secret professionnel. Voici en effet ce que M^e Carey a écrit :

[TRADUCTION] ... j'estime pouvoir vous donner les renseignements suivants sans risquer de violer le secret professionnel : le 21 septembre 2006, notre cabinet a reçu un chèque de 500 000 \$ de Peter Sabourin. Ensuite, le 25 octobre 2006, à la demande de M. Sabourin, nous lui avons remis 400 000 \$, au moyen de quatre (4) traites bancaires payables à Peter Sabourin. Le 30 novembre 2006, nous avons remis à ce dernier un montant additionnel de 40 000 \$. Le solde a été conservé dans le compte en fiducie et utilisé pour payer les honoraires, ce qui explique le solde qui se trouve présentement dans notre compte. [Je souligne; lettre de M^e Carey au séquestre, 1^{er} novembre 2007; d.a., vol. IV, p. 145.]

[56] Quoi qu'il en soit, l'obligation qu'a assumée M^e Carey relativement au secret professionnel n'était pas incompatible avec son obligation de respecter l'ordonnance. Pour s'acquitter des deux obligations, il n'avait qu'à laisser les fonds dans son compte en fiducie après qu'ils y eurent été déposés. Ainsi, il aurait préservé la confidentialité en ce qui

funds and he would have abided by the terms of the *Mareva* order not to transfer funds held in trust for Mr. Sabourin.

[57] In my view, leaving the funds in his trust account would not have conflicted with other asserted professional obligations. Mr. Carey expressed concern that if he left the funds where they were, he would be assisting in shielding them from execution in the event that Ms. Laiken succeeded in her action against Mr. Sabourin. This position is not only illogical, but ironic in view of the fact that returning them certainly had that effect. It is true that had Mr. Carey retained the funds, a conflict might have developed at the point when Ms. Laiken obtained judgment against Mr. Sabourin. Then Mr. Carey might have had an ethical dilemma on his hands: how would he comply with any solicitor-client privilege obligations (assuming the existence of the funds in trust was privileged), with the *Mareva* order and with any duty to avoid assisting his client in evading execution arising from the judgment? But it is not an answer for Mr. Carey to say that he breached the order so that he would avoid the possibility of a future ethical dilemma.

[58] Accepting that Mr. Carey believed — albeit mistakenly — that there was a true conflict, there were appropriate avenues open to him other than making a unilateral decision to breach the order. The unilateral approach that he adopted gave no weight to the important principle that “a court order, made by a court having jurisdiction to make it, stands and is binding and conclusive unless it is set aside on appeal or lawfully quashed”: *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, at p. 599. See also *Ontario (Attorney General) v. Paul Magder Furs Ltd.* (1991), 6 O.R. (3d) 188 (C.A.), at p. 192: “It is elementary that so long as . . . an order of the court remains in force it must be obeyed.”

[59] For one thing, Mr. Carey could have obtained a determination about whether the existence of the

a trait aux fonds, conformément à son obligation de respect du secret professionnel, et il aurait respecté les prescriptions de l’ordonnance *Mareva* de ne pas transférer des fonds détenus en fiducie pour M. Sabourin.

[57] À mon avis, il n’aurait pas été contraire aux autres obligations professionnelles de M^e Carey qu’il laisse les fonds dans son compte en fiducie. Il a dit craindre que, s’il avait agi ainsi, il aurait contribué à les soustraire à l’exécution du jugement dans le cas où M^{me} Laiken aurait gain de cause dans son action intentée contre M. Sabourin. Cette position n’est pas seulement illogique, mais aussi ironique étant donné que le transfert des fonds a certainement eu cet effet. Certes, si M^e Carey avait conservé les fonds, il aurait pu y avoir un conflit au moment du prononcé d’un jugement contre M. Sabourin en faveur de M^{me} Laiken. Maître Carey aurait alors pu être aux prises avec un dilemme éthique : comment aurait-il réussi à s’acquitter des obligations qui lui incombent en matière de secret professionnel (en tenant pour acquis que l’existence des fonds détenus en fiducie était protégée par le secret professionnel), à respecter l’ordonnance *Mareva* et à se conformer à son obligation d’éviter d’aider son client à se soustraire à l’exécution du jugement? M^e Carey ne peut toutefois pas répondre à cela qu’il a violé l’ordonnance pour éviter un futur dilemme éthique.

[58] Si l’on admet que M^e Carey croyait — bien qu’erronément — qu’il y avait un véritable conflit, des solutions appropriées s’offraient à lui, mis à part celle de décider unilatéralement de violer l’ordonnance. L’approche unilatérale qu’il a adoptée n’a accordé aucune valeur au principe fondamental selon lequel « une ordonnance rendue par une cour compétente est valide, concluante et a force exécutoire, à moins d’être infirmée en appel ou légalement annulée » : *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, p. 599. Voir aussi *Ontario (Attorney General) c. Paul Magder Furs Ltd.* (1991), 6 O.R. (3d) 188 (C.A.), p. 192 : [TRADUCTION] « Il va de soit que tant et aussi longtemps qu’une [. . .] ordonnance demeure en vigueur, elle doit être respectée. »

[59] Tout d’abord, M^e Carey aurait pu tenter d’obtenir une décision précisant si l’existence des

funds in trust was covered by solicitor-client privilege. Only if it would a true conflict potentially exist. He himself at one point thought that information about the funds' existence could be released without any danger of violating solicitor-client privilege. He could have asked his client to waive any privilege over the existence of the funds. Had his client agreed, that would have put an end to any potential future conflict. Mr. Carey also could have sought a variation of the order or direction from the court on an *ex parte* and *in camera* basis. But there is no evidence that Mr. Carey took or even considered taking any of these steps.

[60] In any event, we do not need to make any final pronouncements on what Mr. Carey should have done instead of unilaterally deciding to give the money back. One thing is crystal clear: there was no legal or ethical duty that compelled Mr. Carey to breach the injunction by transferring the trust funds back to Mr. Sabourin or that conflicted with obeying the order. Although I accept that Mr. Carey did not breach the order maliciously or with the intent to interfere with the administration of justice, the law does not require that he have done so in order to satisfy the elements of civil contempt.

C. *Third Issue: Was It Open to the Motions Judge to Set Aside Her Initial Contempt Finding?*

[61] The Court of Appeal held that the motions judge erred in setting aside her initial contempt finding. Neither the *Rules* nor the case law contemplates the procedure the motions judge followed. The interests of justice are best served when the principle of finality is respected. Mr. Carey used the second stage of the proceedings to attack the motions judge's findings and declaration of contempt. This was inappropriate (paras. 30-32).

[62] The court identified two qualifications to the general rule that a contempt finding at the first hearing is final. First, rule 60.11 contemplates that a judge may set aside a finding of contempt if the

fonds en fiducie était protégée par le secret professionnel. Il y aurait eu un véritable conflit seulement dans ce cas. À un moment donné, il a lui-même pensé qu'il pouvait divulguer des renseignements sur l'existence des fonds sans risquer de violer le secret professionnel. Il aurait également pu demander à son client de renoncer au privilège à l'égard de l'existence des fonds. Si M. Sabourin avait accepté, il n'y aurait eu aucune possibilité de conflit futur. Maître Carey aurait aussi pu demander une modification de l'ordonnance ou chercher à obtenir des directives du tribunal à huis clos et en l'absence de l'autre partie. Or, rien n'indique que M^e Carey a pris l'une ou l'autre de ces mesures ou qu'il a envisagé de le faire.

[60] Quoi qu'il en soit, nous n'avons pas à statuer de manière définitive sur ce que M^e Carey aurait dû faire plutôt que de décider unilatéralement de remettre l'argent. Cependant, une chose est sûre : M^e Carey n'était tenu à aucune obligation légale ou éthique qui l'obligeait à violer l'injonction en remettant les fonds en fiducie à M. Sabourin ou qui était incompatible avec le respect de l'ordonnance. Je reconnais que M^e Carey n'a pas violé l'ordonnance de façon malveillante ou avec l'intention d'entraver l'administration de la justice, mais le droit n'exige pas que ce soit le cas pour qu'il soit satisfait aux éléments constitutifs de l'outrage civil.

C. *Troisième question : la juge des motions pouvait-elle annuler sa conclusion initiale d'outrage?*

[61] Selon la Cour d'appel, la juge des motions a commis une erreur en annulant sa conclusion initiale d'outrage. Ni les *Règles* ni la jurisprudence ne prévoient le recours à la procédure suivie par la juge des motions. Les intérêts de la justice sont mieux servis quand le principe du caractère définitif des jugements est respecté. Or, M^e Carey a utilisé la deuxième étape de la procédure pour contester les conclusions et la déclaration d'outrage de la juge des motions. Cela était inapproprié (par. 30-32).

[62] La cour a relevé deux restrictions à la règle générale selon laquelle une conclusion d'outrage rendue à la première audience est définitive. Premièrement, selon la règle 60.11, un juge peut annuler

contemnor purges the contempt, since the contempt proceedings have secured compliance with the court order. Second, contempt proceedings are subject to the standard principles that allow parties to reopen findings in exceptional circumstances to permit consideration of fresh evidence or new facts that were not before the court at the first hearing.

[63] The appellant submits that the Court of Appeal was wrong for two principal reasons: rule 60.11(8) grants the court discretion to set aside a contempt finding and the quasi-criminal nature of civil contempt proceedings demands that judges retain discretion to set aside a finding on the basis of new material evidence. The appellant submits that the motions judge properly exercised her discretion to set aside the contempt finding in this case.

[64] I do not accept these submissions and I agree with the Court of Appeal, for substantially the reasons it gave.

[65] The starting point is that, in civil contempt proceedings, once a finding of contempt has been made at the first stage of a bifurcated proceeding, that finding is usually final. As the Court of Appeal stated, “[a] party faced with a contempt motion is not entitled to present a partial defence [at the liability stage] and then, if the initial gambit fails, have a second ‘bite at the cherry’” at the penalty stage (para. 32). This would defeat the purpose of the first hearing. This is what the judge at first instance erroneously permitted Mr. Carey to do.

[66] Without exhaustively outlining the circumstances in which a judge may properly revisit an initial contempt finding, I agree with the Court of Appeal that he or she may do so where the contemnor subsequently complies with the order or otherwise purges his or her contempt or, in exceptional

une conclusion d’outrage si l’auteur de ce dernier a fait amende honorable, puisque la procédure pour outrage aura alors permis de garantir le respect de l’ordonnance judiciaire. Deuxièmement, la procédure pour outrage est assujettie aux principes de base qui permettent de revoir les conclusions d’une décision dans des circonstances exceptionnelles afin que soient examinés de nouveaux éléments de preuve ou de nouveaux faits dont le tribunal ne disposait pas lors de la première audience.

[63] L’appelant soutient que la Cour d’appel a eu tort pour deux raisons principales. Il fait valoir d’abord que le par. 60.11(8) confère au tribunal le pouvoir discrétionnaire d’annuler une conclusion d’outrage et ensuite que la nature quasi criminelle d’une procédure pour outrage civil exige que les juges conservent le pouvoir discrétionnaire d’annuler une conclusion au motif qu’il y a de nouveaux éléments de preuve substantiels. L’appelant affirme que la juge des motions a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire pour annuler la conclusion d’outrage en l’espèce.

[64] Je ne souscris pas à ces arguments et je suis d’accord avec la Cour d’appel pour essentiellement les mêmes raisons qu’elle a exposées.

[65] Tout d’abord, dans le cadre de procédures pour outrage civil, une fois qu’une conclusion d’outrage a été tirée à la première étape d’une procédure scindée, cette conclusion est habituellement définitive. Comme l’a souligné la Cour d’appel, [TRADUCTION] « [l]a partie qui fait l’objet d’une motion pour outrage n’a pas le droit de présenter une défense partielle [à l’étape de la responsabilité] et ensuite, si le plan initial échoue, d’avoir une deuxième chance » à l’étape de la détermination de la peine (par. 32). Cela irait à l’encontre de l’objet de la première audience. C’est ce que la juge de première instance a permis, à tort, à M^e Carey de faire.

[66] Sans énoncer de manière exhaustive les circonstances dans lesquelles un juge peut, à bon droit, revenir sur une conclusion d’outrage qu’il avait initialement tirée, je conviens avec la Cour d’appel qu’un juge peut le faire quand l’auteur de l’outrage se conforme ultérieurement à l’ordonnance ou qu’il

circumstances, where new facts or evidence have come to light after the contempt finding was made.

[67] Although the motions judge was concerned that refusing to consider the new evidence would lead to a miscarriage of justice, I agree that neither rule 60.11 nor the case law permitted her to revisit her earlier finding in the circumstances of this case. Rule 60.11(8) allows a judge, on motion, to “discharge, set aside, vary or give directions in respect of an order under subrule (5) or (6) and . . . grant such other relief and make such other order as is just”. Relying on the Court of Appeal’s comments in its stay decision, the motions judge thought that there was no need to “reopen” Ms. Laiken’s motion for contempt, as it was not yet completed: 2012 ONSC 7252, at para. 8. I agree with the Court of Appeal that the motions judge misinterpreted this aspect of the stay decision. The Court of Appeal correctly held that in these circumstances, the motions judge erred in exercising her discretion to permit Mr. Carey to relitigate the initial contempt finding and erred in setting that finding aside.

IV. Disposition

[68] I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Torys, Toronto.

Solicitors for the respondent: Brauti Thorning Zibarras, Toronto.

fait amende honorable ou, dans des circonstances exceptionnelles, quand de nouveaux faits ou éléments de preuve sont révélés après que la conclusion d’outrage eut été tirée.

[67] La juge des motions craignait que le fait de refuser d’examiner les nouveaux éléments de preuve entraîne une erreur judiciaire, mais j’estime que ni la règle 60.11 ni la jurisprudence ne lui permettaient de revenir sur sa première conclusion dans les circonstances de l’espèce. Le paragraphe 60.11(8) permet à un juge, sur motion, de « modifier ou [d’]annuler une ordonnance rendue en application du paragraphe (5) ou (6), [de] donner des directives qui s’y rapportent ou [d’]en donner mainlevée. Il peut accorder une autre mesure de redressement et rendre l’ordonnance qu’il estime juste ». S’appuyant sur les remarques de la Cour d’appel dans sa décision relative au sursis, la juge des motions croyait qu’il n’était pas nécessaire de « rouvrir » la motion pour outrage présentée par M^{me} Laiken, puisqu’elle n’était pas encore terminée : 2012 ONSC 7252, par. 8. Je conviens avec la Cour d’appel que la juge des motions a mal interprété cet aspect de la décision relative au sursis. La Cour d’appel a eu raison de conclure que, dans ces circonstances, la juge des motions a commis une erreur dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire en permettant à M^e Carey de remettre en cause la conclusion initiale et en annulant cette conclusion.

IV. Dispositif

[68] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l’appellant : Torys, Toronto.

Procureurs de l’intimée : Brauti Thorning Zibarras, Toronto.

**Theratechnologies inc.,
Yves Rosconi and Paul Pommier** *Appellants*

v.

121851 Canada inc. *Respondent*

and

**Mouvement d'éducation et de défense
des actionnaires** *Intervener*

**INDEXED AS: THERATECHNOLOGIES INC. v.
121851 CANADA INC.**

2015 SCC 18

File No.: 35550.

2014: December 1; 2015: April 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Securities — Statutory disclosure obligations — Action for damages — Prior judicial authorization — Pharmaceutical company in process of obtaining approval to market new drug — Questions on drug's potential side effects raised as part of approval process — Questions publicized by stock quotation enterprises resulting in drop of pharmaceutical company's share price — Corporate shareholder seeking to institute class action for breach of company's disclosure obligation — Action requiring prior judicial authorization based on whether there is a "reasonable possibility that it will be resolved in plaintiff's favour" — Securities Act, CQLR, c. V-1.1, ss. 5.3, 73, 225.4.

In the spring of 2010, Theratechnologies inc. (Thera) was awaiting the approval of the United States Food and Drug Administration (FDA) for a new drug to reduce excess abdominal fat among HIV patients. As its application proceeded, Thera regularly updated its shareholders and the Commission des valeurs mobilières du Québec about developments in the FDA process. It also regularly

**Theratechnologies inc.,
Yves Rosconi et Paul Pommier** *Appellants*

c.

121851 Canada inc. *Intimée*

et

**Mouvement d'éducation et de défense
des actionnaires** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : THERATECHNOLOGIES INC. c.
121851 CANADA INC.**

2015 CSC 18

N° du greffe : 35550.

2014 : 1^{er} décembre; 2015 : 17 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Valeurs mobilières — Obligations légales de divulgation — Action en dommages-intérêts — Autorisation judiciaire préalable — Société pharmaceutique en cours d'obtention de l'approbation d'une drogue nouvelle — Questions relatives aux effets secondaires possibles du médicament soulevées dans le cadre du processus d'approbation — Publication des questions par une entreprise de cotation boursière entraînant une chute du prix des actions de la société pharmaceutique — Société actionnaire cherchant à intenter un recours collectif pour manquement à l'obligation de divulgation de la société — Autorisation judiciaire préalable de l'action accordée s'il existe « une possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause » — Loi sur les valeurs mobilières, RLRQ, c. V-1.1, art. 5.3, 73, 225.4.

Au printemps 2010, Theratechnologies inc. (Thera) attendait que la Food and Drug Administration (FDA) des États-Unis approuve un nouveau médicament qui réduit l'excès de gras abdominal chez les patients atteints du VIH. Pendant que la demande suivait son cours, Thera a informé régulièrement ses actionnaires et la Commission des valeurs mobilières du Québec de l'évolution du

informed its shareholders about the results of its clinical trials measuring the safety and efficacy of the drug, including potential side effects. The trials indicated that the benefits of the drug could be “achieved without significant side effects”.

As is common during the new drug approval process, the FDA referred a number of questions about this drug to an expert Advisory Committee, including questions about its potential side effects. The FDA also made these questions public as part of a package of briefing materials on its website. Thera believed the briefing documents it had already provided to the FDA and the clinical results it had already made public to its investors offered a comprehensive response to the specific questions the FDA had posed. When the questions were publicized by stock quotation enterprises, the price of the company’s shares dropped. 121851 Canada inc., a holding company, sold its shares in Thera during this period. Ultimately, the drug was approved by the FDA and Thera’s share price recovered.

121851 sought authorization under s. 225.4 of the *Securities Act* to bring a class action for damages against Thera, claiming that the information about the potential side effects of the drug and the FDA’s questions about those side effects amounted to a material change in Thera’s business, operations or capital, triggering timely disclosure obligations under s. 73 of the *Securities Act*.

Under s. 225.4, the court is a gatekeeper, and grants authorization “if it deems that the action is in good faith and there is a reasonable possibility that it will be resolved in favour of the plaintiff”. The Motions Judge concluded that the authorization mechanism in s. 225.4 of the *Securities Act* imposed a higher threshold than art. 1003 of the *Code of Civil Procedure*, which deals with the authorization of class actions generally, but found sufficient evidence to support the conclusion that 121851’s action had a reasonable possibility of success. The Court of Appeal agreed with the Motions Judge that the screening mechanism under s. 225.4 was more stringent than for the authorization of a class action under art. 1003 of the *Code of Civil Procedure* and required more than a mere possibility of success. It also agreed that the threshold was met in this case.

processus à la FDA. Elle a également informé régulièrement ses actionnaires au sujet du résultat de ses études cliniques visant à évaluer l’efficacité et l’innocuité du médicament, y compris ses effets secondaires possibles. Les études indiquaient que les avantages du médicament étaient « obtenus sans effets secondaires significatifs ».

Comme il est courant dans le cadre du processus d’approbation d’une drogue nouvelle, la FDA a soumis à un comité consultatif d’experts un certain nombre de questions au sujet de ce médicament, notamment des questions au sujet de ses effets secondaires possibles. La FDA a également rendu publiques ces questions en les incorporant dans une série de documents d’information affichés sur son site Web. Thera croyait que les documents d’information déjà fournis par elle à la FDA et les résultats cliniques déjà communiqués à ses investisseurs répondaient de façon exhaustive aux questions précises soulevées par la FDA. Lorsque des entreprises de cotation boursière ont publié ces questions, le prix des actions de la société a chuté. 121851 Canada inc., une société de portefeuille, a vendu ses actions de Thera au cours de cette période. En fin de compte, la FDA a approuvé le médicament et le prix des actions de Thera s’est rétabli.

121851 a demandé au tribunal l’autorisation d’intenter un recours collectif en dommages-intérêts contre Thera, conformément à l’art. 225.4 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, alléguant que les renseignements au sujet des effets secondaires possibles du médicament et les questions de la FDA au sujet de ces effets secondaires équivalaient à un changement important dans l’activité, l’exploitation ou le capital de Thera, ce qui donnait naissance à l’obligation, prévue à l’art. 73 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, de fournir l’information occasionnelle.

L’article 225.4 confère au tribunal un rôle de gardien qui accorde une autorisation « s’il estime que l’action est intentée de bonne foi et qu’il existe une possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause ». Le premier juge a conclu que le mécanisme d’autorisation prévu à l’art. 225.4 de la *Loi sur les valeurs mobilières* impose un critère préliminaire plus strict que celui prévu à l’art. 1003 du *Code de procédure civile*, qui traite de l’autorisation générale d’intenter un recours collectif, mais il a jugé que la preuve était suffisante pour étayer la conclusion que l’action intentée par 121851 avait une possibilité raisonnable de succès. La Cour d’appel a convenu avec le premier juge que le mécanisme de filtrage prévu à l’art. 225.4 était plus exigeant que le critère d’autorisation d’un recours collectif prévu par l’art. 1003 du *Code de procédure civile* et qu’il exigeait plus qu’une simple possibilité d’avoir gain de cause. Elle a également conclu qu’il avait été satisfait à ce critère en l’espèce.

Held: The appeal should be allowed.

Section 225.4 of the *Securities Act* is part of a new regime to address breaches of continuous disclosure obligations in the secondary market, the market in which a company's shares are traded publicly after they have been issued or distributed by the company. The reforms were inspired by the recommendations of the Allen Committee, suggested after a number of high profile misrepresentations at publicly traded companies. The Committee concluded that the remedies available to investors injured by misleading disclosure in the secondary trading market were so difficult to pursue, that they were largely illusory. As a result, it recommended the creation of a statutory civil liability regime that would help investors sue issuers, directors, and officers who violated statutory disclosure obligations.

Under Quebec's new regime, when a security is acquired or transferred at the time of a false declaration or omission of information that should have been disclosed, the fluctuation in the value of the security is presumed to be attributable to that fault. Investors are thereby released from the burden of demonstrating that the variation in the market price of the security was linked to the misinformation or omission, and from demonstrating that they personally relied on that misinformation or omission in buying or transferring the security. In order to discourage the kind of strike suits that had become common in the United States under more investor-friendly regimes, the Quebec scheme established an authorization mechanism — s. 225.4 — to permit only actions in good faith and with a "reasonable possibility" that the claim would be resolved "in favour of the plaintiff". The regime reflected an attempt to strike a balance between preventing unmeritorious litigation and strike suits and, at the same time, ensuring that investors have a meaningful remedy when issuers breach disclosure obligations.

The "reasonable possibility" that the claim would be resolved in favour of the plaintiff required under s. 225.4 sets out a different and higher standard than the general threshold for the authorization of a class action under art. 1003 of the *Code of Civil Procedure*. Under art. 1003, the court seeks only to identify whether "the facts alleged seem to justify the conclusions sought", that is, whether the applicant has established "a good colour of right". The Quebec legislature used different language in s. 225.4 to create a more meaningful screening mechanism in the securities context so that costly strike suits

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

L'article 225.4 de la *Loi sur les valeurs mobilières* s'inscrit dans un nouveau régime visant à lutter contre les atteintes à l'obligation d'information continue dans le marché secondaire, le marché où se négocient publiquement les actions qu'une entreprise a émises ou distribuées. La réforme s'inspire des recommandations faites par le comité Allen à la suite d'un certain nombre d'affaires médiatisées de déclarations inexactes impliquant des sociétés ouvertes. Le comité a conclu que les recours offerts aux investisseurs du marché secondaire lésés par une divulgation trompeuse étaient si difficiles à exercer qu'ils étaient largement illusoire. En conséquence, il a recommandé la création d'un régime légal de responsabilité civile qui aiderait les investisseurs à poursuivre en justice les émetteurs, les dirigeants et les administrateurs qui manquent à leurs obligations légales d'information.

Sous le nouveau régime québécois, lorsqu'un titre est acquis ou transféré à la suite d'une fausse déclaration ou d'un défaut de fournir une information qui aurait dû l'être, la fluctuation de la valeur du titre est présumée être attribuable à cette faute. Les investisseurs se trouvent ainsi libérés du fardeau de démontrer que l'écart enregistré dans le prix du marché pour ce titre est lié à cette information erronée ou à ce défaut de fournir l'information, et du fardeau de démontrer qu'ils se sont personnellement fiés à cette information ou à l'absence de l'information au moment de l'achat ou du transfert du titre. Afin de décourager le genre de recours opportunistes devenus courants aux États-Unis en vertu de régimes plus favorables aux investisseurs, le régime québécois a prévu un mécanisme d'autorisation — l'art. 225.4 — afin de ne permettre que les actions intentées de bonne foi, s'il existe une « possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause ». Le régime visait donc l'atteinte d'un équilibre entre la volonté de mettre un frein aux recours injustifiés ou opportunistes et celle d'offrir aux investisseurs un recours valable lorsque les émetteurs ne respectent pas leurs obligations d'information.

La « possibilité raisonnable » que le demandeur ait gain de cause qu'exige l'art. 225.4 établit un critère plus exigeant que le critère général d'autorisation applicable en matière de recours collectif prévu à l'art. 1003 du *Code de procédure civile*. Sous le régime de l'art. 1003, le tribunal cherche seulement à déterminer si « les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées », c'est-à-dire si le demandeur a établi « une apparence sérieuse de droit ». Le législateur québécois a employé un libellé différent à l'art. 225.4 pour créer un mécanisme de filtrage qui soit plus significatif

and unmeritorious claims would be prevented. The threshold requires that there be a reasonable or realistic chance that the action will succeed.

A case with a realistic chance of success requires the claimant to offer some credible evidence in support of the claim. Courts must therefore undertake a reasoned consideration of the evidence to ensure that the action has some merit, but the authorization stage under s. 225.4 should not be treated as a mini-trial. If the goal of the screening mechanism is to prevent costly strike suits and litigation with little chance of success, it follows that the evidentiary requirements should not be so onerous as to essentially replicate the demands of a trial. A full analysis of the evidence is unnecessary. What *is* required is sufficient evidence to persuade the court that there is a realistic chance that the action will be resolved in the claimant's favour.

121851 claims that Thera breached s. 73 of the *Securities Act*, which requires issuers to provide timely disclosure of material changes to investors. A material change has two components. There must be a change in the business, operations or capital of the issuer and the change must be material, which means it would reasonably be expected to have a significant effect on the market price or value of the securities of the issuer. 121851 argues that when Thera received the FDA briefing materials for the Advisory Committee, it should have issued a responsive press release. But 121851 has not pointed to any evidence that could qualify as a change in Thera's operations, capital or business as described in s. 5.3 of the *Securities Act*. The results of the clinical trials, including potential side effects, were disclosed to shareholders as they became available. There was no new information about the side effects of the drug that required timely disclosure when the FDA mentioned those side effects in the briefing materials.

Nor has 121851 pointed to any evidence to suggest that the questions the FDA posed to its advisory committee about these side effects, or the contents of its briefing package more generally, departed in any way from the regular and routine process through which the FDA assesses whether a drug should be approved. Rather, they

dans le contexte des valeurs mobilières et qui fasse ainsi obstacle aux poursuites opportunistes coûteuses et aux demandes non fondées. Le critère préliminaire exige une possibilité raisonnable ou réaliste que le demandeur ait gain de cause.

Pour démontrer une possibilité réaliste d'avoir gain de cause, le demandeur doit présenter des éléments de preuve crédibles à l'appui de sa demande. Les tribunaux doivent donc entreprendre un examen raisonné de la preuve afin de s'assurer que l'action peut être fondée, mais l'étape de l'autorisation prévue par l'art. 225.4 ne doit pas être traitée comme un mini procès. Si le mécanisme de filtrage a pour objectif d'écartier les poursuites opportunistes coûteuses et celles qui ont peu de chances d'être accueillies, il s'ensuit que les exigences en matière de preuve ne doivent pas être lourdes au point d'être pratiquement identiques à celles d'un procès. Il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse complète de la preuve. Ce qui *est* exigé, c'est une preuve suffisante pour convaincre le tribunal de l'existence d'une possibilité réaliste que le demandeur ait gain de cause.

121851 allègue que Thera a dérogé à l'art. 73 de la *Loi sur les valeurs mobilières* qui oblige les émetteurs à fournir aux investisseurs l'information occasionnelle au sujet d'un changement important. Un changement important comporte deux éléments. Il faut un changement dans l'activité, l'exploitation ou le capital de l'émetteur, et ce changement doit être important, c'est-à-dire qu'il doit être raisonnable de s'attendre à ce qu'il ait un effet appréciable sur le cours ou la valeur des titres de l'émetteur. 121851 soutient que lorsque Thera a reçu les documents d'information de la FDA destinés au comité consultatif, elle aurait dû y répondre par un communiqué de presse. Mais 121851 n'a présenté aucun élément de preuve de nature à constituer un changement important dans l'activité, le capital ou l'exploitation de Thera au sens de l'art. 5.3 de la *Loi sur les valeurs mobilières*. Les résultats des essais cliniques, y compris les effets secondaires possibles, ont été communiqués aux actionnaires aussitôt qu'ils ont été disponibles. Aucun nouveau renseignement sur les effets secondaires du médicament ne devait faire l'objet d'une information occasionnelle lorsque la FDA a fait mention de ces effets secondaires dans les documents d'information.

121851 n'a pas non plus signalé aucun élément de preuve tendant à indiquer que les questions posées à son comité consultatif par la FDA au sujet de ces effets secondaires, ou, de façon plus générale, que le contenu de ses documents d'information, s'écartaient d'une quelconque façon du processus courant par lequel la FDA

are a routine step in the FDA's work to determine whether a drug's benefits outweigh its risks. It is difficult to characterize these questions as any kind of change to Thera's business, operations, or capital requiring a reassuring public response from Thera.

Because the evidence does not credibly point to a material change that could have triggered disclosure obligations, there is no reasonable possibility that 121851's action under s. 73 of the *Securities Act* could succeed.

Cases Cited

Distinguished: *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; **referred to:** *Cartaway Resources Corp. (Re)*, 2000 BCSECCOM 88, [2000] B.C.S.C.D. No. 92 (QL); *Cornish v. Ontario Securities Commission*, 2013 ONSC 1310, 306 O.A.C. 107; *Infineon Technologies AG v. Option consommateurs*, 2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600; *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347; *Marcotte v. Longueuil (City)*, 2009 SCC 43, [2009] 3 S.C.R. 65; *Ironworkers Ontario Pension Fund (Trustee of) v. Manulife Financial Corp.*, 2013 ONSC 4083, 44 C.P.C. (7th) 80; *Silver v. Imax Corp.* (2009), 66 B.L.R. (4th) 222, leave to appeal refused, 2011 ONSC 1035, 105 O.R. (3d) 212; *Dobbie v. Arctic Glacier Income Fund*, 2011 ONSC 25, 3 C.P.C. (7th) 261; *Round v. MacDonald, Dettwiler and Associates Ltd.*, 2011 BCSC 1416, aff'd 2012 BCCA 456, 39 B.C.L.R. (5th) 44; *Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) v. Celestica Inc.*, 2014 ONSC 1057, 49 C.P.C. (7th) 12; *Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) v. Celestica Inc.*, 2014 ONCA 90, 118 O.R. (3d) 641; *Kerr v. Danier Leather Inc.*, 2007 SCC 44, [2007] 3 S.C.R. 331; *TSC Industries, Inc. v. Northway, Inc.*, 426 U.S. 438 (1976).

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Securities Act and other legislative provisions, S.Q. 2007, c. 15 [Bill 19].
Civil Code of Québec, arts. 1457, 1607.
Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 1003.
Securities Act, CQLR, c. V-1.1, ss. 5 "material fact", 5.3, 73, 225.4.
Securities Act, R.S.A. 2000, c. S-4, s. 147.
Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418, s. 85.
Securities Act, R.S.N.S. 1989, c. 418, s. 81.

décide si un médicament doit être approuvé. Il s'agit plutôt d'une étape courante qui fait partie du travail de la FDA de décider si les avantages d'un médicament l'emportent sur les risques qu'il présente. Il est difficile de considérer ces questions comme constituant, dans les activités commerciales, l'exploitation ou le capital de Thera, une forme de changement exigeant de cette dernière qu'elle réagisse publiquement de façon rassurante.

Étant donné que la preuve ne permet pas de conclure de manière crédible qu'un changement important a donné naissance à des obligations d'information, il n'existe aucune possibilité raisonnable que 121851 ait gain de cause dans son action intentée sur le fondement de l'art. 73 de la *Loi sur les valeurs mobilières*.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt : *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; **arrêts mentionnés :** *Cartaway Resources Corp. (Re)*, 2000 BCSECCOM 88, [2000] B.C.S.C.D. No. 92 (QL); *Cornish c. Ontario Securities Commission*, 2013 ONSC 1310, 306 O.A.C. 107; *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600; *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347; *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65; *Ironworkers Ontario Pension Fund (Trustee of) c. Manulife Financial Corp.*, 2013 ONSC 4083, 44 C.P.C. (7th) 80; *Silver c. Imax Corp.* (2009), 66 B.L.R. (4th) 222, autorisation d'appel refusée, 2011 ONSC 1035, 105 O.R. (3d) 212; *Dobbie c. Arctic Glacier Income Fund*, 2011 ONSC 25, 3 C.P.C. (7th) 261; *Round c. MacDonald, Dettwiler and Associates Ltd.*, 2011 BCSC 1416, conf. par 2012 BCCA 456, 39 B.C.L.R. (5th) 44; *Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) c. Celestica Inc.*, 2014 ONSC 1057, 49 C.P.C. (7th) 12; *Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) c. Celestica Inc.*, 2014 ONCA 90, 118 O.R. (3d) 641; *Kerr c. Danier Leather Inc.*, 2007 CSC 44, [2007] 3 R.C.S. 331; *TSC Industries, Inc. c. Northway, Inc.*, 426 U.S. 438 (1976).

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, art. 1457, 1607.
Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25, art. 1003.
Loi modifiant la Loi sur les valeurs mobilières et d'autres dispositions législatives, L.Q. 2007, c. 15 [projet de loi n° 19].
Loi sur les valeurs mobilières, L.N.-B. 2004, c. S-5.5, art. 89(1).
Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, c. S.5, art. 75, 138.8(1).

Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, ss. 75, 138.8(1).
Securities Act, S.N.B. 2004, c. S-5.5, s. 89(1).

Authors Cited

Canadian Securities Administrators. “National Policy 51-201 Disclosure Standards”, reproduced in (2002), 25 OSCB 4492.

Canadian Securities Administrators. “Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of ‘Material Fact’ and ‘Material Change’”, CSA Notice 53-302, reproduced in (2000), 23 OSCB 7383.

Falutz, Julian, et al. “Effects of Tesamorelin, a Growth Hormone-Releasing Factor, in HIV-Infected Patients With Abdominal Fat Accumulation: A Randomized Placebo-Controlled Trial With a Safety Extension” (2010), 53 *J. Acquir. Immune Defic. Syndr.* 311.

Gillen, Mark R. *Securities Regulation in Canada*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2007.

Groia, Joseph, and Pamela Hardie. *Securities Litigation and Enforcement*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2012.

Johnston, David, Kathleen Doyle Rockwell and Cristie Ford. *Canadian Securities Regulation*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Pritchard, A. C., and Janis P. Sarra. “Securities Class Actions Move North: A Doctrinal and Empirical Analysis of Securities Class Actions in Canada” (2010), 47 *Alta. L. Rev.* 881.

Quebec. Assemblée nationale. Commission permanente des finances publiques. “Étude détaillée du projet de loi n° 19 — Loi modifiant la Loi sur les valeurs mobilières et d’autres dispositions législatives”, *Journal des débats de la Commission permanente des finances publiques*, vol. 40, n° 10, 1^{re} sess., 38^e lég., 25 octobre 2007, p. 1-2.

Toronto Stock Exchange. Committee on Corporate Disclosure. *Final Report — Responsible Corporate Disclosure: A Search for Balance*. Toronto: The Exchange, 1997.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Rochon, Bouchard and Gascon J.J.A.), 2013 QCCA 1256, [2013] R.J.Q. 1128, [2013] AZ-50988427, [2013] Q.J. No. 7925 (QL), 2013 CarswellQue 10168 (WL Can.), affirming a decision of Blanchard J., 2012 QCCS 699, [2012] AZ-50834966,

Loi sur les valeurs mobilières, RLRQ, c. V-1.1, art. 5 « fait important », 5.3, 73, 225.4.
Securities Act, R.S.A. 2000, c. S-4, art. 147.
Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418, art. 85.
Securities Act, R.S.N.S. 1989, c. 418, art. 81.

Doctrine et autres documents cités

Autorités canadiennes en valeurs mobilières. « Instruction générale 51-201 relative aux lignes directrices en matière de communication de l’information » (en ligne : <http://www.lautorite.qc.ca/files//pdf/reglementation/valeurs-mobilieres/51-201/2002-07-12/2002juil12-51-201-ig-final-fr.pdf>).

Autorités canadiennes en valeurs mobilières. « Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of “Material Fact” and “Material Change” », CSA Notice 53-302, reproduced in (2000), 23 OSCB 7383.

Falutz, Julian, et al. « Effects of Tesamorelin, a Growth Hormone-Releasing Factor, in HIV-Infected Patients With Abdominal Fat Accumulation : A Randomized Placebo-Controlled Trial With a Safety Extension » (2010), 53 *J. Acquir. Immune Defic. Syndr.* 311.

Gillen, Mark R. *Securities Regulation in Canada*, 3rd ed., Toronto, Thomson Carswell, 2007.

Groia, Joseph, and Pamela Hardie. *Securities Litigation and Enforcement*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2012.

Johnston, David, Kathleen Doyle Rockwell and Cristie Ford. *Canadian Securities Regulation*, 5th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Pritchard, A. C., and Janis P. Sarra. « Securities Class Actions Move North : A Doctrinal and Empirical Analysis of Securities Class Actions in Canada » (2010), 47 *Alta. L. Rev.* 881.

Québec. Assemblée nationale. Commission permanente des finances publiques. « Étude détaillée du projet de loi n° 19 — Loi modifiant la Loi sur les valeurs mobilières et d’autres dispositions législatives », *Journal des débats de la Commission permanente des finances publiques*, vol. 40, n° 10, 1^{re} sess., 38^e lég., 25 octobre 2007, p. 1-2.

Toronto Stock Exchange. Committee on Corporate Disclosure. *Final Report — Responsible Corporate Disclosure : A Search for Balance*, Toronto, The Exchange, 1997.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Rochon, Bouchard et Gascon), 2013 QCCA 1256, [2013] R.J.Q. 1128, [2013] AZ-50988427, [2013] J.Q. n° 7925 (QL), 2013 CarswellQue 7067 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Blanchard, 2012 QCCS 699, [2012]

[2012] J.Q. n° 1529 (QL), 2012 CarswellQue 1636 (WL Can.). Appeal allowed.

Pierre Y. Lefebvre and Philippe Charest-Beaudry, for the appellants.

Michel Savonitto and Vicky Berthiaume, for the respondent.

Éric Lemay and Dimitri Lascaris, for the intervenor.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — The genesis of this case was a new drug application to the U.S. Food and Drug Administration (FDA) by a pharmaceutical research and development company based in Montréal. As is common during the new drug approval process, the FDA referred a number of questions about this drug to an expert Advisory Committee, including questions about the drug’s potential side effects. The FDA also made these questions public as part of a package of briefing materials on its website. When the questions were publicized by stock quotation enterprises, the price of the company’s shares dropped sharply.

[2] A holding company that sold its shares during this period sought authorization to bring a class action for damages under s. 225.4 of the *Securities Act*, CQLR, c. V-1.1, alleging a breach of statutory disclosure obligations.

[3] In 2007, changes to the *Securities Act* created a new statutory cause of action that enabled investors to bring claims against reporting issuers who breach their obligation to disclose material facts and changes to their shareholders. Actions for damages may not be brought without the prior authorization of the court pursuant to s. 225.4. A court will grant

AZ-50834966, [2012] J.Q. n° 1529 (QL), 2012 CarswellQue 1636 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Pierre Y. Lefebvre et Philippe Charest-Beaudry, pour les appelants.

Michel Savonitto et Vicky Berthiaume, pour l’intimée.

Éric Lemay et Dimitri Lascaris, pour l’intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Le présent pourvoi tire son origine d’une demande de drogue nouvelle présentée à la Food and Drug Administration (FDA) des États-Unis par une société pharmaceutique de recherche et de développement établie à Montréal. Comme il est courant dans le cadre du processus d’approbation d’une drogue nouvelle, la FDA a soumis à un comité consultatif d’experts un certain nombre de questions au sujet de ce médicament, notamment des questions au sujet de ses effets secondaires possibles. La FDA a également rendu publiques ces questions en les incorporant dans une série de documents d’information qu’elle a affichés sur son site Web. Lorsque des entreprises de cotation boursière ont publié ces questions, le prix des actions de la société a enregistré une chute marquée.

[2] Une société de portefeuille qui a vendu ses actions au cours de cette période a demandé l’autorisation d’intenter un recours collectif en dommages-intérêts en application de l’art. 225.4 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, RLRQ, c. V-1.1, alléguant un manquement aux obligations d’information imposées par la loi.

[3] Des modifications apportées en 2007 à la *Loi sur les valeurs mobilières* ont créé une nouvelle cause d’action qui permet aux investisseurs de poursuivre en justice les émetteurs assujettis qui manquent à leur obligation de communiquer aux actionnaires tous les faits et changements. Aux termes de l’art. 225.4, aucune action en dommages-intérêts

authorization “if it deems that the action is in good faith and there is a reasonable possibility that it will be resolved in favour of the plaintiff”. The issue in this appeal is whether there was a “reasonable possibility” of success within the meaning of this provision.

[4] I agree with the Court of Appeal that the threshold set out in s. 225.4 for authorization requires more than a mere possibility of success, but, with great respect, do not share its conclusion that the threshold was met in this case.

Background

[5] Theratechnologies inc. (Thera) is a pharmaceutical research and development company based in Montréal and listed on the Toronto Stock Exchange. 121851 Canada inc. is a holding company. Roger St-Germain is its sole shareholder and director. At the relevant time, 121851 Canada inc. had 190,000 Thera shares.

[6] On June 1, 2009, Thera filed a new drug application with the FDA for tesamorelin, a drug to reduce excess abdominal fat among HIV patients. The FDA’s Center for Drug Evaluation and Research is charged with reviewing and evaluating new drug applications from companies like Thera. Its role is to decide whether the studies submitted by the drug’s sponsoring company — typically, its manufacturer — show the new drug to be safe and effective. If the sponsoring company demonstrates that the drug’s benefits outweigh its known risks, the FDA will approve it.

[7] As part of its usual process of evaluating the safety and efficacy of a drug, the FDA will often convene a meeting of an expert Advisory Committee. The FDA provides this Advisory Committee with two packages of briefing materials in advance of the meeting, one containing information prepared by the FDA and the other containing information prepared

ne peut être intentée sans l’autorisation préalable du tribunal. Le tribunal accorde l’autorisation « s’il estime que l’action est intentée de bonne foi et qu’il existe une possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause ». Le présent pourvoi porte sur la question de savoir s’il existait une « possibilité raisonnable » que le demandeur ait gain de cause au sens de l’art. 225.4.

[4] Je suis d’accord avec la Cour d’appel pour dire que le critère d’autorisation énoncé à l’art. 225.4 exige plus qu’une simple possibilité d’avoir gain de cause, mais, avec égards, je ne partage pas sa conclusion selon laquelle il a été satisfait à ce critère en l’espèce.

Contexte

[5] Theratechnologies inc. (Thera) est une société pharmaceutique de recherche et de développement établie à Montréal et inscrite à la Bourse de Toronto. 121851 Canada inc. est une société de portefeuille. Roger St-Germain en est le seul actionnaire et administrateur. À l’époque pertinente, 121851 Canada inc. détenait 190 000 actions de Thera.

[6] Le 1^{er} juin 2009, Thera a déposé auprès de la FDA une demande de drogue nouvelle relative à la tésamoréline, un médicament qui permet de réduire l’excès de gras abdominal chez les patients atteints du VIH. Le centre de recherche et d’évaluation des médicaments de la FDA est chargé d’examiner et d’évaluer les demandes de drogues nouvelles que présentent les entreprises telles que Thera. Il a pour mandat de déterminer si les rapports d’études soumis par l’entreprise qui présente la demande — habituellement le fabricant — établissent l’innocuité et l’efficacité du médicament. Si l’entreprise en question démontre que les avantages du médicament l’emportent sur les risques qu’il présente, la FDA l’approuvera.

[7] Dans le cadre du processus habituel d’évaluation de l’efficacité et de l’innocuité d’un médicament, il arrive souvent que la FDA convoque une réunion d’un comité consultatif d’experts. La FDA remet au préalable au comité deux séries de documents d’information, l’un contenant des renseignements préparés par la FDA, et l’autre des renseignements

by the sponsoring company. The FDA's package includes a background introductory memorandum that sets out the crucial considerations associated with the application, and questions the FDA wishes to submit to its Advisory Committee to answer upon review of the Briefing Package. Based on the information in the Briefing Package, an Advisory Committee may decide to recommend approval or disapproval of a new drug application. The FDA generally follows the advice of the Advisory Committee, but is not bound to do so.

[8] As its application proceeded through this FDA process, Thera regularly updated its shareholders and the Commission des valeurs mobilières du Québec about developments in the application process. On November 5, 2009, Thera issued a press release announcing that the FDA had requested an opinion from its Endocrinologic and Metabolic Drugs Advisory Committee about Thera's application. On January 18, 2010, Thera announced that the Advisory Committee would meet on February 24, 2010 to discuss its application. On January 25, 2010, Thera issued another press release indicating that the Advisory Committee meeting had been postponed. And on February 25, 2010, it announced that the meeting had been rescheduled for May 27, 2010. On March 22, 2010, it issued a press release confirming this date.

[9] Between 2005 and the end of 2008, as part of its efforts to gain FDA approval for tesamorelin, Thera undertook two "phase-three" clinical trials of the drug that aimed to test its safety and efficacy among HIV patients. A phase-three clinical trial is a randomized, relatively large-scale test of a drug's safety and therapeutic effect on patients. Because the growth hormone that tesamorelin triggers is associated with increased risk of diabetes, the clinical trials measured the blood sugar levels of participating patients to evaluate potential side effects of the drug.

[10] Throughout this period, Thera regularly disclosed information about the progress of its clinical

préparés par la société qui présente la demande. Les documents de la FDA contiennent notamment un exposé contextuel énonçant les enjeux cruciaux soulevés par la demande, ainsi que les questions auxquelles la FDA voudrait que le comité consultatif réponde après avoir étudié l'ensemble de l'information. À la lumière des renseignements contenus dans la série de documents, le comité consultatif peut décider de recommander à la FDA d'approuver ou de rejeter la demande de drogue nouvelle. La FDA suit en général l'avis du comité consultatif, mais elle n'est pas tenue de le faire.

[8] Pendant que la demande suivait son cours à la FDA, Thera a informé régulièrement ses actionnaires et la Commission des valeurs mobilières du Québec de l'évolution du processus. Le 5 novembre 2009, Thera a publié un communiqué de presse annonçant que la FDA avait demandé l'opinion de son comité consultatif des traitements endocriniens et métaboliques au sujet de sa demande. Le 18 janvier 2010, Thera a annoncé que le comité consultatif se réunirait le 24 février 2010 pour examiner sa demande. Le 25 janvier 2010, Thera a publié un autre communiqué de presse annonçant le report de la réunion du comité consultatif. Le 25 février 2010, elle a annoncé que la date de la réunion avait été fixée au 27 mai 2010. Le 22 mars 2010, elle a publié un communiqué de presse confirmant la tenue de la réunion à cette date.

[9] Entre 2005 et la fin de l'année 2008, dans le cadre de ses efforts visant à obtenir l'approbation de la FDA pour la tésamoréline, Thera a procédé à deux essais cliniques de phase 3 destinés à tester l'efficacité et l'innocuité du médicament chez les patients atteints du VIH. L'essai clinique de phase 3 est réalisé sur une base aléatoire et à une échelle relativement grande et vise à tester l'innocuité et les effets thérapeutiques d'un médicament chez les patients. Parce que l'hormone de croissance déclenchée par la tésamoréline est associée à un risque accru de diabète, la glycémie des participants aux essais cliniques a été mesurée afin d'évaluer les effets secondaires potentiels du médicament.

[10] Au cours de cette période, Thera a informé régulièrement ses actionnaires de la progression

trials to its shareholders. In its 2008 Annual Notice, Thera commented on the results of its studies showing a “good safety profile”, and indicated it would study tesamorelin’s effects related to glucose intolerance.

[11] In a press release on November 11, 2009, Thera announced the combined results of its phase-three clinical trials, which indicated that possible side effects of the drug on blood sugar were not clinically significant. On March 1, 2010, Thera announced the publication of these results in an article in the *Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes*, concluding that the benefits of the drug were “achieved without significant side effects or perturbation of glucose”.

[12] In April 2010, Thera provided the FDA with a Briefing Package that contained a description of tesamorelin and a summary of the results from the different clinical studies that Thera had already disclosed to its investors. This Briefing Package is traditionally made public by the FDA when it publishes its own briefing materials. In its Briefing Package, Thera explained that

[t]he effect of tesamorelin administration on glycemic parameters was a theoretical safety concern because of well known diabetogenic effect of GH [growth hormone]. In the Phase 3 studies, no clinically significant differences were observed over 52 weeks between tesamorelin 2 mg and placebo for changes from baseline in FBG, insulin, HOMA-IR, and HbA1c. With regard to FBG shifts and changes in glucose categories, as well as shifts in HbA1c categories, greater differences from baseline occurred in the tesamorelin group. Nevertheless, there was some reversal of these effects after the first 26 weeks. Overall, the data suggest no major safety concerns with regard to glucose homeostasis and that any glycemic changes can be managed in clinical practice. [Emphasis added.]

des essais cliniques. Dans sa Notice annuelle pour l’année 2008, Thera a commenté les résultats d’études faisant état d’un « bon profil d’innocuité », et a indiqué qu’elle étudierait les effets de la tésamoréline chez les patients intolérants au glucose.

[11] Le 11 novembre 2009, Thera a annoncé par communiqué les résultats combinés de ses études cliniques de phase 3, suivant lesquels les effets secondaires potentiels du médicament sur la glycémie n’étaient pas cliniquement significatifs. Le 1^{er} mars 2010, Thera a annoncé la publication de ces résultats dans un article du *Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes* et a conclu que les avantages du médicament étaient [TRADUCTION] « obtenus sans effets secondaires significatifs ni perturbation du glucose ».

[12] En avril 2010, Thera a transmis à la FDA un dossier d’information comportant une description de la tésamoréline et un résumé des résultats des différentes études cliniques, résultats que Thera avait déjà communiqués à ses investisseurs. Ce dossier d’information est habituellement rendu public par la FDA au moment où elle publie ses propres documents d’information. Dans son dossier d’information, Thera expliquait ce qui suit :

[TRADUCTION] L’effet de l’administration de la tésamoréline sur les paramètres glycémiques constituait une préoccupation théorique en matière d’innocuité en raison de l’effet diabétogène bien connu de l’hormone de croissance. Dans les études de phase 3, aucun changement cliniquement significatif par rapport aux valeurs de référence n’a été observé pendant 52 semaines, au cours desquelles 2 mg de tésamoréline ou un placebo ont été administrés, quant à la glycémie à jeun, à l’insuline, au modèle d’homéostasie de l’insulinorésistance (HOMA-IR) et à l’HbA1c. En ce qui concerne les variations de la glycémie à jeun, les changements de catégorie d’indice glycémique et les changements de catégorie d’HbA1c, des différences plus marquées par rapport aux valeurs de référence ont été observées dans le groupe ayant reçu la tésamoréline. Il y avait cependant un certain renversement de ces effets après les 26 premières semaines. Globalement, les données ne révèlent aucune préoccupation majeure en matière d’innocuité en ce qui concerne l’homéostasie du glucose, et elles indiquent que tout changement lié à la glycémie peut être traité cliniquement. [Je souligne.]

[13] On May 11, 2010, the FDA sent Thera a briefing document it had prepared for the Advisory Committee meeting, including a copy of a Background Introductory Memorandum which contained questions about tesamorelin's side effects. FDA policy was to publish on its website all the materials assembled for the new drug application at least 48 hours before an Advisory Committee meeting. In accordance with its policy, on May 25, the FDA published the information it had compiled about tesamorelin, including the briefing materials compiled by both Thera and the FDA.

[14] The FDA's Background Introductory Memorandum attracted the attention of stock quotation enterprises, including Dow Jones who, on the basis of the questions that the FDA had asked its Advisory Committee, expressed concern that tesamorelin could increase the risk of diabetes. At about 9 a.m. on May 25, for example, Dow Jones issued a press release that said: "FDA: Theratechnologies Drug Cuts Abdominal Fat In HIV Patients". A minute later, it issued a second press release: "FDA: Proposed Theratechnologies Drug Might Increase Diabetes Risk". At about 9:30 a.m., it released a short article that underscored the efficacy of the drug, but also drew attention to the fact that some patients in the study had experienced an increased risk of diabetes. The article did not specify that Thera's clinical results had concluded that the effects of tesamorelin on the glycemic parameters of these patients were minor, transitory, and easily clinically managed.

[15] Thera did not react publicly because it believed the briefing documents it had already provided to the FDA and the clinical results it had already made public to its investors offered a comprehensive response to the specific questions the FDA had posed.

[13] Le 11 mai 2010, la FDA a envoyé à Thera un document d'information qu'elle avait préparé en vue de la réunion du comité consultatif, dont une copie d'un exposé contextuel dans lequel figuraient des questions relatives aux effets secondaires de la tésamoréline. La FDA avait comme politique de publier sur son site Web, au moins 48 heures avant la réunion du comité consultatif, tous les documents rassemblés dans le cadre d'une demande de drogue nouvelle. Conformément à sa politique, la FDA a publié le 25 mai les renseignements qu'elle avait recueillis sur la tésamoréline, notamment les documents d'information rassemblés par elle et par Thera.

[14] L'exposé contextuel préparé par la FDA a attiré l'attention des entreprises de cotation boursière, dont Dow Jones, laquelle, après avoir pris connaissance des questions soumises par la FDA à son comité consultatif, s'est dite préoccupée par le fait que la tésamoréline pourrait accroître le risque de diabète. Vers 9 h le 25 mai, par exemple, la société Dow Jones a publié un communiqué de presse rédigé comme suit : [TRADUCTION] « FDA : Le médicament de Theratechnologies réduit la graisse abdominale chez les patients atteints du VIH ». Une minute plus tard, elle en publiait un deuxième : « FDA : Le médicament proposé par Theratechnologies pourrait accroître le risque de diabète ». Vers 9 h 30, elle publiait un court article dans lequel elle soulignait l'efficacité du médicament, mais attirait également l'attention sur le fait que, chez certains patients ayant participé à l'étude, le risque de diabète avait augmenté. L'article ne précisait pas que les essais cliniques effectués par Thera avaient permis de conclure que les effets de la tésamoréline sur les paramètres glycémiques de ces patients étaient mineurs, transitoires et facilement traitables cliniquement.

[15] Thera n'a pas réagi publiquement parce qu'elle croyait que les documents d'information déjà fournis par elle à la FDA et les résultats cliniques déjà communiqués à ses investisseurs répondaient de façon exhaustive aux questions précises soulevées par la FDA.

[16] When Mr. St-Germain became aware of the Dow Jones press releases on May 25, he decided to sell his company's shares of Thera, resulting in a net loss of \$271,752 from the shares' value on May 21, 2010. For the next two days, Thera's shares were traded extensively and their price dropped by 58 percent. On May 27, 2010, the Toronto Stock Exchange stopped all transactions of Thera's shares. The same day, the Advisory Committee unanimously voted in favour of approving Thera's new drug application for tesamorelin. Thera announced this news by press release late that afternoon. On May 28, when trading of Thera's stock resumed, its share price recovered. The FDA approved the new drug application on November 10, 2010.

[17] 121851 sought judicial authorization under s. 225.4 of the *Securities Act* to launch a class action proceeding for damages, claiming that the information that diabetes was among the potential side effects of tesamorelin and the FDA's questions about those side effects amounted to a material change in Thera's business, operations or capital, triggering timely disclosure obligations in the form of a reassuring press release under s. 73 of the *Securities Act*:

73. A reporting issuer shall provide periodic disclosure about its business and internal affairs, including its governance practices, timely disclosure of a material change and any other disclosure prescribed by regulation in accordance with the conditions determined by regulation.

Section 225.4 states:

225.4 No action for damages may be brought under this division without the prior authorization of the court.

[16] Lorsque M. St-Germain a pris connaissance des communiqués de presse publiés par Dow Jones le 25 mai, il a décidé de vendre les actions de Thera détenues par sa société, enregistrant ainsi une perte nette de 271 752 \$ par rapport à la valeur du titre en date du 21 mai 2010. Au cours des deux jours suivants, les actions de Thera ont fait l'objet d'un fort volume de transactions et le prix de l'action a chuté de 58 p. 100. Le 27 mai 2010, la Bourse de Toronto a décrété un arrêt des transactions sur le titre de Thera. Le même jour, le comité consultatif a voté à l'unanimité en faveur de l'approbation de la demande de drogue nouvelle présentée par Thera à l'égard de la tésamoréline. Plus tard dans l'après-midi, Thera a publié un communiqué de presse dans lequel elle annonçait la nouvelle. Le 28 mai, à la reprise des transactions sur le titre de Thera, le prix de ses actions s'est rétabli. La FDA a approuvé la demande de drogue nouvelle le 10 novembre 2010.

[17] 121851 a demandé au tribunal l'autorisation d'intenter un recours collectif en dommages-intérêts, conformément à l'art. 225.4 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, alléguant que les renseignements selon lesquels le diabète constituait un des effets secondaires possibles de la tésamoréline et que les questions de la FDA au sujet de ces effets secondaires équivalaient à un changement important dans l'activité, l'exploitation ou le capital de Thera, ce qui donnait naissance à l'obligation de fournir, sous la forme d'un communiqué de presse rassurant, l'information occasionnelle prévue à l'art. 73 de la *Loi sur les valeurs mobilières* :

73. L'émetteur assujetti fournit, conformément aux conditions et modalités déterminées par règlement, l'information périodique au sujet de son activité et ses affaires internes, dont ses pratiques en matière de gouvernance, l'information occasionnelle au sujet d'un changement important et toute autre information prévue par règlement.

L'article 225.4 dispose :

225.4 L'action en dommages-intérêts intentée en vertu de la présente section doit être préalablement autorisée par le tribunal.

The request for authorization must state the facts giving rise to the action. It must be filed together with the projected statement of claim and be notified by bailiff to the parties concerned, with a notice of at least 10 days of the date of presentation.

The court grants authorization if it deems that the action is in good faith and there is a reasonable possibility that it will be resolved in favour of the plaintiff.

[18] The Motions Judge concluded that the authorization mechanism in s. 225.4 of the *Securities Act* imposed a higher threshold than art. 1003 of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25 (*C.P.C.*), which deals with the authorization of class actions generally, but found sufficient evidence to support the conclusion that 121851's action had a reasonable possibility of success.

[19] An appeal by Thera to the Court of Appeal was dismissed. The Court of Appeal agreed with the Motions Judge that the screening mechanism under s. 225.4 was more stringent than for the authorization of a class action under art. 1003 of the *Code of Civil Procedure* and required more than a mere possibility of success. It noted that the legislative intention behind s. 225.4 was to make the provision a more robust screening mechanism.

[20] Based on documentary evidence and Mr. St-Germain's testimony, the Court of Appeal was of the view that there was a reasonable possibility that the action would be resolved in his company's favour. As a result, it upheld the order authorizing an action for damages.

Analysis

[21] Section 225.4 of the *Securities Act* is part of a new regime of statutory civil liability to address breaches of disclosure obligations in the secondary market, the market in which a company's shares are traded publicly after they have been issued or distributed by the company. This provision sets out two substantive criteria for the authorization of an action for damages: the action must be brought in good faith and there must be a reasonable possibility that it will be resolved in favour of the claimant. There

La demande d'autorisation énonce les faits qui y donnent ouverture. Elle doit être accompagnée du projet de demande introductive d'instance et être notifiée par huissier aux parties visées, avec un avis d'au moins 10 jours de la date de sa présentation.

Le tribunal accorde l'autorisation s'il estime que l'action est intentée de bonne foi et qu'il existe une possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause.

[18] Le premier juge a conclu que le mécanisme d'autorisation prévu à l'art. 225.4 de la *Loi sur les valeurs mobilières* impose un critère préliminaire plus strict que celui imposé par l'art. 1003 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25 (*C.P.C.*), qui traite de l'autorisation générale d'intenter un recours collectif, mais il a jugé que la preuve était suffisante pour étayer la conclusion que l'action intentée par 121851 avait une possibilité raisonnable de succès.

[19] La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par Thera. Elle a convenu avec le premier juge que le mécanisme de filtrage des recours prévu à l'art. 225.4 était plus exigeant que le critère d'autorisation d'un recours collectif prévu par l'art. 1003 du *C.P.C.*, et qu'il exigeait plus qu'une simple possibilité d'avoir gain de cause. Elle a fait remarquer qu'en adoptant l'art. 225.4, le législateur avait l'intention d'en faire un mécanisme de filtrage plus musclé.

[20] Se fondant sur la preuve documentaire et sur le témoignage de M. St-Germain, la Cour d'appel a estimé qu'il existait une possibilité raisonnable que l'action soit tranchée en faveur de ce dernier. Elle a donc confirmé l'ordonnance autorisant l'action en dommages-intérêts.

Analyse

[21] L'article 225.4 de la *Loi sur les valeurs mobilières* s'inscrit dans un nouveau régime de responsabilité civile visant à lutter contre les atteintes à l'obligation de divulgation dans le marché secondaire, le marché où se négocient publiquement les actions qu'une entreprise a émises ou distribuées. Cet article énonce deux conditions de fond de l'autorisation d'intenter une action en dommages-intérêts : l'action doit être intentée de bonne foi, et il doit exister une possibilité raisonnable que le demandeur

is no dispute that 121851's action is brought in good faith. This case turns then on the interpretation of "a reasonable possibility" that 121851's action will be resolved in its favour. The history and objectives of the authorization mechanism set by s. 225.4 in the context of the *Securities Act* as a whole assist in this exercise.

[22] Like its counterparts elsewhere in Canada, Quebec's *Securities Act* requires companies whose shares are traded in the secondary market to regularly disclose certain information to their security holders and the provincial securities regulator: s. 73; *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418, s. 85; *Securities Act*, R.S.A. 2000, c. S-4, s. 147; *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5, s. 75; *Securities Act*, R.S.N.S. 1989, c. 418, s. 81; *Securities Act*, S.N.B. 2004, c. S-5.5, s. 89(1).

[23] Continuous disclosure obligations fall into two categories: periodic disclosure and timely disclosure. Periodic disclosure must be made at regular intervals, typically through the regular provision of documents such as proxy circulars, financial statements and insider trading reports. In these regularly issued documents, companies must disclose all material *facts* — that is, anything "that may reasonably be expected to have a significant effect on the market price or value of securities issued": *Securities Act* (Quebec), s. 5 "material fact".

[24] Timely disclosure obligations, on the other hand, are imposed only when there has been a material *change* in the issuer's affairs. Material changes, which arise from changes in the issuers' business, operations or capital, must be disclosed at the time they occur: *Securities Act* (Quebec), s. 5.3; Mark R. Gillen, *Securities Regulation in Canada* (3rd ed. 2007), at p. 211; David Johnston, Kathleen Doyle Rockwell and Cristie Ford: *Canadian Securities Regulation* (5th ed. 2014), at p. 249.

ait gain de cause. Nul ne conteste que l'action de 121851 est intentée de bonne foi. Le présent pourvoi porte donc sur l'interprétation à donner aux termes « possibilité raisonnable » que le demandeur ait gain de cause. L'historique et les objectifs du mécanisme d'autorisation qu'établit l'art. 225.4 dans le contexte de la *Loi sur les valeurs mobilières* dans son ensemble facilitent cet exercice.

[22] À l'instar des lois équivalentes adoptées ailleurs au Canada, la *Loi sur les valeurs mobilières* du Québec exige des entreprises dont les actions sont négociées sur le marché secondaire qu'elles fournissent régulièrement certaines informations aux porteurs de leurs titres et à l'organisme provincial de réglementation des valeurs mobilières : art. 73; *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418, art. 85; *Securities Act*, R.S.A. 2000, c. S-4, art. 147; *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, c. S.5, art. 75; *Securities Act*, R.S.N.S. 1989, c. 418, art. 81; *Loi sur les valeurs mobilières*, L.N.-B. 2004, c. S-5.5, par. 89(1).

[23] Les obligations d'information continue peuvent être classées en deux catégories : l'information périodique et l'information occasionnelle. L'information périodique doit être fournie à intervalles réguliers, habituellement par la transmission régulière de documents tels que des circulaires de sollicitation de procurations, des états financiers et des déclarations d'initié. Dans ces documents émis régulièrement, les entreprises doivent communiquer tous les *faits* importants — c'est-à-dire tout fait « dont il est raisonnable de s'attendre qu'il aura un effet appréciable sur le cours ou la valeur d'un titre émis ou d'un titre dont l'émission est projetée » : *Loi sur les valeurs mobilières* (Québec), art. 5 « fait important ».

[24] Les obligations d'information occasionnelle, par contre, ne sont imposées qu'en cas de *changement* important dans les affaires de l'émetteur. Les changements importants, qui sont des changements dans l'activité, l'exploitation ou le capital de l'émetteur, doivent être communiqués au moment où ils surviennent : *Loi sur les valeurs mobilières* (Québec), art. 5.3; Mark R. Gillen, *Securities Regulation in Canada* (3^e éd. 2007), p. 211; David Johnston, Kathleen Doyle Rockwell et Cristie Ford : *Canadian Securities Regulation* (5^e éd. 2014), p. 249.

[25] Both periodic and timely disclosure obligations are designed to increase fairness in the secondary market:

[Continuous disclosure] . . . is designed to create a “level playing field” where all investors have access to the same information and all pricing and investment decisions are made from the same starting point. Of course, investors may still value securities differently, depending on how they interpret that information. Different investors have different goals, typically balanced between risk and return. Riskier investments generally yield higher returns, and vice versa. Securities regulation does not tell investors what to do, nor steer them toward or away from particular investments. It should, however, ensure that they have enough information to assess properly the risks involved and make fully informed decisions. [Footnote omitted; Johnston, Rockwell and Ford, at p. 249.]

As a result, the policy of ensuring this “level playing field” reified in statutory continuous disclosure obligations has been called “the most fundamental principle of securities regulation”: *Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2000] B.C.S.C.D. No. 92 (QL), at para. 216; *Cornish v. Ontario Securities Commission* (2013), 306 O.A.C. 107 (S.C.J.), at para. 40.

[26] Disclosure also supports capital market efficiency by helping investors target the most deserving securities and enhancing the accountability of corporate management: *Cornish*, at para. 40. As investors realize that they have the necessary information, they become more confident in the securities market, and their consequent increased participation leads to more efficient markets: Johnston, Rockwell and Ford, at p. 249.

[27] Section 225.4 emerged directly out of Canada-wide efforts to develop a more meaningful and accessible form of recourse for investors. Historically, Canadian investors in the secondary

[25] Les obligations d’information périodique et occasionnelle visent à renforcer l’équité sur le marché secondaire :

[TRADUCTION] [L’information continue] [. . .] vise à établir « des règles du jeu équitables pour tous », en ce que les investisseurs ont accès à la même information et toutes les décisions qui concernent l’attribution d’une valeur ou l’investissement reposent sur la même base. Certes, les investisseurs peuvent malgré tout attribuer aux titres une valeur différente, selon l’interprétation qu’ils font de cette information. Différents investisseurs poursuivent des objectifs différents, habituellement en tenant compte du risque et du rendement. Les investissements à plus haut risque offrent généralement un rendement plus élevé, et vice versa. La réglementation des valeurs mobilières ne dit pas aux investisseurs ce qu’ils doivent faire, ni ne leur suggère ou leur déconseille des investissements en particulier. Elle doit toutefois veiller à ce que les investisseurs aient suffisamment d’information pour évaluer convenablement le risque et prendre des décisions parfaitement éclairées. [Note en bas de page omise; Johnston, Rockwell et Ford, p. 249.]

Ainsi, la politique visant à assurer des « règles du jeu équitables pour tous » qu’incarnent dans la loi les obligations d’information continue a été qualifiée de [TRADUCTION] « principe le plus élémentaire de la réglementation des valeurs mobilières » : *Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2000] B.C.S.C.D. No. 92 (QL), par. 216; *Cornish c. Ontario Securities Commission* (2013), 306 O.A.C. 107 (C.S.J.), par. 40.

[26] L’information favorise également l’efficacité des marchés financiers en aidant les investisseurs à cibler les titres les plus prometteurs et en accroissant l’obligation de rendre compte des dirigeants : *Cornish*, par. 40. Lorsqu’ils constatent qu’ils disposent de l’information nécessaire, les investisseurs font davantage confiance au marché des valeurs mobilières et leur participation accrue favorise l’efficacité des marchés : Johnston, Rockwell et Ford, p. 249.

[27] L’article 225.4 découle directement des efforts déployés dans l’ensemble du Canada pour que les investisseurs puissent disposer d’un recours valable et plus accessible. Auparavant, les Canadiens

trading market did not have access to a statutory cause of action when they suffered losses as a result of breaches of legislated continuous disclosure obligations. In common law jurisdictions, investors had to rely on the tort of negligent misrepresentation, which required, among other things, that investors prove that they had relied on the misinformation or omission of information to their detriment: A. C. Pritchard and Janis P. Sarra, “Securities Class Actions Move North: A Doctrinal and Empirical Analysis of Securities Class Actions in Canada” (2010), 47 *Alta. L. Rev.* 881, at p. 885. Because it was extremely difficult to prove such reliance when securities were purchased in the secondary market, this requirement put meaningful redress out of reach for many who were harmed by dubious disclosure practices: Joseph Groia and Pamela Hardie, *Securities Litigation and Enforcement* (2nd ed. 2012), at p. 352.

[28] In Quebec, investors faced a similarly heavy burden under the *Civil Code*. To establish civil liability, claimants were required to prove a fault, such as the publication of misinformation or the failure to meet a statutory disclosure obligation; that they suffered prejudice; and that there was a causal link between the fault and the prejudice — that is, that they had relied on the misinformation in making the trade: arts. 1457 and 1607 of the *Civil Code of Québec*. Demonstrating the requisite causal link proved to be particularly onerous in the securities context: Quebec, National Assembly, Committee on Public Finance, “Étude détaillée du projet de loi n° 19 — Loi modifiant la Loi sur les valeurs mobilières et d’autres dispositions législatives”, *Journal des débats de la Commission permanente des finances publiques*, vol. 40, No. 10, 1st Sess., 38th Leg., October 25, 2007 (“Étude détaillée”), at p. 2.

[29] During the 1990s, following a series of high profile misrepresentations and incidents of questionable disclosure practices among publicly traded companies in Canada, the Toronto Stock Exchange created the Allen Committee to re-examine the regime governing disclosure in the secondary

qui investissaient sur le marché secondaire ne disposaient d’aucune cause d’action légale pour les pertes découlant de manquements aux obligations d’information continue. Dans les ressorts de common law, les investisseurs devaient invoquer le délit de déclaration inexacte faite par négligence, ce qui les obligeait notamment à prouver qu’ils s’étaient fondés à leur détriment sur une information erronée ou incomplète : A. C. Pritchard et Janis P. Sarra, « Securities Class Actions Move North : A Doctrinal and Empirical Analysis of Securities Class Actions in Canada » (2010), 47 *Alta. L. Rev.* 881, p. 885. Comme la preuve que l’on s’était fié à une information erronée était extrêmement difficile à faire lorsque la transaction avait eu lieu sur le marché secondaire, la plupart des personnes lésées par des pratiques d’information douteuses ne disposaient d’aucun recours valable : Joseph Groia et Pamela Hardie, *Securities Litigation and Enforcement* (2^e éd. 2012), p. 352.

[28] Au Québec, les investisseurs devaient s’acquitter d’un fardeau tout aussi lourd sous le régime du *Code civil*. Pour établir la responsabilité civile, les demandeurs devaient prouver la faute, par exemple la publication d’une information erronée ou un manquement à l’obligation d’information prévue par la loi; qu’ils avaient subi un préjudice et qu’il existait un lien causal entre la faute et le préjudice — c’est-à-dire, qu’ils s’étaient fondés sur l’information erronée au moment de la transaction : art. 1457 et 1607 du *Code civil du Québec*. La démonstration du lien causal requis était particulièrement difficile dans le contexte des valeurs mobilières : Assemblée nationale du Québec, Commission permanente des finances publiques, « Étude détaillée du projet de loi n° 19 — Loi modifiant la Loi sur les valeurs mobilières et d’autres dispositions législatives », *Journal des débats de la Commission permanente des finances publiques*, vol. 40, n° 10, 1^{re} sess., 38^e lég., 25 octobre 2007 (« Étude détaillée »), p. 2.

[29] Au cours des années 1990, après une série d’affaires médiatisées de déclarations inexactes et de cas de pratiques de divulgation douteuses impliquant des sociétés ouvertes canadiennes, la Bourse de Toronto a chargé le comité Allen de ré-examiner le régime régissant la divulgation sur le

market. The Allen Committee concluded that the “current sanctions and funding available to regulators . . . are inadequate” and “the remedies available to investors in secondary trading markets who are injured by misleading disclosure are so difficult to pursue that they are, as a practical matter, largely hypothetical”: Committee on Corporate Disclosure, *Final Report — Responsible Corporate Disclosure: A Search for Balance* (Toronto Stock Exchange, 1997), at p. 5. It recommended the creation of a statutory civil liability regime that would help investors sue issuers, directors, and officers who violated their statutory disclosure obligations.

[30] The Canadian Securities Administrators, an umbrella organization of Canada’s provincial and territorial securities regulators, adopted most of the Committee’s recommendations and began developing proposals to implement them across Canada: “Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of ‘Material Fact’ and ‘Material Change’”, CSA Notice 53-302, reproduced in (2000), 23 OSCB 7383. Despite the fact that the Allen Committee had not recommended it, and in order to discourage the kind of strike suits that had become common in the United States under more investor-friendly regimes, the Canadian Securities Administrators recommended that in addition to reducing the burden of proof on investors, the new liability regime should include a “screening mechanism” to ensure that only claims with a reasonable chance of success would be brought:

This screening mechanism is designed not only to minimize the prospects of an adverse court award in the absence of a meritorious claim but, more importantly, to try to ensure that unmeritorious litigation, and the time and expense it imposes on defendants, is avoided or

marché secondaire. Le comité Allen a conclu que les [TRADUCTION] « sanctions actuelles et le financement accordé aux organismes de réglementation [. . .] sont inadéquats » et que « les recours auxquels ont accès les investisseurs du marché secondaire qui sont lésés par suite d’une divulgation trompeuse sont si difficiles à exercer qu’ils sont, d’un point de vue pratique, largement hypothétiques » : Committee on Corporate Disclosure, *Final Report — Responsible Corporate Disclosure: A Search for Balance* (Bourse de Toronto, 1997), p. 5. Le comité a recommandé la création d’un régime légal de responsabilité civile qui aiderait les investisseurs à poursuivre en justice les émetteurs, les dirigeants et les administrateurs qui manquent à leurs obligations légales d’information.

[30] Les Autorités canadiennes en valeurs mobilières, un organisme qui regroupe les autorités de réglementation des valeurs mobilières de chaque province et territoire, ont adopté la plupart des recommandations du comité et ont commencé à élaborer des propositions pour les mettre en œuvre dans tout le pays : « Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of “Material Fact” and “Material Change” », CSA Notice 53-302, reproduit à (2000), 23 OSCB 7383. Bien que ces mesures n’aient pas été recommandées par le comité Allen, et afin de décourager le genre de recours opportunistes devenus courants aux États-Unis en vertu de régimes plus favorables aux investisseurs, les Autorités canadiennes en valeurs mobilières ont recommandé non seulement la réduction du fardeau de preuve qui incombait aux investisseurs, mais également l’instauration d’un nouveau régime de responsabilité doté d’un « mécanisme de filtrage », de sorte que seules pourraient être intentées les actions à l’égard desquelles il existe une possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause :

[TRADUCTION] Ce mécanisme de filtrage vise non seulement à réduire les possibilités d’une décision judiciaire défavorable si la cause se révèle sans fondement, mais plus important encore, à faire en sorte d’éviter les recours non fondés, et d’éviter que les défendeurs y consacrent du

brought to an end early in the litigation process. By offering defendants the reasonable expectation that an unmeritorious action will be denied the requisite leave to be commenced, the 2000 Draft Legislation should better enable defendants to fend off coercive efforts by plaintiffs to negotiate the cash settlement that is often the real objective behind a strike suit. [Emphasis added; *ibid.*, at p. 7390.]

[31] In 2002, Ontario became the first province to implement the Canadian Securities Administrators' recommendations by inserting a new liability regime into its *Securities Act*. The legislation included a screening mechanism that limited actions against public companies for breaches of continuous disclosure obligations to those actions instituted in good faith with "a reasonable possibility" of being resolved at trial in favour of the plaintiff: s. 138.8(1).

[32] Quebec implemented the recommendations of the Canadian Securities Administrators through Bill 19, *An Act to amend the Securities Act and other legislative provisions*, S.Q. 2007, c. 15, which received assent on November 9, 2007. When Bill 19 was before the legislature, Monique Jérôme-Forget, the Minister of Finance at the time, said:

[TRANSLATION] The recourse proposed in Bill 19 is highly harmonized with that in place in Ontario, which is recourse that strongly inspired the other provinces and territories. Only the necessary adjustments were made to reflect civil law notions and vocabulary, and to ensure its harmonious integration into the Québec legislative corpus, including the Securities Act, into which it will be incorporated.

("Étude détaillée", at p. 1)

[33] Under this regime, when a security is acquired or transferred at the time of a false declaration or omission of information that should have been disclosed, the fluctuation in the value of the security is presumed to be attributable to that fault. Investors were thereby released from the heavy

temps et de l'argent, ou à faire en sorte que l'on mette fin au recours au début du processus. En faisant en sorte que les défendeurs puissent raisonnablement s'attendre à ce que l'autorisation d'intenter toute action non fondée soit refusée, l'avant-projet de loi (2000) devrait permettre aux défendeurs de repousser plus facilement les demandeurs qui tentent de les contraindre à négocier le règlement au comptant qui, bien souvent, est le véritable objectif d'une poursuite opportuniste. [Je souligne; *ibid.*, p. 7390.]

[31] En 2002, l'Ontario est devenu la première province à mettre en œuvre les recommandations des Autorités canadiennes des valeurs mobilières en incorporant un nouveau régime de responsabilité dans sa *Loi sur les valeurs mobilières*. La Loi comporte un mécanisme de filtrage qui limite les actions pour violation des obligations d'information continue intentées contre les entreprises publiques à celles qui sont intentées de bonne foi et dont il est « raisonnablement possible » qu'elles soient réglées au moment du procès en faveur du demandeur : par. 138.8(1).

[32] Par son projet de loi n° 19, *Loi modifiant la Loi sur les valeurs mobilières et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2007, c. 15, sanctionnée le 9 novembre 2007, le Québec a mis en œuvre les recommandations des Autorités canadiennes des valeurs mobilières. Lorsque ce projet de loi se trouvait devant la législature, Monique Jérôme-Forget, qui était alors ministre des Finances, a dit ce qui suit :

Le recours que propose le projet de loi n° 19 est hautement harmonisé avec celui déjà mis en place en Ontario, un recours qui a aussi fortement inspiré les autres provinces et territoires. Seules les adaptations nécessaires ont été apportées pour refléter les notions et le vocabulaire civilistes et pour assurer son intégration harmonieuse au corpus législatif québécois, dont la Loi sur les valeurs mobilières, où il sera intégré.

(« Étude détaillée », p. 1)

[33] Sous ce régime, lorsqu'un titre est acquis ou transféré à la suite d'une fausse déclaration ou d'un défaut de fournir une information qui aurait dû l'être, la fluctuation de la valeur du titre est présumée être attribuable à cette faute. Les investisseurs se trouvent ainsi libérés du lourd fardeau

burden of demonstrating that the variation in the market price of the security was linked to the mis-information or omission, and from demonstrating that they personally relied on that information or omission in buying or transferring the security.

[34] The scheme also establishes an authorization mechanism to permit only actions in good faith with a “reasonable possibility of success”. As the Court of Appeal noted, Quebec’s new regime therefore reflected an attempt to strike a balance between preventing unmeritorious litigation and strike suits and, at the same time, ensuring that investors have a meaningful remedy when issuers breach disclosure obligations.

[35] Given this history, I agree with the Court of Appeal and Motions Judge that the “reasonable possibility” of success required under s. 225.4 sets out a different and higher standard than the general threshold for the authorization of a class action under art. 1003 of the *C.C.P.* Under art. 1003, the court seeks only to identify whether “the facts alleged seem to justify the conclusions sought” — that is, whether the applicant has established “a good colour of right”: *Infineon Technologies AG v. Option consommateurs*, [2013] 3 S.C.R. 600, at para. 62; *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347, at paras. 5 and 9-10; *Marcotte v. Longueuil (City)*, [2009] 3 S.C.R. 65, at para. 94. As this Court pointed out in *Infineon Technologies*, the low threshold for authorizing a class action under art. 1003 of the *C.C.P.* reflects the “twin objectives of deterrence and compensation that animate the class action system”: para. 125.

[36] The Quebec legislature used different language in s. 225.4 to create a more meaningful screening mechanism in the securities context so that costly strike suits and unmeritorious claims would be prevented. Courts are given an important gatekeeping role, which requires them to conduct a preliminary examination of the impugned action or inaction to

de démontrer que l’écart enregistré dans le prix du marché pour ce titre est lié à cette information erronée ou à ce défaut de fournir l’information, et du fardeau de démontrer qu’ils se sont personnellement fiés à cette information ou à l’absence de l’information au moment de l’achat ou du transfert du titre.

[34] Le régime prévoit aussi un mécanisme n’autorisant que les actions intentées de bonne foi, s’il existe une « possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause ». Comme l’a indiqué la Cour d’appel, le nouveau régime québécois vise donc l’atteinte d’un équilibre entre la volonté de mettre un frein aux recours injustifiés ou opportunistes et celle d’offrir aux investisseurs un recours valable lorsque les émetteurs ne respectent pas leurs obligations d’information.

[35] À la lumière de cet historique, je conviens avec la Cour d’appel et le premier juge que la « possibilité raisonnable » que le demandeur ait gain de cause qu’exige l’art. 225.4 établit un critère plus exigeant que le critère général d’autorisation applicable en matière de recours collectif prévu à l’art. 1003 du *C.P.C.* Sous le régime de l’art. 1003, le tribunal cherche seulement à déterminer si « les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées » — c’est-à-dire, si le demandeur a établi « une apparence sérieuse de droit » : *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, [2013] 3 R.C.S. 600, par. 62; *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347, par. 5 et 9-10; *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, [2009] 3 R.C.S. 65, par. 94. Comme la Cour l’a souligné dans l’arrêt *Infineon Technologies*, le seuil de preuve peu élevé auquel il doit être satisfait pour obtenir l’autorisation d’exercer un recours collectif sous le régime de l’art. 1003 du *C.P.C.* respecte le « double objectif de dissuasion et d’indemnisation inspirant le régime de recours collectif » : par. 125.

[36] Le législateur québécois a employé un libellé différent à l’art. 225.4 pour créer un mécanisme de filtrage qui soit plus significatif dans le contexte des valeurs mobilières et qui fasse ainsi obstacle aux poursuites opportunistes coûteuses et aux demandes non fondées. Les tribunaux s’y voient confier un important rôle de gardien, qui les oblige à procéder

assess whether it could be said to have a reasonable possibility of success: Pritchard and Sarra, at p. 893. The question before us is as Belobaba J. asked in *Ironworkers Ontario Pension Fund (Trustee of) v. Manulife Financial Corp.* (2013), 44 C.P.C. (7th) 80 (Ont. S.C.J.):

Is this simply a screening mechanism to keep out “strike suits” that are plainly unmeritorious and have no chance of success? Or, is this a preliminary merits test that should have more bite? [para. 36]

[37] I am aware that there has been some discussion in the Ontario and British Columbia courts about what the threshold is, all seeking to find a balance between preventing cases without a realistic prospect of success but encouraging those with a likelihood of success: *Silver v. Imax Corp.* (2009), 66 B.L.R. (4th) 222 (Ont. S.C.J.), at para. 324, leave to appeal refused (2011), 105 O.R. (3d) 212 (Div. Ct.); *Dobbie v. Arctic Glacier Income Fund* (2011), 3 C.P.C. (7th) 261 (Ont. S.C.J.), at paras. 129-30; *Round v. MacDonald, Dettwiler and Associates Ltd.*, 2011 BCSC 1416, at para. 76, aff’d (2012), 39 B.C.L.R. (5th) 44 (C.A.); *Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) v. Celestica Inc.* (2014), 49 C.P.C. (7th) 12 (Ont. S.C.J.), at para. 112; *Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) v. Celestica Inc.* (2014), 118 O.R. (3d) 641 (C.A.), at paras. 81-89.

[38] In my view, as Belobaba J. suggested in *Ironworkers*, the threshold should be more than a “speed bump” (para. 39), and the courts must undertake a reasoned consideration of the evidence to ensure that the action has some merit. In other words, to promote the legislative objective of a robust deterrent screening mechanism so that cases without merit are prevented from proceeding, the threshold requires that there be a reasonable or realistic chance that the action will succeed.

à un examen préliminaire de l’action ou de l’inaction en cause afin de déterminer s’il est possible de dire qu’il existe une possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause : Pritchard et Sarra, p. 893. La question dont nous sommes saisis est la même que celle que le juge Belobaba s’est posée dans *Ironworkers Ontario Pension Fund (Trustee of) c. Manulife Financial Corp.* (2013), 44 C.P.C. (7th) 80 (C.S.J. Ont.) :

[TRADUCTION] S’agit-il simplement d’un mécanisme de filtrage destiné à éliminer les « poursuites opportunistes » qui sont manifestement dénuées de fondement et n’ont aucune chance d’être accueillies? Ou, s’agit-il d’un critère préliminaire du bien-fondé du recours qui devrait avoir davantage de mordant? [par. 36]

[37] Je suis consciente que certains tribunaux de l’Ontario et de la Colombie-Britannique ont abordé la question du critère préliminaire, et qu’ils ont tous cherché à établir un équilibre entre la nécessité d’empêcher les actions sans possibilité réaliste de succès et le besoin d’encourager celles qu’il serait possible d’accueillir : *Silver c. Imax Corp.* (2009), 66 B.L.R. (4th) 222 (C.S.J. Ont.), par. 324, autorisation d’appel refusée (2011), 105 O.R. (3d) 212 (C. div.); *Dobbie c. Arctic Glacier Income Fund* (2011), 3 C.P.C. (7th) 261 (C.S.J. Ont.), par. 129-130; *Round c. MacDonald, Dettwiler and Associates Ltd.*, 2011 BCSC 1416, par. 76, conf. par (2012), 39 B.C.L.R. (5th) 44 (C.A.); *Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) c. Celestica Inc.* (2014), 49 C.P.C. (7th) 12 (C.S.J. Ont.), par. 112; *Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) c. Celestica Inc.* (2014), 118 O.R. (3d) 641 (C.A.), par. 81-89.

[38] À mon avis, comme le juge Belobaba l’a suggéré dans l’affaire *Ironworkers*, le critère préliminaire doit être plus qu’un [TRADUCTION] « dos d’âne » (par. 39), et les tribunaux doivent entreprendre un examen raisonné de la preuve afin de s’assurer que l’action peut être fondée. Autrement dit, pour favoriser l’atteinte de l’objectif législatif consistant à instaurer un mécanisme de filtrage dissuasif musclé qui écarte les demandes non fondées, le critère préliminaire exige une possibilité raisonnable ou réaliste que le demandeur ait gain de cause.

[39] A case with a reasonable possibility of success requires the claimant to offer both a plausible analysis of the applicable legislative provisions, and some credible evidence in support of the claim. This approach, in my view, best realizes the legislative intent of the screening mechanism: to ensure that cases with little chance of success — and the time and expense they impose — are avoided. I agree with the Court of Appeal, however, that the authorization stage under s. 225.4 should not be treated as a mini-trial. A full analysis of the evidence is unnecessary. If the goal of the screening mechanism is to prevent costly strike suits and litigation with little chance of success, it follows that the evidentiary requirements should not be so onerous as to essentially replicate the demands of a trial. To impose such a requirement would undermine the objective of the screening mechanism, which is to protect reporting issuers from unsubstantiated strike suits and costly unmeritorious litigation. What *is* required is sufficient evidence to persuade the court that there is a reasonable possibility that the action will be resolved in the claimant's favour.

[40] 121851 alleges that Thera breached its obligation under s. 73 of the *Securities Act* to provide timely disclosure of material changes to its investors. Section 5.3 of the *Securities Act* defines a “material change” as

a change in the business, operations or capital of the issuer that would reasonably be expected to have a significant effect on the market price or value of any of the securities of the issuer, or a decision to implement such a change made by the directors or by senior management of the issuer who believe that confirmation of the decision by the directors is probable.

As this statutory definition makes clear, a material change has two components. There must be a change in the business, operations or capital of the issuer

[39] Pour démontrer une possibilité raisonnable d'avoir gain de cause, le demandeur doit offrir une analyse plausible des dispositions législatives applicables, et il doit également présenter des éléments de preuve crédibles à l'appui de sa demande. Cette approche est celle qui, à mon avis, permet le mieux de réaliser l'intention qu'avait le législateur lorsqu'il a instauré le mécanisme de filtrage : faire en sorte d'écarter les demandes qui n'ont guère de chances d'être accueillies — et d'éviter que l'on y consacre en vain temps et argent. Je suis d'accord avec la Cour d'appel, cependant, pour dire que l'étape de l'autorisation prévue par l'art. 225.4 ne doit pas être traitée comme un mini-procès. Il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse complète de la preuve. Si le mécanisme de filtrage a pour objectif d'écarter les poursuites opportunistes coûteuses et celles qui ont peu de chances d'être accueillies, il s'ensuit que les exigences en matière de preuve ne doivent pas être lourdes au point d'être pratiquement identiques à celles d'un procès. De telles exigences compromettraient l'objectif du mécanisme de filtrage, soit de protéger les émetteurs assujettis contre les poursuites opportunistes et les recours non fondés et coûteux. Ce qui *est* exigé, c'est une preuve suffisante pour convaincre le tribunal de l'existence d'une possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause.

[40] 121851 allègue que Thera a manqué à l'obligation que lui impose l'art. 73 de la *Loi sur les valeurs mobilières* de fournir à ses investisseurs l'information occasionnelle au sujet d'un changement important. L'article 5.3 de la *Loi sur les valeurs mobilières* définit comme suit le « changement important » :

... un changement dans l'activité, l'exploitation ou le capital de l'émetteur dont il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il ait un effet appréciable sur le cours ou la valeur de l'un des titres de l'émetteur, soit la décision de mettre en œuvre un tel changement prise par les administrateurs ou par la direction supérieure lorsqu'elle croit probable que les administrateurs confirmeront cette décision.

Il ressort clairement de cette définition que le changement important comporte deux éléments. Il faut un changement dans l'activité, l'exploitation ou le

and the change must be material, which means it would reasonably be expected to have a significant effect on the market price or value of the securities of the issuer: *Securities Act*, s. 5.3. Both elements are required to trigger an obligation of timely disclosure.

[41] 121851 argues that a material change occurred on May 11, 2010, when Thera received the FDA briefing materials, which included a Background Introductory Memorandum asking the Advisory Committee to comment on “the findings of glucose intolerance and development of diabetes associated with Egrifta [tesamorelin] therapy and its impact on longterm cardiovascular risk”. This information was made public on May 25, 2010, when the FDA posted the memorandum, alongside all the briefing materials it had generated on tesamorelin, on its website.

[42] In my view, however, 121851 has not pointed to any evidence that could qualify as a material change in Thera’s operations, capital or business as described in s. 5.3 of the *Securities Act*. And without some evidence of a material change that corresponds to the statutory requirements, 121851’s action cannot reasonably hope to succeed.

[43] Tesamorelin operates by activating a growth hormone, which, in other contexts, has been associated with an increased risk of diabetes. Thera’s phase-three clinical trials measured the blood sugar levels of participating patients to evaluate the risk associated with this potential side effect. The trials compared five glycemic parameters recognized by the scientific community and the American Diabetes Association in patients taking tesamorelin and patients taking a placebo, and revealed that tesamorelin did not have a clinically significant effect on the glucose levels of patients.

[44] The results of the clinical trials were disclosed to shareholders as they became available.

capital de l’émetteur, et ce changement doit être important, c’est-à-dire qu’il doit être raisonnable de s’attendre à ce qu’il ait un effet appréciable sur le cours ou la valeur des titres de l’émetteur : *Loi sur les valeurs mobilières*, art. 5.3. Les deux éléments sont nécessaires pour donner naissance à l’obligation d’information occasionnelle.

[41] 121851 soutient qu’un changement important est survenu le 11 mai 2010 lorsque Thera a reçu les documents d’information de la FDA, dont l’exposé contextuel dans lequel cette dernière demandait au comité consultatif de commenter les [TRADUCTION] « conclusions associant l’intolérance au glucose et le développement du diabète à l’administration de l’Egrifta [tésamoréline] et celles relatives à l’effet à long terme du médicament sur le risque de maladie cardiovasculaire ». Cette information a été rendue publique le 25 mai 2010, lorsque la FDA a affiché sur son site Web l’exposé ainsi que tous les documents d’information qu’elle avait générés au sujet de la tésamoréline.

[42] À mon avis, cependant, 121851 n’a présenté aucun élément de preuve de nature à constituer un changement important dans l’activité, le capital ou l’exploitation de Thera au sens de l’art. 5.3 de la *Loi sur les valeurs mobilières*. Or, sans élément de preuve d’un changement important qui permette de satisfaire aux exigences de la loi, 121851 ne peut raisonnablement espérer avoir gain de cause.

[43] La tésamoréline agit en libérant une hormone de croissance qui, dans d’autres contextes, est associée à un risque accru de diabète. Lors des essais cliniques de phase 3 effectués par Thera, on a mesuré la glycémie des participants afin d’évaluer le risque associé à ce possible effet secondaire. On a comparé cinq paramètres glycémiques reconnus par le milieu scientifique et l’American Diabetes Association chez, d’une part, les patients qui prenaient de la tésamoréline et, d’autre part, les patients qui prenaient un placebo, et il est apparu que la tésamoréline n’avait pas d’effet cliniquement significatif sur le taux de glucose des patients.

[44] Les résultats de ces essais cliniques ont été communiqués aux actionnaires aussitôt qu’ils ont

In its November 2008 Annual Notice, for example, Thera summarized its clinical results to date and noted that

the administration of [the hormone] is not indicated for glucose-intolerant patients, a condition often observed in these patients. Consequently, Theratechnologies decided to study the effect of tesamorelin in the treatment of this condition. Highlights of the study included a good safety profile, a clear effect on body composition and a clinically relevant reduction in visceral fat while subcutaneous fat was preserved.

[45] On November 11, 2009, Thera, in collaboration with two external experts, presented the combined results of its two phase-three clinical trials at the 12th European AIDS Conference. The fact of this presentation and its content were disclosed to investors via a press release, which stated that “[n]o clinically important changes in glucose parameters were observed after treatment with tesamorelin”

[46] On March 1, 2010, Thera issued a press release announcing the publication of a study detailing its combined clinical results in the publicly available *Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes*. The press release provided a link to the study, which included an abstract highlighting the clinical results and concluding that the potential side effects of tesamorelin were not significant:

Tesamorelin reduces visceral fat by approximately 18% and improves body image distress in HIV-infected patients with central fat accumulation. These changes are achieved without significant side effects or perturbation of glucose. [p. 311]

[47] Through these press releases, Thera disclosed to its shareholders that it was monitoring tesamorelin’s side effects, including on patients’ blood sugar levels. It provided both summaries and full studies detailing the results of its clinical trials. There is no allegation that any of these reports were either false or misleading. A reasonable investor

été disponibles. Dans sa Notice annuelle de novembre 2008 par exemple, Thera a résumé les résultats cliniques jusque-là obtenus et a indiqué ce qui suit :

. . . l’administration de [l’hormone] n’est pas indiquée chez les patients intolérants au glucose, une condition fréquemment observée chez ces patients. Theratechnologies a donc entrepris d’étudier l’effet de la tésamoréline dans le traitement de cette condition. Les faits saillants de l’étude ont démontré un bon profil d’innocuité, un effet sur la composition corporelle et une réduction cliniquement pertinente de la graisse viscérale, sans affecter la graisse sous cutanée.

[45] Le 11 novembre 2009, avec la collaboration de deux experts externes, Thera a présenté les résultats combinés de ses deux études cliniques de phase 3 à la 12^e Conférence européenne sur le sida. Elle a informé ses investisseurs de la tenue et du contenu de cette présentation par un communiqué de presse dans lequel elle affirmait : « Aucun changement cliniquement significatif n’a été observé au niveau des paramètres glycémiques, suite à l’administration de la tésamoréline . . . »

[46] Le 1^{er} mars 2010, Thera a annoncé par un communiqué de presse la publication d’un article exposant dans le détail les résultats combinés de ses essais cliniques dans le *Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes*, accessible au public. Ce communiqué contenait un lien avec cet article, dont le résumé faisait ressortir les résultats cliniques et concluait que les effets secondaires potentiels de la tésamoréline n’étaient pas significatifs :

[TRADUCTION] La tésamoréline réduit d’environ 18 p. 100 le tissu adipeux viscéral et améliore l’image corporelle des patients infectés par le VIH qui présentent un excès de graisse abdominale. Ces changements sont obtenus sans effets secondaires significatifs ni perturbation du glucose. [p. 311]

[47] Par ces communiqués de presse, Thera a informé ses actionnaires qu’elle surveillait les effets secondaires de la tésamoréline, notamment sur la glycémie des patients. Elle a fourni à la fois des résumés et des études détaillées des résultats de ses essais cliniques. Personne ne prétend que l’un ou l’autre de ces rapports était faux ou trompeur. Tout

who read Thera’s news releases would have known that blood sugar issues and diabetes were potential side effects of the drug, and that Thera’s clinical trials had found they were not clinically significant.

[48] As a result, this case can be distinguished from *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, in which the Court held that information contained in drilling results regarding a mining company’s exploration site could constitute a material change in the “business, operations, assets or ownership of the issuer”, since they could reasonably be expected to significantly affect the company’s assets. Unlike the drilling results at issue in *Pezim*, the potential side effects of tesamorelin had already been disclosed to shareholders well before the FDA published its questions and the rest of its briefing materials. There was no new information about the side effects of tesamorelin that required timely disclosure as of May 11, 2010.

[49] 121851’s argument is more analogous to the claim in *Kerr v. Danier Leather Inc.*, [2007] 3 S.C.R. 331. The company, which was making an initial public offering (IPO) of its shares, had issued preliminary prospectuses which included a sales forecast for the fourth quarter of the fiscal year to its potential investors. Unseasonably warm weather, however, knocked the company’s sales forecasts off track as the quarter progressed. After its IPO had closed, the company disclosed its intra-quarterly results in a press release, triggering a sharp drop in its share value. Although the company ultimately realized its initial sales forecasts, the claimants launched a class action, alleging that the company had withheld the intra-quarterly results to ensure the success of its IPO.

investisseur raisonnable ayant lu les communiqués de presse de Thera aurait su que les problèmes de glycémie et de diabète faisaient partie des effets secondaires potentiels du médicament, et que les études cliniques effectuées par Thera concluaient que ces effets n’étaient pas cliniquement significatifs.

[48] Par conséquent, la présente affaire se distingue de l’affaire *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, où la Cour a conclu que les résultats d’essais effectués sur la composition minérale d’un site d’exploration minière pouvaient constituer pour un émetteur un changement important dans « ses activités commerciales, son exploitation, ses éléments d’actif ou sa propriété », puisqu’ils témoignaient d’un changement important dans la nature des éléments d’actif de l’entreprise. À la différence des résultats de forage en cause dans l’arrêt *Pezim*, l’information sur les effets secondaires potentiels de la tésamoréline avait déjà été communiquée aux actionnaires bien avant que la FDA ne publie ses questions et le reste de ses documents d’information. Aucun nouveau renseignement sur les effets secondaires de la tésamoréline ne devait faire l’objet d’une information occasionnelle en date du 11 mai 2010.

[49] La thèse avancée par 121851 ressemble davantage à celle de l’affaire *Kerr c. Danier Leather Inc.*, [2007] 3 R.C.S. 331. La société, qui lançait un premier appel public à l’épargne (PAPE), avait déposé des prospectus provisoires dans lesquels elle présentait aux investisseurs potentiels des prévisions de vente pour le quatrième trimestre de l’exercice. Or, à mesure que le trimestre avançait, le temps exceptionnellement doux compromettait la réalisation des prévisions de vente de la société. Après la clôture du PAPE, la société a publié un communiqué de presse dans lequel elle communiquait ses résultats intratrimetriels, ce qui a provoqué une chute marquée du cours de ses actions. Bien que la société ait fini par réaliser ses prévisions initiales de vente, les demandeurs ont intenté un recours collectif, alléguant que la société avait omis de communiquer les résultats intratrimetriels pour assurer le succès de son PAPE.

[50] This Court held that the intra-quarterly results did not constitute a material change to the business, operations or capital of the company because the warm weather that triggered the drop in sales was external to the company and its business:

... a change in intra-quarterly results is not itself a change in the issuer's business, operations or capital and, for that matter, does not necessarily signal that a material change has occurred. Sales often fluctuate (as here) in response to factors that are external to the issuer.

It almost goes without saying that poor intra-quarterly results may *reflect* a material change in business operations. A company that has, for example, restructured its operations may experience poor intra-quarterly results because of this restructuring, but it is the restructuring and not the results themselves that would amount to a material change and thus trigger the disclosure obligation. Additionally, poor intra-quarterly results may motivate a company to implement a change in its business, operations or capital in an effort to improve performance. Again, though, the disclosure obligation would be triggered by the change in the business, operations or capital, and not by the results themselves. [Emphasis in original; paras. 46-47.]

[51] The same is true in this case. 121851 argues that the FDA's preoccupation with the side effects represents a material change in Thera's operations, business or capital. But it has not pointed to any evidence to suggest that the questions the FDA posed to its Advisory Committee about these side effects, or the contents of its Briefing Package more generally, departed in any way from the regular and routine process through which the FDA assesses whether a drug should be approved. Nor is there any evidence that the questions reflected new and undisclosed information about tesamorelin. In fact, the evidence on the record suggests the opposite. It is FDA policy to prepare briefing materials for an Advisory Committee, including information compiled by both the FDA and the sponsoring company, and to

[50] La Cour a conclu que les résultats intratrimestriels ne constituaient pas un changement important dans les activités, l'exploitation ou le capital de la société, parce que le temps doux qui avait causé un ralentissement des ventes était un facteur qui n'avait rien à voir avec la société et son entreprise :

... un changement dans les résultats intratrimestriels ne constitue pas en soi un changement dans les activités commerciales, l'exploitation ou le capital de l'émetteur et, du reste, n'indique pas nécessairement qu'un tel changement s'est produit. Les ventes fluctuent souvent (comme c'est le cas en l'espèce) en raison de facteurs n'ayant rien à voir avec l'émetteur.

Il va presque sans dire que les piètres résultats intratrimestriels peuvent *refléter* un changement important dans l'exploitation commerciale. Une société qui, par exemple, a restructuré ses activités peut connaître de piètres résultats intratrimestriels en raison de cette restructuration, mais c'est la restructuration, et non les résultats eux-mêmes, qui constituerait un changement important et donnerait ainsi naissance à l'obligation de divulguer. De plus, de piètres résultats intratrimestriels peuvent inciter une entreprise à modifier ses activités commerciales, son exploitation ou son capital afin d'améliorer son rendement. Là encore, pourtant, l'obligation de divulguer prendrait naissance en raison du changement dans les activités commerciales, l'exploitation ou le capital, et non en raison des résultats eux-mêmes. [En italique dans l'original; par. 46-47.]

[51] Il en va de même en l'espèce. 121851 soutient que les inquiétudes de la FDA quant aux effets secondaires du médicament constituaient un changement important dans les activités commerciales, l'exploitation ou le capital de Thera. Or, elle n'a signalé aucun élément de preuve tendant à indiquer que les questions posées à son comité consultatif par la FDA au sujet de ces effets secondaires, ou, de façon plus générale, que le contenu de ses documents d'information, s'écartaient d'une quelconque façon du processus courant par lequel la FDA décide si un médicament doit être approuvé. Aucun élément de preuve ne permet non plus de conclure que les questions portaient sur des données nouvelles et non communiquées au sujet de la tésamoréline. En fait, la preuve au dossier tend

post those materials two days before an Advisory Committee meeting. Questions from the FDA to its expert Advisory Committee about the side effects of a drug do not constitute a departure from the normal FDA process, or, necessarily an indication of whether the drug will be approved. Rather, they are a routine step in the FDA's work to determine whether a drug's benefits outweigh its risks. As such, it is difficult to characterize these questions as any kind of change to Thera's business, operations, or capital requiring a reassuring public response from Thera.

[52] 121851 argues that the market's reaction demonstrates that the FDA's concerns about side effects constitute a material change. It points out that the Canadian Securities Administrators' "National Policy 51-201 Disclosure Standards" includes among its list of potentially "material" information "any development that affects the company's resources, technology, products or markets": Article 4.3. Because this example falls under the sub-heading of "changes in business and operations", 121851 submits that the FDA's questions are a development that could be considered a material change.

[53] This section of the policy, however, deals with the market impact of events, not whether they are best characterized as material facts or material changes. To adopt this list as dispositive of whether there was a change in the business, operations or capital of a reporting issuer would collapse the distinction between material facts and material changes, significantly expanding timely disclosure obligations beyond what is required by statute.

plutôt à indiquer le contraire. La FDA a pour politique de rassembler des documents d'information à l'intention d'un comité consultatif, notamment des renseignements préparés par elle et l'entreprise qui présente la demande, et de les afficher deux jours avant la réunion du comité consultatif. Le fait pour la FDA de soumettre des questions à son comité consultatif d'experts au sujet des effets secondaires d'un médicament ne déroge pas du processus qu'elle suit habituellement, pas plus qu'il ne s'agit nécessairement d'un indice quant à savoir si le médicament sera approuvé. Il s'agit plutôt d'une étape courante qui fait partie du travail de la FDA de décider si les avantages d'un médicament l'emportent sur les risques qu'il présente. C'est pourquoi il est difficile de considérer ces questions comme constituant une forme de changement dans les activités commerciales, l'exploitation ou le capital de Thera qui exigeait de cette dernière qu'elle réagisse publiquement de façon rassurante.

[52] 121851 soutient que la réaction du marché démontre que les préoccupations de la FDA au sujet des effets secondaires du médicament constituent un changement important. Elle souligne que l'« Instruction générale 51-201 relative aux lignes directrices en matière de communication de l'information », publiée par les Autorités canadiennes en valeurs mobilières, mentionne parmi les exemples d'information pouvant être « importante » les « événements ayant une incidence sur les ressources, la technologie, les produits ou les débouchés de la société » : art. 4.3. Comme cet exemple se trouve sous la rubrique « Changements dans l'activité et l'exploitation », 121851 fait valoir que les questions de la FDA constituent un événement que l'on pourrait considérer comme un changement important.

[53] Cette section de l'instruction générale traite cependant de l'incidence des événements en cause sur le marché, non de la question de savoir s'il convient mieux de les considérer comme des faits importants ou comme des changements importants. Considérer que cette liste est déterminante quant à savoir si un changement est survenu dans les activités commerciales, l'exploitation ou le capital d'un émetteur assujéti ferait tomber la distinction

This would, in effect, allow the Canadian Securities Administrators' policy to amend Quebec's securities legislation, contrary to this Court's ruling in *Pezim*.

[54] It is true that Thera had sometimes disclosed routine aspects of the FDA process in press releases to its shareholders in the months leading up to the Advisory Committee meeting, but this does not bring the FDA's questions to its Advisory Committee within the statutory definition of a material change. Thera had a statutory duty to disclose material changes in its operations, capital or business in a timely manner, not to reassure its investors at every stage of the FDA approval process.

[55] Finally, even if Thera had issued a press release on May 11, 2010 after it received the FDA's briefing materials, it is not clear what reassurance Thera could have provided at this stage, given that the outcome of the FDA process, as every reasonable investor would have known and as Thera repeatedly made clear, is always uncertain. As the U.S. Supreme Court acknowledged in *TSC Industries, Inc. v. Northway, Inc.*, 426 U.S. 438 (1976), there are risks of excessive disclosure, which could "simply . . . bury the shareholders in an avalanche of trivial information — a result that is hardly conducive to informed decisionmaking": pp. 448-49, cited in *Cornish*, at para. 41.

[56] Because the evidence does not credibly point to a material change that could have triggered timely disclosure obligations, there is no reasonable possibility that 121851's action under s. 73 of the *Securities Act* could succeed. I would allow the appeal with costs.

entre les faits importants et les changements importants, ce qui aurait pour conséquence d'étendre la portée de l'obligation d'information occasionnelle bien au-delà de ce que prescrit la loi. Cela permettrait, dans les faits, aux Autorités canadiennes des valeurs mobilières de modifier par leur politique la loi québécoise sur les valeurs mobilières, ce qui irait à l'encontre de la conclusion de notre Cour dans *Pezim*.

[54] Il est vrai que Thera avait parfois divulgué à ses actionnaires certains aspects courants du processus de la FDA dans les communiqués de presse qu'elle a publiés au cours des mois ayant précédé la réunion du comité consultatif, mais les questions soumises par la FDA au comité ne constituent pas pour autant un changement important au sens de la loi. Thera avait une obligation légale de fournir l'information occasionnelle au sujet d'un changement important survenu dans son exploitation, son capital ou ses activités commerciales, non pas de rassurer ses investisseurs à chacune des étapes du processus d'approbation de la FDA.

[55] Enfin, même si elle avait publié un communiqué de presse le 11 mai 2010, après avoir reçu les documents d'information de la FDA, quelle information rassurante Thera aurait-elle pu fournir à cette étape, puisque l'issue du processus de la FDA, comme tous les investisseurs raisonnables le savent et comme Thera l'a dit clairement à plusieurs reprises, est toujours incertaine? Comme la Cour suprême des États-Unis l'a reconnu dans l'arrêt *TSC Industries, Inc. c. Northway, Inc.*, 426 U.S. 438 (1976), l'information excessive présente des risques, dont celui de [TRADUCTION] « carrément [. . .] inonder les actionnaires de renseignements futiles, ce qui ne contribue pas à la prise de décisions éclairées » : p. 448-449, cité dans *Cornish*, par. 41.

[56] Étant donné que la preuve ne permet pas de conclure de manière crédible qu'un changement important a donné naissance à des obligations d'information occasionnelle, il n'existe aucune possibilité raisonnable que 121851 ait gain de cause dans son action intentée sur le fondement de l'art. 73 de la *Loi sur les valeurs mobilières*. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Solicitors for the respondent: Savonitto & Ass. inc., Montréal.

Solicitors for the intervener: Siskinds, Desmeules, avocats, Québec; Siskinds, London.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Savonitto & Ass. inc., Montréal.

Procureurs de l'intervenant : Siskinds, Desmeules, avocats, Québec; Siskinds, London.

Zurich Insurance Company *Appellant*

**Zurich Compagnie d'Assurances
SA** *Appelante*

v.

c.

**Chubb Insurance Company
of Canada** *Respondent*

**Chubb du Canada Compagnie
d'Assurance** *Intimée*

**INDEXED AS: ZURICH INSURANCE CO. v. CHUBB
INSURANCE CO. OF CANADA**

**RÉPERTORIÉ : ZURICH CIE D'ASSURANCES c.
CHUBB DU CANADA CIE D'ASSURANCE**

2015 SCC 19

2015 CSC 19

File No.: 36002.

N° du greffe : 36002.

2015: April 17.

2015 : 17 avril.

Present: Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis,
Wagner, Gascon and Côté JJ.

Présents : Les juges Abella, Rothstein, Cromwell,
Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

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

Insurance — Automobile insurance — Statutory accident benefits scheme — Claimant having declined optional motor vehicle liability policy from insurance company upon renting vehicle subsequently injured in single-vehicle accident — Insurance company refusing to provide benefits available under statutory scheme — Nexus between insurer and claimant — Application judge correctly found that arbitrator erred in concluding that insurance company not an insurer for purposes of statutory scheme — Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 268 — Disputes Between Insurers, O. Reg. 283/95.

Assurance — Assurance automobile — Régime d'indemnités d'accident légales — Blessures subies par la réclamante à l'occasion d'un accident touchant un seul véhicule survenu après que celle-ci eut refusé de souscrire à une police de responsabilité automobile optionnelle offerte par la société d'assurance lors de la location du véhicule — Refus de la société d'assurance de verser les indemnités prévues par le régime légal — Lien entre l'assureur et la réclamante — Le juge saisi de la demande a à juste titre décidé que l'arbitre avait fait erreur en concluant que la société d'assurance n'était pas un assureur pour l'application du régime légal — Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, c. I.8, art. 268 — Disputes Between Insurers, O. Reg. 283/95.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Juriansz, Pepall and Pardu JJ.A.), 2014 ONCA 400, 120 O.R. (3d) 161, 319 O.A.C. 287, 379 D.L.R. (4th) 427, 65 M.V.R. (6th) 159, 34 C.C.L.I. (5th) 216, [2014] I.L.R. I-5615, [2014] O.J. No. 2330 (QL), 2014 CarswellOnt 6274 (WL Can.), setting aside the decision of Goldstein J., 2012 ONSC 6363, 15 C.C.L.I. (5th) 287, [2013] I.L.R. I-5360, [2012] O.J. No. 5336 (QL), 2012 CarswellOnt 14170 (WL Can.). Appeal allowed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Juriansz, Pepall et Pardu), 2014 ONCA 400, 120 O.R. (3d) 161, 319 O.A.C. 287, 379 D.L.R. (4th) 427, 65 M.V.R. (6th) 159, 34 C.C.L.I. (5th) 216, [2014] I.L.R. I-5615, [2014] O.J. No. 2330 (QL), 2014 CarswellOnt 6274 (WL Can.), qui a infirmé la décision du juge Goldstein, 2012 ONSC 6363, 15 C.C.L.I. (5th) 287, [2013] I.L.R. I-5360, [2012] O.J. No. 5336 (QL), 2012 CarswellOnt 14170 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Eric K. Grossman, Michael Warfe and Kate M. MacLeod, for the appellant.

Eric K. Grossman, Michael Warfe et Kate M. MacLeod, pour l'appelante.

Eugene Meehan, Q.C., and George Kanellakos, for the respondent.

The following is the judgment delivered orally by

[1] THE COURT — We are of the view that the appeal should be allowed with costs for the reasons of Juriansz J.A.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Zarek Taylor Grossman Hanrahan, Toronto.

Solicitors for the respondent: Supreme Advocacy, Ottawa; KBM Law, Toronto.

Eugene Meehan, c.r., et George Kanellakos, pour l'intimée.

Version française du jugement rendu oralement par

[1] LA COUR — Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens, pour les motifs exposés par le juge Juriansz de la Cour d'appel.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante : Zarek Taylor Grossman Hanrahan, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Supreme Advocacy, Ottawa; KBM Law, Toronto.

**Sanofi-Aventis, Sanofi-Aventis
Deutschland GmbH
and Sanofi-Aventis Canada Inc.** *Appellants*

v.

Apotex Inc. *Respondent*

- and -

**Sanofi-Aventis, Sanofi-Aventis
Deutschland GmbH
and Sanofi-Aventis Canada Inc.** *Appellants*

v.

Apotex Inc. *Respondent*

- and -

**Sanofi-Aventis, Sanofi-Aventis
Deutschland GmbH
and Sanofi-Aventis Canada Inc.** *Appellants*

v.

Apotex Inc. *Respondent*

- and -

**Sanofi-Aventis, Sanofi-Aventis
Deutschland GmbH
and Sanofi-Aventis Canada Inc.** *Appellants*

v.

Apotex Inc. *Respondent*

and

**Canadian Generic Pharmaceutical
Association and Canada's Research-Based
Pharmaceutical Companies** *Interveners*

**Sanofi-Aventis, Sanofi-Aventis
Deutschland GmbH
et Sanofi-Aventis Canada Inc.** *Appelantes*

c.

Apotex Inc. *Intimée*

- et -

**Sanofi-Aventis, Sanofi-Aventis
Deutschland GmbH
et Sanofi-Aventis Canada Inc.** *Appelantes*

c.

Apotex Inc. *Intimée*

- et -

**Sanofi-Aventis, Sanofi-Aventis
Deutschland GmbH
et Sanofi-Aventis Canada Inc.** *Appelantes*

c.

Apotex Inc. *Intimée*

- et -

**Sanofi-Aventis, Sanofi-Aventis
Deutschland GmbH
et Sanofi-Aventis Canada Inc.** *Appelantes*

c.

Apotex Inc. *Intimée*

et

**Association canadienne du médicament
générique et Les compagnies de recherche
pharmaceutique du Canada** *Intervenantes*

INDEXED AS: SANOFI-AVENTIS v. APOTEX INC.**2015 SCC 20**

File No.: 35886.

2015: April 20.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Intellectual property — Patents — Medicines — Manufacturer applied to market generic version of drug — Patentees of drug applied for prohibition orders that triggered statutory stay under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations and prevented manufacturer from selling generic for 24 months — Action for damages brought under s. 8 of Regulations for delayed market entry — Court of Appeal holding that trial judge did not err in determining liability period of 24 months, in determining that patentees' authorized generic version would have entered market within three months and achieved 30 percent share of hypothetical market within liability period, or in determining that manufacturer entitled to compensation for lost sales of its generic version associated with unapproved indications — Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Sharlow, Pelletier and Mainville JJ.A.), 2014 FCA 68, 456 N.R. 279, 125 C.P.R. (4th) 403, [2014] F.C.J. No. 295 (QL), 2014 CarswellNat 700 (WL Can.), setting aside in part the judgment of Snider J., 2012 FC 553, 410 F.T.R. 78, [2012] F.C.J. No. 620 (QL), 2012 CarswellNat 1646 (WL Can.). Appeal dismissed.

Andrew J. Reddon, Steven G. Mason, David Tait and Sanjaya Mendis, for the appellants.

Harry B. Radomski, Andrew Brodtkin, David Scrimger and Benjamin Hackett, for the respondent.

RÉPERTORIÉ : SANOFI-AVENTIS c. APOTEX INC.**2015 CSC 20**

N° du greffe : 35886.

2015 : 20 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Propriété intellectuelle — Brevets — Médicaments — Demande d'un fabricant en vue de mettre en marché une version générique d'un médicament — Sollicitation par les titulaires d'un brevet à l'égard du médicament pour des ordonnances d'interdiction ce qui ont entraîné le sursis réglementaire prévu au Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) et empêché le fabriquant d'en vendre la version générique durant 24 mois — Action en dommages-intérêts, intentée en vertu de l'art. 8 du Règlement, en raison du délai écoulé avant la mise en marché — Selon la Cour d'appel, aucune erreur de la juge de première instance quant à la fixation de la période de responsabilité à 24 mois, quant à son évaluation à trois mois de la période qu'il aurait fallu pour mettre sur le marché la version générique autorisée du médicament breveté et du fait que ce produit aurait occupé jusqu'à 30 pour 100 du marché hypothétique durant la période de responsabilité, ni quant à sa conclusion que le manufacturier a droit à une indemnité pour les pertes de ventes de sa version générique du médicament dû à des indications non approuvées — Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Sharlow, Pelletier et Mainville), 2014 CAF 68, 456 N.R. 279, 125 C.P.R. (4th) 403, [2014] A.C.F. n° 295 (QL), 2014 CarswellNat 5440 (WL Can.), qui a infirmé en partie le jugement rendu par la juge Snider, 2012 CF 553, 410 F.T.R. 78, [2012] A.C.F. n° 620 (QL), 2012 CarswellNat 3364 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Andrew J. Reddon, Steven G. Mason, David Tait et Sanjaya Mendis, pour les appelantes.

Harry B. Radomski, Andrew Brodtkin, David Scrimger et Benjamin Hackett, pour l'intimée.

Jonathan Stainsby, David W. Aitken and Devin Doyle, for the intervener the Canadian Generic Pharmaceutical Association.

Allyson Whyte Nowak and Jason Markwell, for the intervener the Canada's Research-Based Pharmaceutical Companies.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — We are all of the view to dismiss the appeal substantially for the reasons of the majority of the Court of Appeal.

[2] The appeal is dismissed with costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the respondent: Goodmans, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Generic Pharmaceutical Association: Aitken Klee, Toronto and Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canada's Research-Based Pharmaceutical Companies: Norton Rose Fulbright Canada, Toronto.

Jonathan Stainsby, David W. Aitken et Devin Doyle, pour l'intervenante l'Association canadienne du médicament générique.

Allyson Whyte Nowak et Jason Markwell, pour l'intervenante Les compagnies de recherche pharmaceutique du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d'avis de rejeter l'appel essentiellement pour les motifs de la majorité de la Cour d'appel.

[2] L'appel est rejeté avec dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelantes : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Goodmans, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne du médicament générique : Aitken Klee, Toronto et Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Les compagnies de recherche pharmaceutique du Canada : Norton Rose Fulbright Canada, Toronto.

**Association des parents de l'école
Rose-des-vents, Joseph Pagé, in his name and
in the name of all citizens of Canada residing
west of Main Street in the city of Vancouver
whose first language learned and still
understood is French, or who have received
their primary school instruction in Canada
in French, or of whom any child has received
or is receiving primary or secondary school
instruction in French in Canada, and
Conseil scolaire francophone de la Colombie-
Britannique** *Appellants*

v.

**Minister of Education of British
Columbia and Attorney General of British
Columbia** *Respondents*

and

**Attorney General for Saskatchewan,
Attorney General of Alberta,
Attorney General of the
Northwest Territories,
Attorney General of the Yukon Territory,
Commissioner of Official Languages
of Canada,
Commission scolaire francophone,
Territoires du Nord-Ouest,
Fédération nationale des conseils
scolaires francophones,
Conseil des écoles fransaskoises and
Commission scolaire francophone
du Yukon** *Interveners*

**INDEXED AS: ASSOCIATION DES PARENTS DE
L'ÉCOLE ROSE-DES-VENTS v. BRITISH COLUMBIA
(ÉDUCATION)**

2015 SCC 21

File No.: 35619.

2014: December 2; 2015: April 24.

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

**Association des parents de l'école
Rose-des-vents, Joseph Pagé, en son propre
nom et au nom de tous les citoyens canadiens
qui résident à l'ouest de la rue Main dans la
ville de Vancouver dont la première langue
apprise et encore comprise est le français,
ou qui ont reçu leur instruction au niveau
primaire en français au Canada, ou dont
un enfant a reçu ou reçoit son instruction
au niveau primaire ou secondaire en français
au Canada, et Conseil scolaire francophone
de la Colombie-Britannique** *Appellants*

c.

**Ministre de l'Éducation de la Colombie-
Britannique et procureur général de la
Colombie-Britannique** *Intimés*

et

**Procureur général de la Saskatchewan,
procureur général de l'Alberta,
procureur général des Territoires
du Nord-Ouest,
procureur général du Territoire du Yukon,
commissaire aux langues officielles
du Canada,
Commission scolaire francophone,
Territoires du Nord-Ouest,
Fédération nationale des conseils
scolaires francophones,
Conseil des écoles fransaskoises et
Commission scolaire francophone
du Yukon** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ASSOCIATION DES PARENTS
DE L'ÉCOLE ROSE-DES-VENTS c. COLOMBIE-
BRITANNIQUE (ÉDUCATION)**

2015 CSC 21

N° du greffe : 35619.

2014 : 2 décembre; 2015 : 24 avril.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Minority language educational rights — Substantive equality — Manner in which court should assess whether children of rights holders are provided with educational experience equivalent to that provided in schools of linguistic majority of province or territory — Are issues of costs and practicalities relevant to equivalence analysis? — Whether a finding of lack of equivalence amounts to Charter breach — Whether it is necessary to determine responsibility as between province or territory and school board prior to finding prima facie breach of s. 23 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Procedure — Hearing — Procedural fairness — Phasing of proceedings — Relevance of pleadings — Petition judge phasing proceedings, leaving determination of responsibility for Charter breach to later phase — Petition judge striking portions of province’s pleadings as irrelevant to first phase — Whether procedures adopted by petition judge procedurally unfair.

L'école élémentaire Rose-des-vents ("RDV") is the only publicly-funded French-language elementary school for children living west of Main Street in the city of Vancouver. The school is overcrowded and enrollment is growing. RDV is small and the classrooms are significantly smaller than those in other schools. Some have no windows and only three classrooms meet the recommended size for classrooms. The library is very small, the washrooms are inadequate and there is no available flexible space in the school. Roughly 85 percent of students attending RDV are transported to school by bus and over two-thirds of those have bus trips of more than 30 minutes per trip. By contrast, the English-language schools in RDV's catchment area are larger, with larger classrooms, larger and better playing fields, and more spacious libraries. Most students attending English-language schools in the area live within one kilometre of their schools.

In 2010, parents of children attending RDV challenged their school board and the provincial government, seeking a declaration that the educational services made available to their children were not equivalent to those of the English-language schools in the area and that

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'instruction dans la langue de la minorité — Égalité réelle — Manière dont le tribunal doit déterminer si l'expérience éducative des enfants de titulaires de droits est équivalente à celle offerte dans les écoles de la majorité linguistique de la province ou du territoire en question — Les coûts et les considérations pratiques sont-ils pertinents pour l'analyse de l'équivalence? — Une conclusion d'absence d'équivalence équivaut-elle à une conclusion qu'il y a violation de la Charte? — Est-il nécessaire de départager la responsabilité entre la province ou le territoire et le conseil scolaire avant de conclure à une violation prima facie de l'art. 23 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédure — Audience — Équité procédurale — Division de l'instance en étapes — Pertinence des actes de procédure — Juge saisi de la requête divisant l'instance en étapes et remettant la détermination de la responsabilité pour la violation de la Charte à une étape ultérieure — Passages des actes de procédure de la province radiés par le juge saisi de la requête parce que non pertinents quant à la première étape — La procédure adoptée par le juge saisi de la requête est-elle inéquitable sur le plan procédural?

L'école élémentaire Rose-des-vents (« RDV ») est la seule école primaire de langue française financée à même les fonds publics qui dessert les enfants résidant à l'ouest de la rue Main dans la ville de Vancouver. L'école est surpeuplée et le nombre d'inscriptions augmente. RDV est une petite école et les salles de classe sont beaucoup plus petites que celles des autres écoles. Certaines salles de classe sont dépourvues de fenêtres et seulement trois ont la superficie recommandée. La bibliothèque est très petite, les toilettes sont inadéquates et il n'y a aucun local adaptable dans l'école. Environ 85 pour 100 des élèves qui fréquentent RDV se rendent à l'école en autobus et le trajet en autobus de plus des deux tiers de ces élèves dure plus de 30 minutes. À l'opposé, les écoles de langue anglaise situées dans la zone desservie par RDV sont plus grandes, disposent de salles de classe plus grandes et de terrains de jeu plus vastes et en meilleur état ainsi que de bibliothèques plus spacieuses. La plupart des élèves des écoles de langue anglaise du secteur habitent à moins d'un kilomètre de leur école.

En 2010, les parents d'enfants qui fréquentent RDV ont poursuivi le conseil scolaire et le gouvernement provincial et ont sollicité un jugement déclarant que les services d'enseignement offerts à leurs enfants n'étaient pas équivalents à ceux dispensés par les écoles de langue

their minority language education rights under s. 23 of the *Charter* had been breached. They requested that the legal proceedings be phased so that they could obtain a declaration while leaving the question of responsibility for the alleged inadequacies to a later phase, if necessary. Their hope was that obtaining a declaration would be sufficient to obtain a favourable government response.

The petition judge accepted the request to phase the proceedings, deciding to first assess only whether the children of rights holders were being provided with instruction and facilities equivalent to majority language schools, as guaranteed under s. 23 of the *Charter*. Prior to undertaking this initial phase of the proceedings, the judge struck certain parts of the province's pleadings on the grounds that they were not relevant to that phase. At the conclusion of the first phase of the proceedings, the judge issued a declaration that the parents are not being provided the minority language educational facilities guaranteed to them by s. 23 of the *Charter*. He did not assign responsibility for the failure to meet the constitutional standard. The Court of Appeal allowed the appeal brought by the province. It set aside both the order striking some of the province's pleadings, and the declaration.

Held: The appeal should be allowed and the petition judge's declaration reinstated. The award of special costs issued by the petition judge is restored. The matter should be remitted to the Supreme Court of British Columbia for the next phase of the petition, if necessary. Special costs are awarded to the appellants for the appeal proceedings.

Section 23 of the *Charter* guarantees a "sliding scale" of minority language education rights. At the upper limit of the sliding scale, rights holders are entitled to full educational facilities that are distinct from, and equivalent to, those found in the schools of the majority language group. The focus in giving effect to s. 23 rights should be on substantive equivalence, not on *per capita* costs and other markers of formal equivalence. What is paramount is that the educational experience of the children of s. 23 rights holders at the upper end of the sliding scale be of meaningfully similar quality to the educational experience of majority language students.

anglaise du secteur et que les droits à l'instruction dans la langue de la minorité que leur confère l'art. 23 de la *Charte* avaient été violés. Ils ont demandé la division de l'instance en étapes pour pouvoir obtenir un jugement déclaratoire tout en réservant l'attribution d'une responsabilité pour les lacunes alléguées à une étape ultérieure, au besoin. Ils espéraient que le prononcé d'un jugement déclaratoire soit suffisant pour obtenir une réponse favorable du gouvernement.

Le juge saisi de la requête a fait droit à la demande de division de l'instance en étapes, choisissant de décider d'abord uniquement si les enfants des titulaires de droits bénéficiaient d'un enseignement et d'installations équivalents à ceux des écoles de la majorité linguistique, comme le garantit l'art. 23 de la *Charte*. Avant de passer à cette première étape de l'instance, le juge a radié certains passages des actes de procédure de la province au motif qu'ils n'étaient pas pertinents quant à cette étape. Au terme de la première étape de l'instance, le juge a prononcé un jugement déclaratoire portant que les parents n'avaient pas accès à des établissements d'enseignement dans la langue de la minorité comme leur garantit l'art. 23 de la *Charte*. Il n'a imputé aucune responsabilité pour ce manquement à la norme constitutionnelle. La Cour d'appel a accueilli l'appel de la province. Elle a annulé l'ordonnance radiant certains passages des actes de procédure de la province ainsi que le jugement déclaratoire.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et le jugement déclaratoire du juge saisi de la requête est rétabli. Les dépens spéciaux accordés par le juge saisi de la requête sont rétablis. L'affaire est renvoyée à la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour la prochaine étape de l'instance si cela s'avère nécessaire. Des dépens spéciaux sont octroyés aux appelants pour les procédures d'appel.

L'article 23 de la *Charte* garantit une « échelle variable » de droits à l'instruction dans la langue de la minorité. À la limite supérieure de l'échelle variable, les titulaires de droits doivent bénéficier d'établissements d'enseignement complets, distincts de ceux offerts à la majorité linguistique, mais de qualité équivalente. Pour donner effet aux droits garantis par l'art. 23, l'accent devrait être mis sur l'équivalence réelle plutôt que sur les coûts par personne et les autres indicateurs d'équivalence formelle. Ce qui est primordial, c'est que l'expérience éducative des enfants de titulaires des droits garantis par l'art. 23 à la limite supérieure de l'échelle variable soit de qualité réellement semblable à l'expérience éducative des élèves de la majorité linguistique.

When assessing substantive equivalence, a purposive approach requires a court to consider the educational choices available from the perspective of s. 23 rights holders. The comparator group that will generally be appropriate for that assessment will be the neighbouring majority language schools that represent a realistic alternative for rights holders. The question to be examined is whether reasonable rights-holder parents would be deterred from sending their children to a minority language school because it is meaningfully inferior to an available majority language school. If so, the remedial purpose of s. 23 is threatened. If the educational experience, viewed globally, is sufficiently superior in the majority language schools, that fact could undermine the parents' desire to have their children educated in the minority language, and thus could lead to assimilation.

The comparative exercise must be alive to the varied factors that reasonable parents use to assess equivalence. The exercise is contextual and holistic, accounting for not only physical facilities, but also quality of instruction, educational outcomes, extracurricular activities, and travel times, amongst other factors. Such an approach is similar to the way parents make decisions regarding their children's education. The extent to which any given factor will represent a live issue in assessing equivalence will be dictated by the circumstances of each case. The relevant factors are considered together in assessing whether the overall educational experience is inferior in a way that could discourage rights holders from enrolling their children in a minority language school. If, on balance, the experience is equivalent, the requirements of s. 23 will be met.

Issues of costs and practicalities are considered in the determination of the level of educational services a group of rights holders is entitled to on the sliding scale. It would undermine that analysis to consider costs and practicalities again, after the appropriate level of educational services has already been determined. Accordingly, it is not appropriate for provincial or territorial governments to invoke issues of practicality or cost as part of the inquiry into equivalence. Costs and practicalities may, however, be relevant in attempts to justify a breach of s. 23, and in attempts to fashion an appropriate and just remedy for a breach.

Dans l'évaluation de l'équivalence réelle, la méthode téléologique exige du tribunal qu'il tienne compte des choix offerts en matière d'éducation du point de vue des titulaires des droits garantis à l'art. 23. Le groupe de comparaison qui conviendra généralement à cette évaluation sera constitué des écoles avoisinantes de la majorité linguistique qui représentent une solution de rechange réaliste pour les titulaires de droits. La question à examiner est de savoir si des parents raisonnables qui détiennent ces droits seraient dissuadés d'envoyer leurs enfants dans une école de la minorité linguistique parce que l'école est véritablement inférieure à une école de la majorité linguistique où ils peuvent les inscrire. Dans l'affirmative, l'objet réparateur de l'art. 23 est menacé. Si l'expérience éducative, prise globalement, est suffisamment supérieure dans les écoles de la majorité linguistique, ce fait pourrait affaiblir la volonté des parents de faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité, ce qui, du coup, risque d'entraîner l'assimilation.

Dans l'exercice de comparaison, il faut être conscient des divers facteurs dont les parents raisonnables tiennent compte pour évaluer l'équivalence. La comparaison est de nature contextuelle et holistique, tenant compte non seulement des installations matérielles, mais aussi d'autres facteurs comme la qualité de l'instruction, les résultats scolaires, les activités parascolaires et le temps de déplacement. Une telle approche s'apparente à la façon dont les parents prennent des décisions relatives à l'instruction de leurs enfants. La mesure dans laquelle un facteur donné constitue une question en litige dans l'appréciation de l'équivalence est fonction des circonstances de l'affaire. On examine ensemble les facteurs pertinents pour décider si, globalement, l'expérience éducative est inférieure au point de pouvoir dissuader les titulaires de droits d'inscrire leurs enfants dans une école de la minorité linguistique. Si, dans l'ensemble, l'expérience est équivalente, les exigences de l'art. 23 sont respectées.

On tient compte des coûts et des considérations pratiques pour établir le niveau de services d'enseignement dont doit bénéficier un groupe de titulaires de droits selon l'échelle variable. Ce serait compromettre cette analyse que d'examiner de nouveau les coûts et les considérations pratiques, après que le niveau approprié de services d'enseignement eut déjà été fixé. Par conséquent, il n'est pas opportun pour les gouvernements provinciaux ou territoriaux de soulever des questions liées aux considérations pratiques ou aux coûts dans le cadre de l'analyse de l'équivalence. Les coûts et les considérations pratiques peuvent toutefois s'avérer pertinents lorsqu'on tente de justifier une violation de l'art. 23 ou de concevoir une réparation convenable et juste par suite d'une violation.

In the present case, the petition judge applied the correct test to assess equivalence. He comprehensively and holistically assessed the relevant factors and compared RDV to the English-language schools in the relevant catchment area in Vancouver. In the determination of overall substantive equivalence, he concluded that the programs offered at RDV were not so superior as to offset its inadequate facilities, overcrowding and long travel times. In his opinion, the disparity between the minority and majority language schools was such as to limit enrollment and contribute to assimilation. There is no error in principle in the petition judge's analysis.

The declaration issued by the petition judge represents the equivalent of a declaration of a *prima facie* breach of s. 23, subject to the future determination of responsibility, justification for the breach (if applicable), and positive remedy. Where the children of s. 23 rights holders are entitled to an educational experience equivalent to that of majority language children, there is no difference between a finding of a lack of equivalence and a finding that the rights holders have not received the services to which they are entitled under s. 23. However, since responsibility for the breach has not yet been assigned — and leaving open the possibility that the responsible party or parties may seek to justify the breach — it cannot be said that the judge's declaration constitutes a complete finding of a *Charter* violation.

Where a proceeding has been formally phased to separate the question of substantive equivalence from other elements of the s. 23 analysis, evidence that does not assist in answering that question would normally not be relevant. Considered from this perspective, the petition judge was entitled to strike the portions of the province's pleadings as they were not relevant to the inquiry into substantive equivalence.

Cases Cited

Applied: *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; **discussed:** *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; **referred to:** *Assn. des Parents Francophones (Colombie-Britannique) v. British Columbia* (1996), 27 B.C.L.R. (3d) 83; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, 2000 SCC 1, [2000] 1 S.C.R. 3; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Solski*

En l'espèce, le juge saisi de la requête a appliqué le bon critère pour évaluer l'équivalence. Il a évalué les facteurs pertinents de façon exhaustive et holistique et a comparé RDV aux écoles de langue anglaise du secteur concerné de Vancouver. Au moment d'établir l'équivalence réelle globale, il a conclu que les programmes offerts à RDV n'étaient pas de qualité suffisante pour pallier le caractère inadéquat de ses installations, la surpopulation et les longs déplacements. Selon lui, l'écart entre les écoles de la minorité linguistique et celles de la majorité était tel qu'il avait pour effet de limiter l'inscription et de contribuer à l'assimilation. Il n'y a aucune erreur de principe dans l'analyse du juge saisi de la requête.

Le jugement déclaratoire du juge saisi de la requête équivaut à une déclaration portant qu'il y a, à première vue, violation de l'art. 23, sous réserve de l'établissement futur de la responsabilité, d'une justification de la violation (s'il y a lieu) et d'une réparation concrète. Si les enfants de titulaires des droits garantis par l'art. 23 ont droit à une expérience éducative équivalente à celle des enfants de la majorité, il n'y a aucune différence entre une conclusion d'absence d'équivalence et une conclusion selon laquelle les titulaires de droits n'ont pas reçu les services auxquels ils ont droit en vertu de l'art. 23. Cependant, puisqu'aucune responsabilité n'a encore été attribuée pour cette violation — et qu'il demeure possible que la ou les parties responsables tentent de la justifier — on ne peut affirmer que le jugement déclaratoire rendu par le juge constitue une conclusion complète selon laquelle il y a eu violation de la *Charte*.

Dans une instance qui a été officiellement divisée en étapes afin de distinguer la question de l'équivalence réelle des autres éléments de l'analyse fondée sur l'art. 23, la preuve qui ne permet pas de répondre à cette question n'est habituellement pas pertinente. Si on envisage la chose sous cet angle, le juge saisi de la requête pouvait radier les passages des actes de procédure de la province car ils n'étaient pas pertinents pour l'analyse de l'équivalence réelle.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; **arrêt analysé :** *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; **arrêts mentionnés :** *Assn. des Parents Francophones (Colombie-Britannique) c. British Columbia* (1996), 27 B.C.L.R. (3d) 83; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, 2000 CSC 1, [2000] 1 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006

(*Tutor of*) v. *Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 14, [2005] 1 S.C.R. 201; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303; *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371; *Victoria (City) v. Adams*, 2009 BCCA 563, 100 B.C.L.R. (4th) 28; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island* (1997), 149 Nfld. & P.E.I.R. 96; *Marchand v. Simcoe County Board of Education* (1986), 12 C.P.C. (2d) 140.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 23, 24(1).

Authors Cited

Bastarache, Michel. “Education Rights of Provincial Official Language Minorities (Section 23)”, in G.-A. Beaudoin and E. Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989, 687.

Canada. Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism. *Report of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism*, Book II, *Education*. Ottawa: Queen’s Printer, 1968.

Doucet, Michel. “L’article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*” (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 421.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2014, release 1).

Landry, Rodrigue, and Réal Allard. “L’exogamie et le maintien de deux langues et de deux cultures: le rôle de la francité familioscolaire” (1997), 23 *Revue des sciences de l’éducation* 561.

Power, Mark, and Pierre Foucher. “Language Rights and Education”, in G.-A. Beaudoin and E. Mendes, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2005, 1095.

APPEAL from judgments of the British Columbia Court of Appeal (Saunders, Bennett and Hinkson J.J.A.), 2013 BCCA 407, 49 B.C.L.R. (5th) 246, 342 B.C.A.C. 251, 585 W.A.C. 251, 367 D.L.R. (4th) 387, 291 C.R.R. (2d) 106, 44 C.P.C. (7th) 122, [2014] 1 W.W.R. 1, [2013] B.C.J. No. 2057 (QL), 2013 CarswellBC 2799 (WL Can.); and 2014 BCCA 40, 54 B.C.L.R. (5th) 79, 350 B.C.A.C. 142, [2014]

CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 R.C.S. 201; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S. 303; *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371; *Victoria (City) c. Adams*, 2009 BCCA 563, 100 B.C.L.R. (4th) 28; *Arsenault-Cameron c. Prince Edward Island* (1997), 149 Nfld. & P.E.I.R. 96; *Marchand c. Simcoe County Board of Education* (1986), 12 C.P.C. (2d) 140.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 23, 24(1).

Doctrine et autres documents cités

Bastarache, Michel. « Les droits scolaires des minorités linguistiques provinciales : l’article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés », dans G.-A. Beaudoin et E. Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, 757.

Canada. Commission royale d’enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme. *Rapport de la Commission royale d’enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, Livre II, *L’éducation*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968.

Doucet, Michel. « L’article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 421.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto, Thomson/Carswell, 2007 (updated 2014, release 1).

Landry, Rodrigue, et Réal Allard. « L’exogamie et le maintien de deux langues et de deux cultures : le rôle de la francité familioscolaire » (1997), 23 *Revue des sciences de l’éducation* 561.

Power, Mark, et Pierre Foucher. « Language Rights and Education », dans G.-A. Beaudoin et E. Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 4^e éd., Markham (Ont.), LexisNexis Canada, 2005, 1095.

POURVOI contre des arrêts de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Saunders, Bennett et Hinkson), 2013 BCCA 407, 49 B.C.L.R. (5th) 246, 342 B.C.A.C. 251, 585 W.A.C. 251, 367 D.L.R. (4th) 387, 291 C.R.R. (2d) 106, 44 C.P.C. (7th) 122, [2014] 1 W.W.R. 1, [2013] B.C.J. No. 2057 (QL), 2013 CarswellBC 2799 (WL Can.); et 2014 BCCA 40, 54 B.C.L.R. (5th) 79, 350 B.C.A.C. 142, [2014]

4 W.W.R. 528, 58 C.P.C. (7th) 230, [2014] B.C.J. No. 155 (QL), 2014 CarswellBC 225 (WL Can.), setting aside decisions of Willcock J., 2011 BCSC 1495, 21 C.P.C. (7th) 111, [2011] B.C.J. No. 2096 (QL), 2011 CarswellBC 3303 (WL Can.); 2012 BCSC 1614, 39 B.C.L.R. (5th) 144, 270 C.R.R. (2d) 220, [2013] 2 W.W.R. 528, [2012] B.C.J. No. 2247 (QL), 2012 CarswellBC 3373 (WL Can.); and 2013 BCSC 1111, 49 B.C.L.R. (5th) 189, [2013] 10 W.W.R. 602, 40 C.P.C. (7th) 274, 61 Admin. L.R. (5th) 310, [2013] B.C.J. No. 1352 (QL), 2013 CarswellBC 1871 (WL Can.). Appeal allowed.

Nicolas M. Rouleau and Joseph Pagé, for the appellants Association des parents de l'école Rose-des-vents et al.

Robert W. Grant, Q.C., Jean-Pierre Hachey, Mark C. Power and David P. Taylor, for the appellant Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique.

Leonard T. Doust, Q.C., Karrie Wolfe and Warren B. Milman, for the respondents.

Alan F. Jacobson and Barbara C. Mysko, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Randy Steele, for the intervener the Attorney General of Alberta.

François Baril, for the intervener the Attorney General of the Northwest Territories.

Maxime Faille, Guy Régimbald and Pippa Lawson, for the intervener the Attorney General of the Yukon Territory.

Christine Ruest Norrena and Isabelle Bousquet, for the intervener the Commissioner of Official Languages of Canada.

Roger J. F. Lepage and Francis P. Poulin, for the interveners Commission scolaire francophone, Territoires du Nord-Ouest, Fédération nationale des conseils scolaires francophones, Conseil des écoles fransaskoises and Commission scolaire francophone du Yukon.

4 W.W.R. 528, 58 C.P.C. (7th) 230, [2014] B.C.J. No. 155 (QL), 2014 CarswellBC 225 (WL Can.), qui ont infirmé des décisions du juge Willcock, 2011 BCSC 1495, 21 C.P.C. (7th) 111, [2011] B.C.J. No. 2096 (QL), 2011 CarswellBC 3303 (WL Can.); 2012 BCSC 1614, 39 B.C.L.R. (5th) 144, 270 C.R.R. (2d) 220, [2013] 2 W.W.R. 528, [2012] B.C.J. No. 2247 (QL), 2012 CarswellBC 3373 (WL Can.); et 2013 BCSC 1111, 49 B.C.L.R. (5th) 189, [2013] 10 W.W.R. 602, 40 C.P.C. (7th) 274, 61 Admin. L.R. (5th) 310, [2013] B.C.J. No. 1352 (QL), 2013 CarswellBC 1871 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Nicolas M. Rouleau et Joseph Pagé, pour les appelants l'Association des parents de l'école Rose-des-vents et autres.

Robert W. Grant, c.r., Jean-Pierre Hachey, Mark C. Power et David P. Taylor, pour l'appelant le Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique.

Leonard T. Doust, c.r., Karrie Wolfe et Warren B. Milman, pour les intimés.

Alan F. Jacobson et Barbara C. Mysko, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Randy Steele, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

François Baril, pour l'intervenant le procureur général des Territoires du Nord-Ouest.

Maxime Faille, Guy Régimbald et Pippa Lawson, pour l'intervenant le procureur général du Territoire du Yukon.

Christine Ruest Norrena et Isabelle Bousquet, pour l'intervenant le commissaire aux langues officielles du Canada.

Roger J. F. Lepage et Francis P. Poulin, pour les intervenants la Commission scolaire francophone, Territoires du Nord-Ouest, la Fédération nationale des conseils scolaires francophones, le Conseil des écoles fransaskoises et la Commission scolaire francophone du Yukon.

The judgment of the Court was delivered by

[1] KARAKATSANIS J. — This appeal reflects a new generation of issues for minority language education rights. When is the quality of a minority language school education equivalent to that of the majority language schools? What factors go into determining equivalence?

[2] These questions lie at the heart of this appeal. They engage s. 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the minority language education provision that guarantees minority language rights holders the right to have their children receive primary and secondary school instruction in English or French. While this Court has considered this *Charter* right on several occasions over the past 30 years, the present appeal illustrates the evolution of minority language education disputes since the adoption of the *Charter*: rather than focusing on a group's initial entitlement to a given level of minority language educational services, this appeal asks how a court may determine whether a group is, in fact, receiving its entitlement.

[3] It is well established that where the number of children of minority language rights holders warrants the highest level of services envisioned by s. 23, those rights holders are entitled to instruction and educational facilities equivalent in quality to that provided to the official language majority of the province or territory. This Court's past jurisprudence has recognized that, because of the remedial nature of s. 23 rights, equality may mean something different than formal equality. It requires substantive equality. In this appeal, we are called upon to give guidance on how to measure this equivalence. We are also asked to determine the significance of a finding of lack of equivalence, and whether it amounts to a breach of s. 23 of the *Charter*.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Le présent pourvoi met en lumière une nouvelle génération de questions liées aux droits à l'instruction dans la langue de la minorité. Dans quelles circonstances la qualité de l'instruction dans la langue de la minorité équivaut-elle à celle de l'instruction dans la langue de la majorité? Quels sont les facteurs à prendre en considération pour déterminer s'il y a équivalence?

[2] Ces questions sont au cœur du présent pourvoi. Elles font intervenir l'art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, soit la disposition relative à l'instruction dans la langue de la minorité qui garantit aux titulaires de droits linguistiques minoritaires le droit de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, en français ou en anglais. Bien que la Cour ait examiné ce droit garanti par la *Charte* à plusieurs reprises au cours des 30 dernières années, le présent pourvoi illustre l'évolution des différends en matière d'instruction dans la langue de la minorité depuis l'adoption de la *Charte* : au lieu de mettre l'accent sur le droit initial d'un groupe à un certain niveau de services d'enseignement dans la langue de la minorité, le pourvoi soulève la question de savoir comment un tribunal peut décider si un groupe reçoit, dans les faits, les services auxquels il a droit.

[3] Il est bien établi que, lorsque le nombre d'enfants de titulaires de droits linguistiques minoritaires justifie le plus haut niveau de services prévu à l'art. 23, ces titulaires de droits doivent bénéficier d'une instruction et d'établissements d'enseignement de qualité équivalente à ceux offerts à la majorité de langue officielle de la province ou du territoire en question. La Cour a reconnu dans sa jurisprudence qu'étant donné la nature réparatrice des droits reconnus à l'art. 23, l'égalité peut avoir un sens distinct de celui de l'égalité formelle. Cette égalité doit être réelle. Dans le présent pourvoi, nous sommes appelés à donner des indications sur la façon de mesurer l'équivalence. Nous devons aussi établir l'importance d'une constatation qu'il n'y a pas d'équivalence et décider si l'absence d'équivalence constitue une violation de l'art. 23 de la *Charte*.

[4] In this case, the parents of children attending a French-language elementary school challenged their school board and the provincial government, and sought a declaration that the educational services were not equivalent to those of the English-language schools in the area. In my view, they were entitled to that declaration. As a result, I would allow the appeal and restore the declaration of the petition judge.

I. Facts

[5] L'école élémentaire Rose-des-vents (RDV) is the only publicly-funded French-language elementary school for students living west of Main Street in the city of Vancouver. It was established in 2001, five years after the Supreme Court of British Columbia ruled that the number of children of rights holders in the geographic area of Vancouver/Lower Mainland and Victoria warranted the highest measure of management and control contemplated under s. 23 (*Assn. des Parents Francophones (Colombie-Britannique) v. British Columbia* (1996), 27 B.C.L.R. (3d) 83). The court concluded that the B.C. legislature could no longer delay putting in place an appropriate minority language education scheme.

[6] As the petition judge held, enrollment at RDV has increased since 2001 and the school, which currently shares facilities with a French-language secondary school, has become increasingly overcrowded. In 2012, RDV had a nominal capacity of 215 students and an operating capacity of 199 students. Enrollment in 2011 was 344 students, and enrollment is growing.

[7] RDV is small, with narrow hallways and no coat hooks or lockers. There is a lack of storage space. This is said to have contributed to the spread of lice among students. There is no available flexible space in the school. The washrooms are inadequate. The library is very small, and the classrooms are significantly smaller than those in other schools. Only three classrooms meet the recommended size

[4] En l'espèce, les parents d'enfants qui fréquentent une école primaire de langue française ont poursuivi le conseil scolaire et le gouvernement provincial et ont sollicité un jugement déclarant que les services d'enseignement n'étaient pas équivalents à ceux dispensés par les écoles de langue anglaise du secteur. À mon avis, ils avaient droit à ce jugement déclaratoire. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le jugement déclaratoire du juge saisi de la requête.

I. Faits

[5] L'école élémentaire Rose-des-vents (RDV) est la seule école primaire de langue française financée à même les fonds publics qui dessert les élèves résidant à l'ouest de la rue Main dans la ville de Vancouver. Elle a vu le jour en 2001, cinq ans après que la Cour suprême de la Colombie-Britannique eut décidé que le nombre d'enfants de titulaires de droits linguistiques dans la région de Vancouver et du Lower Mainland et dans la région de Victoria justifiait le plus haut niveau de gestion et de contrôle prévu à l'art. 23 (*Assn. des Parents Francophones (Colombie-Britannique) c. British Columbia* (1996), 27 B.C.L.R. (3d) 83). La cour a conclu que la législature de la Colombie-Britannique ne pouvait plus retarder la mise en place d'un système approprié d'enseignement dans la langue de la minorité.

[6] Comme l'a conclu le juge saisi de la requête, le nombre d'inscriptions à RDV augmente depuis 2001 et l'école, qui partage actuellement ses locaux avec une école secondaire de langue française, est de plus en plus surpeuplée. En 2012, RDV avait une capacité nominale de 215 élèves et une capacité opérationnelle de 199 élèves. On dénombrait 344 inscriptions en 2011 et ce nombre augmente d'année en année.

[7] RDV est une petite école aux couloirs étroits et il n'y a aucun crochet à manteaux ni casier. L'espace de rangement est insuffisant, ce qui aurait, dit-on, contribué à la propagation de poux chez les élèves. Il n'y a aucun local adaptable dans l'école. Les toilettes sont inadéquates. La bibliothèque est très petite et les salles de classe sont beaucoup plus petites que celles des autres écoles. Seulement trois

for classrooms. Two classrooms have no windows. The playground is divided into small sections. Due to the space sharing arrangement with the secondary school, the space made available to RDV will likely diminish in the coming years.

[8] By contrast, the English-language schools in RDV's catchment area are larger, with larger classrooms, larger and better playing fields, and more spacious libraries.

[9] Of the 344 students attending RDV in 2012, 293 were transported to school by bus. None of those elementary school students live within the one kilometre "walk limit". Over two thirds of these students spend more than 30 minutes per bus trip. By contrast, most students attending English-language schools in the area live within one kilometre of their schools.

[10] The B.C. Minister of Education has acknowledged that RDV is operating "over capacity". The construction of a new French-language school in Vancouver has been a "high priority" of the Ministry of Education at least since 2008 (A.R., vol. II, at p. 104). The Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique (CSF), the French-language school board that oversees RDV, acknowledges the overcrowding, the substandard facilities, and the long bus rides.

[11] In 2010, the Association des parents de l'école Rose-des-vents and Joseph Pagé, on his own behalf and as a representative of parents of children enrolled at RDV ("the Parents"), filed a petition naming as respondents the Minister of Education, the Attorney General of British Columbia (collectively, "the Province"), and the CSF.¹ The petition sought a declaration that the Parents' minority language education rights under s. 23 of the *Charter* had been breached. The Parents argued that the

salles de classe ont la superficie recommandée. Deux salles de classe sont dépourvues de fenêtres. Le terrain de jeux est divisé en petites sections. Étant donné l'entente de partage des locaux conclue avec l'école secondaire, l'espace mis à la disposition de RDV diminuera sans doute au cours des prochaines années.

[8] À l'opposé, les écoles de langue anglaise situées dans la zone desservie par RDV sont plus grandes, disposent de salles de classe plus grandes et de terrains de jeux plus vastes et en meilleur état ainsi que de bibliothèques plus spacieuses.

[9] En 2012, 293 des 344 élèves qui fréquentaient alors RDV se rendaient à l'école en autobus. Aucun de ces élèves du primaire n'habite à l'intérieur de la « distance de marche » d'un kilomètre. Le trajet en autobus de plus des deux tiers de ces élèves dure plus de 30 minutes. Or, la plupart des élèves qui fréquentent les écoles de langue anglaise du secteur habitent à moins d'un kilomètre de leur école.

[10] Le ministre de l'Éducation de la Colombie-Britannique a reconnu que RDV est [TRADUCTION] « surpeuplée ». La construction d'une nouvelle école de langue française à Vancouver est une [TRADUCTION] « grande priorité » pour le ministère de l'Éducation depuis au moins 2008 (d.a., vol. II, p. 104). Le Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique (CSF), soit le conseil scolaire francophone responsable de RDV, reconnaît qu'il y a surpopulation, que les installations ne respectent pas les normes et que les trajets en autobus sont longs.

[11] En 2010, l'Association des parents de l'école Rose-des-vents et Joseph Pagé, en son propre nom et en qualité de représentant des parents d'enfants inscrits à RDV (« les Parents »), ont déposé une requête dans laquelle le ministre de l'Éducation, le procureur général de la Colombie-Britannique (collectivement « la Province ») et le CSF¹ sont désignés à titre de défendeurs. Les requérants sollicitaient un jugement déclarant que les droits à l'inscription dans la langue de la minorité que confère

¹ Despite being named as a respondent in the petition, the CSF has supported the position of the Parents, and is an appellant in the appeal before this Court.

¹ Même s'il a été désigné comme intimé dans la requête, le CSF a appuyé la position des Parents et il possède la qualité d'appelant dans le pourvoi interjeté devant la Cour.

RDV school facilities were not equivalent to those of the English-language schools in the area. However, they sought to avoid the question of assigning responsibility for the alleged inadequacies during the first stage of the proceedings. They hoped that a declaration at the first stage would be sufficient to obtain a favourable government response.

[12] The CSF agrees with the Parents that the facilities available to rights holders in the RDV catchment area are inadequate. However, it blames the inadequacies on insufficient funding from the Province, which funds capital expenditures separately from regular operating expenditures. The Province denies that the RDV facilities are deficient, but argues that if they are, the CSF, as the agency charged with exercising management and control of the minority language education system on behalf of rights holders, bears responsibility for any inadequacies.

[13] In a separate action commenced later in 2010, the CSF, the Fédération des parents francophones de Colombie-Britannique,² and 33 individual parents initiated proceedings against the Province, alleging province-wide breaches of s. 23 of the *Charter* and raising systemic challenges to the capital funding system put in place by the Ministry of Education as it applies to minority language education. While that action is not a subject of this appeal, it may resolve some of the outstanding issues raised in this petition.

II. Judicial History

A. *Supreme Court of British Columbia*

[14] The present matter constitutes the first phase of what may be a multi-phase proceeding. Justice Willcock, then of the Supreme Court of British Columbia, presided over the petition. He decided to

² The Fédération is a non-profit organization representing 28 parent associations from the CSF's schools and 13 parent associations from French-language pre-schools.

aux Parents l'art. 23 de la *Charte* avaient été violés. Les Parents affirmaient que les installations de l'école RDV n'étaient pas équivalentes à celles des écoles de langue anglaise du secteur. Cependant, ils ont cherché à éluder la question de l'attribution d'une responsabilité pour les lacunes alléguées pendant la première étape de l'instance. Ils espéraient que le prononcé d'un jugement déclaratoire à la première étape soit suffisant pour obtenir une réponse favorable du gouvernement.

[12] Le CSF convient avec les Parents que les installations mises à la disposition des titulaires de droits dans la zone desservie par RDV sont inadéquates. Toutefois, il impute ces lacunes au financement insuffisant de la Province, qui paye les dépenses en immobilisations séparément des dépenses normales de fonctionnement. La Province nie que les installations de RDV sont inadéquates, mais soutient que, si elles le sont, c'est au CSF, à titre d'organisme chargé de gérer et de contrôler le système d'éducation dans la langue de la minorité au nom des titulaires de droits, qu'en incombe la responsabilité.

[13] Dans une action distincte introduite plus tard en 2010, le CSF, la Fédération des parents francophones de Colombie-Britannique² et 33 parents ont poursuivi la Province, alléguant qu'elle avait violé l'art. 23 de la *Charte* sur tout son territoire et que des problèmes systémiques minaient le régime de financement des immobilisations instauré par le ministère de l'Éducation pour l'enseignement dans la langue de la minorité. Bien que cette action ne fasse pas l'objet du présent pourvoi, elle permettra peut-être de régler quelques-unes des questions en suspens soulevées dans la requête.

II. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*

[14] La présente affaire constitue la première étape de ce qui pourrait être une instance à étapes multiples. Le juge Willcock, siégeant alors à la Cour suprême de la Colombie-Britannique, a présidé

² La Fédération est un organisme à but non lucratif qui représente 28 associations de parents d'enfants fréquentant les écoles du CSF et 13 associations de parents d'élèves fréquentant des établissements préscolaires de langue française.

phase the proceedings in light of the declaratory nature of the relief sought by the Parents, and the possibility that the outcome of the first phase might lead to a resolution of the dispute (2011 BCSC 1495, 21 C.P.C. (7th) 111). In doing so, he took into consideration the efficient use of judicial resources and the critical need for timely compliance in s. 23 cases to avoid the risks of assimilation caused by delay, relying on this Court's decision in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 29.

[15] This appeal concerns the first phase. The judge was to assess whether the Parents were being provided with instruction and facilities equivalent to majority language schools, as guaranteed under s. 23 of the *Charter*. Prior to undertaking this first phase, the judge struck certain parts of the Province's pleadings on the grounds that they were not relevant to the first phase of proceedings (2011 BCSC 1495). As well, during the course of the hearing, the Province sought an adjournment in order to bring further evidence on various points, including responsibility for any breach of s. 23. The judge denied this adjournment request (2012 BCSC 1206).

[16] In his reasons for judgment at the conclusion of the first phase of proceedings, the judge found a lack of equivalence between the school facilities afforded to the Parents and the facilities available to majority language students in the same area (2012 BCSC 1614, 39 B.C.L.R. (5th) 144). He found that, despite the good quality of instruction and academic outcomes, the RDV facilities are inadequate, and that the long travel times of many students are not offset by superior facilities or programs. He found that the disparity limited enrollment and contributed to assimilation. He concluded that the facilities are inadequate to meet the standard of equivalence required by s. 23 of the *Charter*. He did not assign responsibility for the failure to meet the constitutional standard.

l'audition de la requête. Il a décidé de diviser l'instance en étapes vu le caractère déclaratoire de la réparation demandée par les Parents et la possibilité que l'issue de la première phase mette fin au différend (2011 BCSC 1495, 21 C.P.C. (7th) 111). Ce faisant, il a pris en considération l'utilisation efficiente des ressources judiciaires et la nécessité cruciale de tenir à temps la promesse contenue à l'art. 23 pour éviter les risques d'assimilation dus aux atermoiements, en s'appuyant sur l'arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 29.

[15] Le pourvoi qui nous occupe porte sur la première étape. Le juge devait décider si les Parents bénéficiaient d'un enseignement et d'installations équivalents à ceux des écoles de la majorité linguistique, comme le garantit l'art. 23 de la *Charte*. Avant de passer à cette étape, le juge a radié certains passages des actes de procédure de la Province au motif qu'ils n'étaient pas pertinents quant au premier stade de l'instance (2011 BCSC 1495). La Province a par ailleurs demandé pendant l'audience un ajournement afin de présenter des éléments de preuve additionnels sur différents points, y compris la responsabilité de toute violation de l'art. 23. Le juge a rejeté la demande d'ajournement (2012 BCSC 1206).

[16] Dans ses motifs de jugement rendus au terme de la première étape de l'instance, le juge a conclu que l'établissement d'enseignement fourni aux Parents n'est pas de qualité équivalente aux établissements d'enseignement mis à la disposition des élèves de la majorité linguistique dans le même secteur (2012 BCSC 1614, 39 B.C.L.R. (5th) 144). Il a jugé que, malgré la grande qualité de l'enseignement et les bons résultats scolaires, les installations de RDV sont inadéquates, et que les longs déplacements de nombreux élèves ne sont pas contrebalancés par des installations ou des programmes de qualité supérieure. À mon avis, l'écart avait pour effet de limiter l'inscription et de contribuer à l'assimilation. Il a conclu que les installations ne peuvent satisfaire à la norme d'équivalence établie par l'art. 23 de la *Charte*. Il n'a imputé aucune responsabilité pour ce manquement à la norme constitutionnelle.

[17] The judge issued “a declaration in favour of the parents . . . that they are not being provided the minority language educational facilities guaranteed to them by s. 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*” (para. 160). He also retained jurisdiction over the litigation to hear further applications, should the outcome of the first phase of the proceedings be insufficient to facilitate the resolution of the issues between the parties.

[18] The judge awarded special costs to the Parents throughout, and to the CSF in relation to all proceedings on or after November 4, 2011 (2013 BCSC 1111, 49 B.C.L.R. (5th) 189). Though he did not find the Province’s conduct worthy of reproof or rebuke, the judge concluded that the petitioners and the CSF were entitled to special costs as public interest litigants.

B. *Court of Appeal for British Columbia*

[19] The Court of Appeal for British Columbia allowed the appeal brought by the Province. Hinkson J.A. (Saunders and Bennett J.J.A. concurring) concluded that certain paragraphs struck by the judge should not have been struck, as they were not clearly irrelevant to the first phase of proceedings (2013 BCCA 407, 49 B.C.L.R. (5th) 246). The Court of Appeal was of the view that issues of costs and practicalities may be relevant to the equivalence analysis performed as part of the first phase. The Court of Appeal, relying on the judge’s March 2012 clarification of his 2011 phasing order, also concluded that the reasons for judgment went beyond what the judge said he intended to resolve as part of the first phase of the proceedings. This had the effect of unfairly precluding the Province from obtaining further evidence to support its defence that any disparity in the facilities did not amount to a breach of the Parents’ s. 23 rights.

[20] The Court of Appeal set aside the order striking certain paragraphs of the Province’s pleadings.

[17] Le juge a prononcé [TRADUCTION] « un jugement déclaratoire en faveur des parents [. . .] portant qu’ils n’ont pas accès aux établissements d’enseignement dans la langue de la minorité que leur garantit l’art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (par. 160). Il s’est aussi déclaré compétent pour entendre les autres demandes dans ce litige si le résultat de la première étape de l’instance ne permettait pas de faciliter le règlement des questions opposant les parties.

[18] Le juge a accordé des dépens spéciaux aux Parents devant toutes les cours et au CSF pour toutes les procédures en cours le 4 novembre 2011 ou après cette date (2013 BCSC 1111, 49 B.C.L.R. (5th) 189). Estimant que la conduite de la Province ne méritait ni reproche ni réprimande, le juge a tout de même conclu que les requérants et le CSF avaient droit à des dépens spéciaux en tant que parties à un litige d’intérêt public.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique*

[19] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a accueilli l’appel de la Province. Le juge Hinkson (avec l’accord des juges Saunders et Bennett) a conclu que certains paragraphes radiés par le juge n’auraient pas dû l’être puisqu’ils n’étaient pas manifestement dépourvus de pertinence pour la première étape de l’instance (2013 BCCA 407, 49 B.C.L.R. (5th) 246). La Cour d’appel a estimé que les coûts et les considérations pratiques peuvent s’avérer pertinents dans l’analyse de l’équivalence à la première étape. Se fondant sur les précisions apportées en mars 2012 par le juge à son ordonnance de division en étapes de 2011, elle a aussi conclu que les motifs du jugement allaient au-delà de ce que le juge avait dit vouloir régler au cours de la première étape de l’instance. La Province avait donc été injustement privée de la possibilité de recueillir d’autres éléments de preuve pour appuyer sa défense selon laquelle toute différence entre les établissements ne constituait pas une atteinte aux droits garantis aux Parents par l’art. 23.

[20] La Cour d’appel a annulé l’ordonnance radiant certains paragraphes des actes de procédure

It also set aside Justice Willcock's declaration dated October 31, 2012, and ordered that the petition be remitted to the Supreme Court of British Columbia. The Court of Appeal also set aside the award of special costs (2014 BCCA 40, 54 B.C.L.R. (5th) 79).

III. Issues

[21] This appeal raises both substantive and procedural issues.

[22] First, how should a court assess the substantive equivalence of a minority language school facility as compared to majority language school facilities, for the purpose of determining whether the minority language facility complies with s. 23 of the *Charter*? In particular, are issues of costs and practicalities relevant to the s. 23 equivalence analysis? Is it necessary to determine responsibility, as between a province or territory and a school board, prior to finding a *prima facie* breach of s. 23?

[23] Second, were the procedures adopted by the petition judge in managing the proceedings procedurally unfair?

IV. Analysis

A. *Equivalence Under Section 23 of the Charter*

(1) Basic Principles and Interpretation of Section 23

[24] Section 23 of the *Charter* guarantees minority language rights holders the right to have their children educated in English or French, as the case may be:

23. (1) Citizens of Canada

(a) whose first language learned and still understood is that of the English or French linguistic minority population of the province in which they reside, or

de la Province. Elle a également annulé le jugement déclaratoire du juge Willcock daté du 31 octobre 2012 et a ordonné que la requête soit renvoyée à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. La Cour d'appel a annulé en outre l'octroi des dépens spéciaux (2014 BCCA 40, 54 B.C.L.R. (5th) 79).

III. Questions en litige

[21] Le présent pourvoi soulève à la fois des questions de fond et de procédure.

[22] Premièrement, comment le tribunal doit-il apprécier le rapport d'équivalence réelle entre un établissement scolaire dans la langue de la minorité et des établissements scolaires dans la langue de la majorité, afin de déterminer si l'établissement scolaire dans la langue de la minorité respecte l'art. 23 de la *Charte*? Plus particulièrement, les coûts et les considérations pratiques sont-ils pertinents pour l'analyse de l'équivalence fondée sur l'art. 23? Est-il nécessaire de déterminer qui, d'une province, d'un territoire ou d'un conseil scolaire, est responsable de la violation avant même de conclure à une violation *prima facie* de l'art. 23?

[23] Deuxièmement, la procédure adoptée par le juge saisi de la requête pour gérer l'instance était-elle inéquitable sur le plan procédural?

IV. Analyse

A. *Équivalence au sens de l'art. 23 de la Charte*

(1) Principes de base et interprétation de l'art. 23

[24] L'article 23 de la *Charte* garantit aux titulaires de droits linguistiques minoritaires le droit de faire instruire leurs enfants en français ou en anglais, selon le cas :

23. (1) Les citoyens canadiens :

a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,

(b) who have received their primary school instruction in Canada in English or French and reside in a province where the language in which they received that instruction is the language of the English or French linguistic minority population of the province,

have the right to have their children receive primary and secondary school instruction in that language in that province.

(2) Citizens of Canada of whom any child has received or is receiving primary or secondary school instruction in English or French in Canada, have the right to have all their children receive primary and secondary school instruction in the same language.

(3) The right of citizens of Canada under subsections (1) and (2) to have their children receive primary and secondary school instruction in the language of the English or French linguistic minority population of a province

(a) applies wherever in the province the number of children of citizens who have such a right is sufficient to warrant the provision to them out of public funds of minority language instruction; and

(b) includes, where the number of those children so warrants, the right to have them receive that instruction in minority language educational facilities provided out of public funds.

[25] Section 23 is a remedial right that differs from many other *Charter* rights. The provision is an important marker of Canada's commitment to bilingualism, and to the bicultural founding character of this country. It imposes a constitutional duty on the provinces and territories to provide minority language education to children of s. 23 rights holders where numbers warrant. This commitment sets Canada apart among nations, as Justice Vickers of the Supreme Court of British Columbia explained in *Assn. des Parents Francophones*:

From its genesis, Canada brings to the world a unique history and culture of cooperation and tolerance. It is rooted in the commitment of French and English people, who had earlier been separated by geography, a history of divisive disputes, language and culture, to live together, to

b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,

ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.

(2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.

(3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes (1) et (2) de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province :

a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité;

b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics.

[25] Le droit réparateur conféré par l'art. 23 diffère de bien d'autres droits reconnus par la *Charte*. Il s'agit d'une balise importante de l'engagement du Canada envers le bilinguisme et le biculturalisme, élément fondateur de notre pays. Il impose aux provinces et aux territoires l'obligation constitutionnelle de fournir un enseignement dans la langue de la minorité aux enfants des titulaires des droits garantis par l'art. 23 lorsque le nombre le justifie. Cet engagement distingue le Canada des autres pays, comme le juge Vickers, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, l'a expliqué dans *Assn. des Parents Francophones* :

[TRADUCTION] Depuis sa création, le Canada apporte au monde entier une histoire et une culture qui lui sont propres en matière de collaboration et de tolérance. Ces valeurs sont ancrées dans l'engagement des Français et des Anglais — que la géographie, un passé marqué par la

work together and to share the resources of a new nation. Section 23 restates a fundamental part of that commitment relating to language and culture and acknowledges the vision and faith of our nation's pioneers. Our distinct place in the world's family of nations is dependent on governments honouring the commitment entered into more than two centuries ago which has been reaffirmed by this generation of Canadians through the enactment of particular provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. [para. 24]

[26] Section 23 is concerned with the preservation of culture as well as language. As the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism noted, “[l]anguage and culture are not synonymous, but the vitality of the language is a necessary condition for the complete preservation of a culture” (*Report of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism*, Book II, *Education* (1968), at p. 8). As this Court noted in *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, at p. 362, “any broad guarantee of language rights, especially in the context of education, cannot be separated from a concern for the culture associated with the language. Language is more than a mere means of communication, it is part and parcel of the identity and culture of the people speaking it”: see also M. Bastarache, “Education Rights of Provincial Official Language Minorities (Section 23)”, in G.-A. Beaudoin and E. Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed. 1989), 687, at p. 695.

[27] Section 23 was designed to correct and prevent the erosion of official language minority groups so as to give effect to the equal partnership of Canada's two official language groups in the context of education: *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, 2000 SCC 1, [2000] 1 S.C.R. 3, at para. 26; *Mahe*, at p. 364. Minority language education is crucial to the maintenance of that partnership:

For a minority group, equal partnership means the possibility of preserving its linguistic and cultural identity. . . . The gradual loss of the mother tongue is inevitable without

discord, la langue et la culture avaient autrefois séparés — à vivre ensemble, à travailler ensemble et à partager les ressources d'une nouvelle nation. L'article 23 reprend un élément fondamental de cet engagement en ce qui concerne la langue et la culture et reconnaît la vision et la confiance des bâtisseurs de notre nation. La place distincte qu'occupe le Canada dans le concert des nations du monde dépend du respect par les gouvernements de l'engagement conclu il y a plus de deux siècles et qui a été confirmé par la génération actuelle de Canadiens par l'adoption de dispositions particulières de la *Charte canadienne des droits et libertés*. [par. 24]

[26] L'article 23 vise la préservation de la culture et de la langue. Comme l'a souligné la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, « langue et culture ne sont pas synonymes, mais le dynamisme de la première est indispensable à la préservation intégrale de la seconde » (*Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, Livre II, *L'éducation* (1968), p. 8). Ainsi que notre Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 362, « toute garantie générale de droits linguistiques, surtout dans le domaine de l'éducation, est indissociable d'une préoccupation à l'égard de la culture véhiculée par la langue en question. Une langue est plus qu'un simple moyen de communication; elle fait partie intégrante de l'identité et de la culture du peuple qui la parle » : voir aussi M. Bastarache, « Les droits scolaires des minorités linguistiques provinciales : l'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés », dans G.-A. Beaudoin et E. Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (2^e éd. 1989), 757, p. 766.

[27] L'article 23 avait pour objet de remédier à l'érosion de groupes minoritaires de langue officielle ou d'empêcher cette érosion de manière à faire des deux groupes linguistiques officiels du Canada des partenaires égaux dans le domaine de l'éducation : *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, 2000 CSC 1, [2000] 1 R.C.S. 3, par. 26; *Mahe*, p. 364. L'éducation dans la langue de la minorité est primordiale pour assurer le maintien de ce partenariat :

Le principe d'égalité comporte, pour un groupe minoritaire, la possibilité de maintenir son identité linguistique et culturelle. [. . .] La perte progressive de la

some institution to give formal instruction in the language and to enhance its prestige by according it some social recognition. At the same time, minority-language schools can adapt the curriculum to stress the cultural heritage of the minority group. [*Report of the Royal Commission*, at pp. 8-9]

Indeed, in minority language communities, schools are a primary instrument of linguistic, and thus cultural, transmission: *Mahe*, at pp. 362-63. In many such communities, demographic changes and the shifting role of religious establishments have turned local minority language schools into vital community centres (M. Power and P. Foucher, “Language Rights and Education”, in G.-A. Beaudoin and E. Mendes, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (4th ed. 2005), 1095, at pp. 1100-1101).

[28] One distinctive feature of s. 23 is that it is particularly vulnerable to government inaction or delay. Delay in implementing this entitlement or in addressing s. 23 violations can result in assimilation and can undermine access to the right itself. As this Court has noted before, for every school year that governments do not meet their obligations under s. 23, there is an increased likelihood of assimilation and cultural erosion (*Doucet-Boudreau*, at para. 29). Left neglected, the right to minority language education could be lost altogether in a given community. Thus, there is a critical need both for vigilant implementation of s. 23 rights, and for timely compliance in remedying violations.

(2) “Numbers Warrant” and the “Sliding Scale” of Section 23 Rights

[29] The s. 23 right to equivalent educational facilities for minority language rights holders where numbers warrant provides a means to counteract the assimilation that occurs when the children of rights holders attend majority language schools. In

langue maternelle sera alors inévitable, sans la présence d’établissements qui en fassent le véhicule de l’instruction et rehaussent son prestige d’une sorte de reconnaissance sociale. Dans les écoles de la minorité de langue officielle, il est possible d’adapter le programme de façon à mettre en relief son patrimoine culturel. [*Rapport de la Commission royale*, p. 9]

En effet, dans les communautés linguistiques minoritaires, les écoles sont un instrument primaire de transmission de la langue et, donc, de la culture : *Mahe*, p. 362-363. Dans bon nombre de ces communautés, les changements démographiques et l’évolution du rôle des établissements religieux ont fait des écoles locales de la minorité linguistique des centres communautaires essentiels (M. Power et P. Foucher, « Language Rights and Education », dans G.-A. Beaudoin et E. Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (4^e éd. 2005), 1095, p. 1100-1101).

[28] L’un des traits distinctifs de l’art. 23 est qu’il est particulièrement vulnérable à l’inaction ou aux atermoiements des gouvernements. Le fait de tarder à mettre en œuvre le droit accordé par cet article ou de remédier aux violations de celui-ci peut entraîner l’assimilation et gêner l’exercice du droit lui-même. Comme la Cour l’a déjà indiqué, le risque d’assimilation et d’érosion culturelle augmente avec les années scolaires qui s’écoulent sans que les gouvernements respectent les obligations que leur impose l’art. 23 (*Doucet-Boudreau*, par. 29). Laissé à lui-même, le droit à l’enseignement dans la langue de la minorité risque de disparaître entièrement dans une collectivité donnée. Par conséquent, il est essentiel de veiller à mettre en œuvre avec vigilance les droits reconnus par l’art. 23 et de remédier à temps aux violations.

(2) Les critères relatifs aux droits garantis par l’art. 23 : « la justification par le nombre » et « l’échelle variable »

[29] Le droit à des établissements d’enseignement de qualité équivalente à ceux de la majorité que confère l’art. 23 aux titulaires de droits linguistiques minoritaires quand le nombre d’enfants le justifie constitue un moyen de contrer l’assimilation qui se

Mahe, this Court explained that s. 23 guaranteed a “sliding scale” of minority language education rights (p. 366). At the upper limit of the sliding scale, numbers will warrant the provision of the highest level of services to the minority language community. In such cases, rights holders are entitled to full educational facilities that are distinct from, and equivalent to, those found in the schools of the majority language group (*Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839, at pp. 854-55; *Mahe*, at p. 378). These facilities must be accessible and, where possible, located in the community where the children reside (*Arsenault-Cameron*, at para. 56). The upper threshold of the sliding scale can include separate minority language school boards (*Mahe*, at p. 374).

[30] In *Mahe*, this Court held that costs and practicalities are relevant to the determination of where, on the sliding scale of s. 23 rights, a given minority language community falls, although pedagogical concerns will generally assume more weight (pp. 384-85). Once it is determined that the number of children mandates the highest level of services, s. 23 requires that the quality of services be substantively equivalent to that offered to the majority language students. It is also imperative that minority language parents possess a measure of management and control over the educational facilities in which their children are taught (pp. 371-72). This management and control is vital to ensuring that the minority language and culture flourish in the educational setting.

[31] As this Court noted in *Mahe*, “it should be self-evident that in situations where the [highest] degree of management and control is warranted the quality of education provided to the minority should in principle be on a basis of equality with the majority” (p. 378). That being said, the education provided need not be identical. Section 23 is not meant

produit quand les enfants de ces titulaires de droits fréquentent les écoles de la majorité linguistique. Dans l’arrêt *Mahe*, la Cour a expliqué que l’art. 23 garantissait une « échelle variable » de droits à l’instruction dans la langue de la minorité (p. 366). À la limite supérieure de l’échelle variable, le nombre justifie la fourniture du plus haut niveau de services à la communauté linguistique minoritaire. Dans un tel cas, les titulaires de droits doivent bénéficier d’établissements d’enseignement complets, distincts de ceux offerts à la majorité linguistique, mais de qualité équivalente (*Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839, p. 854-855; *Mahe*, p. 378). Ces établissements doivent être accessibles et situés, si possible, dans la collectivité où habitent les enfants (*Arsenault-Cameron*, par. 56). Le niveau supérieur de l’échelle variable prévoit la création de conseils scolaires séparés pour la minorité linguistique (*Mahe*, p. 374).

[30] Dans l’arrêt *Mahe*, la Cour a conclu que les coûts et les considérations pratiques sont pertinents pour déterminer où se situe, sur l’échelle variable des droits prévus à l’art. 23, une communauté linguistique minoritaire donnée, même si les considérations pédagogiques ont généralement plus de poids (p. 384-385). Une fois qu’il est établi que le nombre d’enfants commande le plus haut niveau de services, l’art. 23 exige que la qualité des services soit essentiellement équivalente à celle des services offerts aux élèves de la majorité linguistique. Il est également impératif que les parents de la minorité linguistique aient un certain degré de gestion et de contrôle à l’égard des établissements d’enseignement où leurs enfants se font instruire (p. 371-372). Cette gestion et ce contrôle sont vitaux pour assurer l’épanouissement de la langue et de la culture minoritaires en milieu scolaire.

[31] Comme la Cour l’a fait remarquer dans l’arrêt *Mahe*, « il va de soi que, dans les situations où le degré [le plus élevé] de gestion et de contrôle [. . .] est justifié, la qualité de l’éducation donnée à la minorité devrait en principe être égale à celle de l’éducation dispensée à la majorité » (p. 378). Par contre, il n’est pas nécessaire que l’enseignement offert soit

to adopt a formal vision of equality that would focus on treating the majority and minority official language groups alike. In *Arsenault-Cameron*, this Court cautioned against applying to a s. 23 analysis the accessibility and pedagogy standards that apply to the majority language group, given the importance of s. 23 rights to the flourishing and preservation of the minority language and culture (paras. 39-40 and 49-51).

(3) What Is the Test for Equivalence?

[32] As noted above, a central aim of s. 23 is “to correct, on a national scale, the historically progressive erosion of official language groups”: *Arsenault-Cameron*, at para. 26; see also *Mahe*, at p. 364. Because of the remedial nature of s. 23, and the specific challenges relating to the protection of minority language and culture and the prevention of assimilation, equivalence in the context of s. 23 may mean something other than formal equivalence.

[33] The focus in giving effect to s. 23 rights, then, should be on substantive equivalence, not on *per capita* costs and other markers of formal equivalence. In the present case, there is evidence that the CSF receives a 15% premium in its operational funding from the Province, as compared to other school boards in the province. Given economies of scale, higher *per capita* costs for a minority language board or school are not unexpected (*Mahe*, at p. 378). However, there is no particular *per capita* number that will satisfy the requirements of s. 23 in any given instance. Rather, what is paramount is that the educational experience of the children of s. 23 rights holders at the upper end of the sliding scale be of meaningfully similar quality to the educational experience of majority language students. As this Court noted in *Arsenault-Cameron*, “[s]ection 23 is premised on the fact that substantive equality requires that official language minorities be treated differently, if necessary, according to their particular circumstances and needs, in order to provide them

identique. L’article 23 n’a pas pour objet l’adoption d’une conception formelle de l’égalité qui viserait principalement à traiter de la même façon les groupes majoritaires et minoritaires de langue officielle. Dans *Arsenault-Cameron*, la Cour a mis en garde contre l’application, dans une analyse fondée sur l’art. 23, des normes d’accessibilité et de pédagogie visant la majorité linguistique, vu l’importance des droits prévus à l’art. 23 pour l’épanouissement et la préservation de la langue et de la culture de la minorité (par. 39-40 et 49-51).

(3) Quel est le critère d’équivalence?

[32] Comme je l’ai déjà indiqué, l’art. 23 vise principalement « à remédier, à l’échelle nationale, à l’érosion historique progressive de groupes de langue officielle » : *Arsenault-Cameron*, par. 26; voir aussi *Mahe*, p. 364. Vu la nature réparatrice de l’art. 23 et les défis particuliers à relever pour protéger la langue et la culture de la minorité et prévenir l’assimilation, l’équivalence, dans le contexte de l’art. 23, peut vouloir dire autre chose que l’équivalence formelle.

[33] Pour donner effet aux droits garantis par l’art. 23, l’accent devrait alors être mis sur l’équivalence réelle plutôt que sur les coûts par personne et les autres indicateurs d’équivalence formelle. En l’espèce, la preuve indique que le CSF touche une prime de 15 pour 100 dans le cadre du financement opérationnel qu’il reçoit de la Province, comparativement aux autres conseils scolaires de la province. Vu les économies d’échelle, il n’est pas étonnant que les coûts par personne soient plus élevés pour un conseil scolaire ou une école de la minorité linguistique (*Mahe*, p. 378). Cependant, aucune somme précise par personne ne pourra satisfaire aux exigences de l’art. 23 dans un cas donné. En revanche, ce qui est primordial, c’est que l’expérience éducative des enfants de titulaires des droits garantis par l’art. 23 à la limite supérieure de l’échelle variable soit de qualité réellement semblable à l’expérience éducative des élèves de la majorité linguistique. Comme la Cour l’a fait remarquer dans l’arrêt *Arsenault-Cameron*, « [l]’article 23 repose sur la

with a standard of education equivalent to that of the official language majority” (para. 31).

(a) *What Analytical Perspective Is Relevant in Assessing Equivalence?*

[34] The first step in any s. 23 analysis is to determine the entitlement of the parents, who are the holders of the right. This requires assessing what level of service the number of rights holders in a given community warrants. In the present case, a court has previously determined, and the parties accept, that numbers warrant the highest level of French-language educational instruction and facilities, which necessarily includes an element of management and control for the rights holders. This being established, the issue in this case is how to determine whether the Parents have, in fact, been provided the substantive equivalence to which they are entitled.

[35] When assessing equivalence, a purposive approach requires a court to consider the educational choices available from the perspective of s. 23 rights holders. Would reasonable rights-holder parents be deterred from sending their children to a minority language school because it is meaningfully inferior to an available majority language school? If so, the purpose of this remedial provision is threatened. If the educational experience, viewed globally, is sufficiently superior in the majority language schools, that fact could undermine the parents’ desire to have their children educated in the minority language, and thus could lead to assimilation. The inquiry into equivalence should thus focus on comparisons that would adversely affect the realization of the rights under s. 23 of the *Charter*.

prémisse que l’égalité réelle exige que les minorités de langue officielle soient traitées différemment, si nécessaire, suivant leur situation et leurs besoins particuliers, afin de leur assurer un niveau d’éducation équivalent à celui de la majorité de langue officielle » (par. 31).

a) *Quelle perspective analytique est pertinente lorsqu’il s’agit d’évaluer l’équivalence?*

[34] La première étape de toute analyse fondée sur l’art. 23 consiste à déterminer ce dont doivent bénéficier les parents titulaires du droit. Il faut pour cela établir le niveau de services que justifie leur nombre dans une collectivité donnée. En l’espèce, un tribunal a déjà décidé, et les parties conviennent, que le nombre justifie le plus haut niveau d’instruction et d’établissements d’enseignement en langue française, ce qui suppose nécessairement un élément de gestion et de contrôle pour les titulaires de droits. Cela étant établi, il s’agit en l’espèce de savoir comment déterminer si les Parents bénéficient effectivement de l’équivalence réelle à laquelle ils ont droit.

[35] Dans l’évaluation de l’équivalence, la méthode téléologique exige du tribunal qu’il tienne compte des choix offerts en matière d’éducation du point de vue des titulaires des droits garantis à l’art. 23. Des parents raisonnables qui détiennent ces droits seraient-ils dissuadés d’envoyer leurs enfants dans une école de la minorité linguistique parce que l’école est véritablement inférieure à une école de la majorité linguistique où ils peuvent les inscrire? Dans l’affirmative, l’objet de cette disposition réparatrice est menacé. Si l’expérience éducative, prise globalement, est suffisamment supérieure dans les écoles de la majorité linguistique, ce fait pourrait affaiblir la volonté des parents de faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité, ce qui, du coup, risque d’entraîner l’assimilation. L’analyse de l’équivalence doit donc être axée sur des comparaisons susceptibles de compromettre l’exercice des droits garantis par l’art. 23 de la *Charte*.

(b) *What Geographic Scope Is Relevant for the Assessment of Equivalence?*

[36] As this Court has noted, both the statutory language and the purpose of s. 23 in preventing the erosion of official language minority groups require considering “wherever in the province” numbers will warrant the application of s. 23 rights (*Mahe*, at p. 386; *Arsenault-Cameron*, at paras. 56-57). For that reason, it is necessary to think locally, as the linguistic and cultural benefits of minority language education accrue to the local community.

[37] If rights holders consider which school their child should attend, or whether to withdraw their child from a minority language school, they will look to nearby majority language schools as alternatives. It follows that the comparator group that will generally be appropriate for the assessment of substantive equivalence of a minority language school will be the neighbouring majority language schools that represent a realistic alternative for rights holders. To compare the facilities of a minority language school to facilities outside of the area would not realistically capture the choice available to rights holders, who cannot send their children to a school located across the province. Of course, the precise geographic scope of the comparator group, and the relative usefulness of this sort of comparison, will vary with the circumstances (*Arsenault-Cameron*, at para. 57).

(c) *What Factors Are to Be Compared in Assessing Equivalence?*

[38] As the Province has argued, no school is likely to be considered by all parents to be equal or better than its neighbours in every respect. The comparative exercise must be alive to the varied factors that reasonable parents use to assess equivalence. The fact that a given school is deficient in one area does not mean that it lacks equivalence in an overall sense. In particular, both quality of

b) *Quelle portée géographique est pertinente pour évaluer l'équivalence?*

[36] Comme l’a précisé la Cour, le libellé de l’art. 23 et son objet consistant à prévenir l’érosion de groupes minoritaires de langue officielle exigent tous deux que l’on se demande si le nombre d’élèves « partout dans la province » justifie l’application des droits garantis par l’art. 23 (*Mahe*, p. 386; *Arsenault-Cameron*, par. 56-57). Pour cette raison, il faut avoir une vision locale puisque c’est la collectivité locale qui bénéficie des avantages linguistiques et culturels d’un enseignement dans la langue de la minorité.

[37] Si les titulaires de droits se demandent quelle école devrait fréquenter leur enfant ou s’il y a lieu de retirer leur enfant d’une école de la minorité linguistique, ils songeront aux écoles de la majorité linguistique des environs comme solutions de rechange. Ainsi, le groupe de comparaison qui conviendra généralement à l’évaluation de l’équivalence réelle d’une école de la minorité linguistique sera constitué des écoles avoisinantes de la majorité linguistique qui représentent une solution de rechange réaliste pour les titulaires de droits. Comparer les installations d’une école de la minorité linguistique à des établissements de l’extérieur du secteur ne permettrait pas de brosser un portrait réaliste des choix qui s’offrent aux titulaires de droits, qui ne peuvent pas envoyer leurs enfants à une école située à l’autre bout de la province. Bien sûr, l’étendue géographique précise du groupe de comparaison et l’utilité relative de ce genre de comparaison varient selon les circonstances (*Arsenault-Cameron*, par. 57).

c) *Quels facteurs faut-il comparer dans l'évaluation de l'équivalence?*

[38] Comme le prétend la Province, aucune école n’est susceptible d’être considérée par tous les parents comme étant égale ou supérieure, à tous égards, aux écoles voisines. Dans l’exercice de comparaison, il faut être conscient des divers facteurs dont les parents raisonnables tiennent compte pour évaluer l’équivalence. Le fait qu’une école laisse à désirer dans un domaine ne signifie pas qu’elle n’est

instruction and facilities can represent important elements of comparison. Indeed, in *Mahe*, Dickson C.J. rejected an approach that would treat instruction and facilities as “separate rights” under s. 23 of the *Charter*, rights to be associated with different numerical thresholds. He preferred instead to consider instruction and facilities together when determining the scope of the s. 23 right (p. 366). Such an approach is consistent with the purpose of s. 23. It stands to reason that the same considerations apply when comparing equivalence between minority and majority language schools. The quality of instruction and the quality of facilities may both be strong indicators of equivalence, and are properly considered together.

[39] Thus, the comparative exercise is contextual and holistic, accounting for not only physical facilities, but also quality of instruction, educational outcomes, extracurricular activities, and travel times, to name a few factors. Such an approach is similar to the way parents make decisions regarding their children’s education. Of course, the extent to which any given factor will represent a live issue in assessing equivalence will be dictated by the circumstances of each case. The relevant factors are considered together in assessing whether the overall educational experience is inferior in a way that could discourage rights holders from enrolling their children in a minority language school.

[40] As a result, the fact that a minority language school is older than nearby majority language schools is not, when viewed in isolation, enough to ground a finding of lack of equivalence. Schools can last for a long time, and older schools may have facilities that are inferior to those of newer schools. The fact that a minority language school is in the older range would not normally drive a reasonable rights-holder parent to withdraw her child from the school, particularly where other aspects of the educational experience

pas équivalente de façon générale. Plus particulièrement, la qualité de l’instruction et celle des établissements peuvent être des éléments de comparaison importants. D’ailleurs, dans l’arrêt *Mahe*, le juge en chef Dickson a rejeté une approche qui traiterait l’instruction et les établissements comme des « droits distincts » au titre de l’art. 23 de la *Charte*, et les associerait à différents seuils numériques. Il a plutôt décidé d’examiner ensemble l’instruction et les établissements au moment de déterminer la portée du droit reconnu par l’art. 23 (p. 366). Une telle approche est compatible avec l’objet de l’art. 23. Il va de soi que les mêmes considérations valent lorsqu’il s’agit de comparer les écoles de la minorité et celles de la majorité pour déterminer si elles sont équivalentes. La qualité de l’instruction et celle des établissements peuvent être de bons indicateurs d’équivalence et sont, à juste titre, examinées ensemble.

[39] Par conséquent, la comparaison est de nature contextuelle et holistique, tenant compte non seulement des installations matérielles, mais aussi de plusieurs autres facteurs, y compris la qualité de l’instruction, les résultats scolaires, les activités parascolaires et le temps de déplacement. Une telle approche s’apparente à la façon dont les parents prennent des décisions relatives à l’instruction de leurs enfants. Bien entendu, la mesure dans laquelle un facteur donné constitue une question en litige dans l’appréciation de l’équivalence est fonction des circonstances de l’affaire. On examine ensemble les facteurs pertinents pour décider si, globalement, l’expérience éducative est inférieure au point de pouvoir dissuader les titulaires de droits d’inscrire leurs enfants dans une école de la minorité linguistique.

[40] En conséquence, le fait qu’une école de la minorité linguistique soit plus vieille que les écoles de la majorité des environs n’est pas, lorsque pris isolément, suffisant pour conclure à l’absence d’équivalence. Les écoles peuvent remplir leur fonction longtemps, et il se peut que des écoles plus vieilles disposent d’installations inférieures à celles d’écoles plus récentes. L’âge avancé d’une école de la minorité linguistique ne pousserait pas, en temps normal, un parent raisonnable, titulaire de droits,

are strong. Fundamentally, the age of a school and the quality of its physical facilities are but two factors among many. There are several other compelling considerations that form part of a reasonable parent's comparison: the quality of the teachers, the curriculum, and the cultural opportunities offered by a minority language school are all relevant. The expectation is not, and cannot reasonably be, to have the "very best" of every aspect of the educational experience. As noted above, the comparative exercise is holistic.

[41] Ultimately, the focus of the assessment is the *substantive equivalence* of the educational experience. If, on balance, the experience is equivalent, the requirements of s. 23 will be met.

[42] For its part, the Province proposed a very different test for measuring equivalence under s. 23. This test would include four distinct elements. First, a court would consider the allegations of inferiority; second, it would weigh the deficiencies against the relative superiorities at the minority language school in order to determine how the two net out in their impact on assimilation; third, the court would consider the resource allocation decisions of the minority language school board and whether the deficiencies are attributable to inadequate funding; and lastly, it would weigh the extent of the assimilation attributable to the alleged inferiorities against the practicalities of the available alternatives.

[43] In my view, such a test is unnecessarily complex and rigid. Not only would it introduce unnecessary elements into the equivalence analysis, it would also require unravelling the question of responsibility for a lack of equivalence, as between the Province and the local school board, even where such an exercise provides no insight into the question of whether a given minority language school is equivalent to its majority counterparts. Such a test would also require the court to jump forward to considering possible positive remedies, under the

à retirer son enfant de l'école, surtout en présence d'autres points forts de l'expérience éducative. Essentiellement, l'âge d'une école et la qualité de ses installations matérielles ne sont que deux des multiples facteurs à considérer. Plusieurs autres considérations impératives entrent dans la comparaison à laquelle se livre un parent raisonnable : la compétence des enseignants, le programme et les occasions culturelles qu'offre une école de la minorité linguistique sont tous pertinents. Un parent ne s'attend pas, et ne saurait raisonnablement s'attendre, à ce que tous les aspects de l'expérience éducative soient les « meilleurs possible ». Comme je l'ai déjà souligné, la comparaison est de nature holistique.

[41] En fin de compte, l'évaluation est axée sur l'*équivalence réelle* de l'expérience éducative. Si, dans l'ensemble, l'expérience est équivalente, les exigences de l'art. 23 sont respectées.

[42] Pour sa part, la Province a proposé un critère très différent pour mesurer l'équivalence au titre de l'art. 23. Ce critère comprend quatre éléments distincts. Premièrement, le tribunal examine les allégations d'infériorité; deuxièmement, il soupèse les lacunes par rapport aux avantages relatifs de l'école de la minorité linguistique afin de déterminer l'incidence qu'ils ont sur l'assimilation; troisièmement, il examine les décisions en matière d'attribution de ressources du conseil scolaire de la minorité linguistique et décide si les lacunes sont imputables à un financement insuffisant; enfin, il évalue l'étendue de l'assimilation attribuable aux points faibles allégués en fonction des avantages pratiques que présentent les autres possibilités.

[43] À mon avis, un tel critère est inutilement complexe et rigide. Non seulement introduit-il des éléments inutiles dans l'analyse de l'équivalence, mais il oblige aussi à décider qui, de la Province ou du conseil scolaire local, est responsable de la non-équivalence, même si cet exercice n'est d'aucun secours pour déterminer si une école de la minorité linguistique est équivalente à ses homologues de la majorité. Ce critère obligerait également le tribunal à sauter une étape pour examiner les réparations concrètes possibles, sous prétexte d'évaluer les

guise of assessing the practicalities of the alternatives available, even where the litigants do not seek a positive remedy. For all of these reasons, I reject this approach to assessing equivalence.

(4) Is There a Role for Costs and Practicalities Within the Equivalence Test?

[44] The Court of Appeal concluded that costs and practicalities may, in some cases, play a role in the equivalence analysis. The Province takes the position that costs and practicalities are part of every entitlement-related decision under s. 23. Thus, where there is a question of upgrading facilities or constructing new facilities for a group of s. 23 rights holders, costs and practicalities will enter into the analysis of whether the existing facilities are equivalent.

[45] By contrast, the Parents and the CSF say that costs and practicalities are only relevant in the assessment of where on the sliding scale a given group of rights holders belongs. Once such a group has been determined to be entitled to the highest level of educational services anticipated by s. 23, they are entitled to services of a quality equal to those of the majority, regardless of costs or practicalities.

[46] In my view, costs and practicalities are relevant to the determination of the level of services a group of rights holders is entitled to on the sliding scale. The Province's position misconceives the nature of the equivalence analysis, and conflates entitlement and equivalence. The entitlement is to equivalent educational services. The equivalence analysis is thus a factual inquiry, not an entitlement-related decision. The "numbers warrant" analysis will have already considered costs and practicalities in determining the scope of the s. 23 rights to be afforded to the minority language group. It would undermine that analysis to consider costs and practicalities *again*, after the appropriate level of educational services has already been determined. Such an approach is neither logical nor principled. Thus,

avantages pratiques des autres possibilités, même si les parties ne cherchent pas à obtenir de réparation concrète. Pour toutes ces raisons, je rejette cette méthode d'évaluation de l'équivalence.

(4) Les coûts et les considérations pratiques ont-ils leur place dans le critère d'équivalence?

[44] La Cour d'appel a conclu que les coûts et les considérations pratiques peuvent, dans certains cas, jouer un rôle dans l'analyse de l'équivalence. La Province soutient qu'il faut tenir compte des coûts et des considérations pratiques dans chaque décision sur les droits garantis par l'art. 23. Par conséquent, lorsqu'il est question d'améliorer des installations ou d'en construire de nouvelles pour un groupe de titulaires des droits garantis par l'art. 23, les coûts et les considérations pratiques jouent dans l'examen de la question de savoir si les installations existantes sont équivalentes.

[45] En revanche, les Parents et le CSF affirment qu'il ne faut tenir compte des coûts et des considérations pratiques que pour déterminer où, sur l'échelle variable, se situe un groupe de titulaires de droits. Une fois qu'il a été établi que ce groupe a droit au plus haut niveau de services d'enseignement prévu par l'art. 23, il a le droit de recevoir des services de qualité équivalente à ceux offerts à la majorité, peu importe les coûts ou les considérations pratiques.

[46] À mon avis, les coûts et les considérations pratiques sont pertinents pour établir le niveau de services dont doit bénéficier un groupe de titulaires de droits selon l'échelle variable. La Province se méprend sur la nature de l'analyse de l'équivalence et confond le droit à des services et l'équivalence. Les titulaires ont droit à des services d'enseignement équivalents. L'analyse de l'équivalence s'attache donc aux faits, et non à la reconnaissance d'un droit. Le tribunal aura déjà examiné les coûts et les considérations pratiques dans le cadre de l'analyse de la « justification par le nombre » pour déterminer l'étendue des droits que confère l'art. 23 au groupe linguistique minoritaire. Ce serait compromettre cette analyse que d'examiner *de nouveau* les coûts et les considérations pratiques, après que le niveau

it is not appropriate for provincial or territorial governments to invoke issues of practicality or cost as part of the inquiry into the factual equivalence of minority language and majority language schools.

[47] As this Court noted in *Mahe*, costs will usually be subsumed within pedagogical needs in determining what level of services the numbers warrant (pp. 384-85). Funds allocated to minority language schools should be *at least* the same *per capita* as those allocated to majority language schools (p. 378). However, pedagogical needs will, in most cases, prevent the imposition of unrealistic financial demands on the state (p. 385). For example, it would not make sense, either from a pedagogical or a cost perspective, to establish a school for only 10 students in an urban centre. This would be true generally for educational services in either language.

[48] However, where numbers have previously been found to warrant equivalent services, for example, in earlier litigation, the “numbers warrant” analysis may become somewhat *pro forma*. Unless evidence of a numbers decline puts into question whether the community still sits at the upper end of the sliding scale, entitlement to a previously established level of instruction and facilities is unlikely to be challenged. The more useful inquiry for upper threshold rights-holder groups may be into whether they are receiving the equivalence of the educational services guaranteed to them under s. 23. Costs and practicalities will be irrelevant when considering the minimum requirements for educational equivalence.

[49] It may be that costs and practicalities again become relevant if a responsible party seeks to justify a violation of s. 23 under s. 1 of the *Charter*. As well,

approprié de services d’enseignement eut déjà été fixé. Une telle approche n’est ni logique ni fondée sur des principes. Par conséquent, il n’est pas opportun pour les gouvernements provinciaux ou territoriaux de soulever des questions liées aux considérations pratiques ou aux coûts dans le cadre de l’analyse de l’équivalence factuelle entre les écoles de la minorité linguistique et celles de la majorité linguistique.

[47] Comme la Cour l’a indiqué dans *Mahe*, les coûts sont habituellement subordonnés aux besoins pédagogiques lorsque vient le temps de déterminer le niveau de services que justifie le nombre d’élèves (p. 384-385). Les fonds affectés aux écoles de la minorité linguistique devraient être *au moins* équivalents, en proportion du nombre d’élèves, aux fonds affectés aux écoles de la majorité (p. 378). Cependant, les besoins pédagogiques permettront, dans la plupart des cas, d’éviter l’imposition à l’État de charges pécuniaires irréalistes (p. 385). Par exemple, il ne serait pas logique, tant sur le plan pédagogique que financier, d’ouvrir une école pour seulement 10 élèves dans un centre urbain. Cela vaut en général pour les services d’enseignement offerts dans l’une ou l’autre langue.

[48] Toutefois, lorsqu’il a déjà été établi, par exemple dans un litige antérieur, que le nombre justifiait la prestation de services équivalents, l’analyse de la « justification par le nombre » peut devenir en quelque sorte une question de forme. À moins que la preuve d’une baisse du nombre d’élèves amène à se demander si la communauté se situe toujours à la limite supérieure de l’échelle variable, il est peu probable que le droit à un niveau préalablement fixé d’instruction et d’établissements soit contesté. En ce qui concerne les titulaires de droits situés au niveau supérieur de l’échelle, il est peut-être plus utile de se demander s’ils reçoivent les services d’enseignement équivalents que leur garantit l’art. 23. Les coûts et les considérations pratiques ne jouent aucun rôle dans l’examen des conditions minimales d’équivalence scolaire.

[49] Il se peut que les coûts et les considérations pratiques redeviennent pertinents si une partie responsable cherche à justifier une violation de l’art. 23

costs and practicalities may be relevant where a court seeks to fashion a remedy that is “appropriate and just” in the circumstances, pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. Thus, it does not automatically follow from a finding of a s. 23 breach that rights holders will receive a new school. There is a perpetual tension in balancing competing priorities; between the availability of financial resources and the demands on the public purse. In fashioning a remedy, the court will take into account the costs and practicalities that form part of the provision of all educational services — for both majority and minority language schools. However, this issue is not before us on this appeal.

[50] To summarize, issues of costs and practicalities are considered in determining where a minority language community falls on the sliding scale of rights guaranteed under s. 23. Where the community is entitled to the highest level of educational services, on an equal footing with the majority language community, costs and practicalities will not be relevant to a determination of whether the rights holders are receiving the services to which they are entitled. It may be, however, that costs and practicalities will be relevant in attempts to justify a breach of s. 23, and in attempts to fashion an appropriate and just remedy for a breach.

B. *Application to This Appeal*

(1) Equivalence

[51] In the present case, the petition judge made a number of factual findings regarding RDV and neighbouring English-language schools. He found a number of serious inadequacies at RDV compared to English-language schools in the area. Many of these are set out at the outset of these reasons. The inadequacies at RDV are striking.

[52] The judge also determined the number of eligible students living in the catchment area to be

en vertu de l’article premier de la *Charte*. De plus, les coûts et les considérations pratiques peuvent s’avérer pertinents quand un tribunal cherche à concevoir une réparation « convenable et juste » eu égard aux circonstances en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Donc, la conclusion qu’il y a violation de l’art. 23 ne donnera pas automatiquement lieu à l’ouverture d’une nouvelle école pour les titulaires de droits. Il existe un tiraillement constant dans la conciliation de priorités concurrentes, entre la disponibilité de moyens financiers et les pressions exercées sur le trésor public. Pour concevoir une réparation, le tribunal tient compte des coûts et des considérations pratiques qui font partie de la prestation de tous les services d’enseignement — tant pour les écoles de la majorité linguistique que pour celles de la minorité. Nous ne sommes toutefois pas saisis de cette question en l’espèce.

[50] En résumé, on tient compte des coûts et des considérations pratiques pour déterminer où se situe une communauté linguistique minoritaire sur l’échelle variable des droits garantis par l’art. 23. Si cette communauté a droit au plus haut niveau de services d’enseignement, au même titre que la communauté majoritaire, il n’est pas nécessaire de tenir compte des coûts et considérations pratiques pour décider si les titulaires des droits reçoivent les services auxquels ils ont droit. Il peut toutefois arriver que les coûts et les considérations pratiques s’avèrent pertinents lorsqu’on tente de justifier une violation de l’art. 23 ou de concevoir une réparation convenable et juste par suite d’une violation.

B. *Application en l’espèce*

(1) Équivalence

[51] En l’espèce, le juge saisi de la requête a tiré un certain nombre de conclusions de fait en ce qui concerne RDV et les écoles de langue anglaise des environs. Il a relevé plusieurs lacunes graves à RDV, comparativement aux écoles de langue anglaise du secteur. Bon nombre de ces lacunes sont exposées au début des présents motifs et elles sont frappantes.

[52] Le juge a aussi déterminé qu’au moins 710 élèves admissibles habitaient le secteur desservi

at least 710, and found that the Francophone population in the relevant area warrants the provision of elementary school facilities capable of accommodating approximately 500 students. As of 2011, 344 students were enrolled at RDV, while the school has an operating capacity of only 199 students. There is both overcrowding and unmet demand at RDV.

[53] As already mentioned, in 1996, the Supreme Court of British Columbia found that the number of children of rights holders in the geographic area of Vancouver/Lower Mainland and Victoria warranted the maximum level of management and control contemplated under s. 23 of the *Charter*: see *Assn. des Parents Francophones*. As of 1996, the minority language community in Vancouver and Victoria was of sufficient numbers to be entitled to the highest threshold of educational services anticipated by the sliding scale: there were 8,725 eligible children in 1991 (paras. 44 and 53). There was no suggestion in this appeal that today's numbers are any less compelling. It remains clear that the number of rights holders living west of Main Street in Vancouver warrants the highest level of services, and thus educational equivalence with nearby English-language schools.

[54] The petition judge applied the correct test to assess equivalence. In his reasons, he described the test to be applied as follows:

I am of the opinion that in measuring equivalence I should look primarily to factors that influence parental enrollment decisions. I should look to evidence of the aesthetic qualities of the facilities and their structural integrity as well as evidence of academic outcomes. The principal objective of avoiding linguistic assimilation should be borne in mind. [2012 BCSC 1614, at para. 135]

It is clear that the judge understood that both facilities and academics are relevant. With respect to academics, he held that to the extent that academic results contribute to enrollment, they must be considered but do not constitute a substitute for a comprehensive measure of equivalence. In the present

par RDV et a conclu que la population francophone du secteur justifiait la fourniture d'établissements d'enseignement primaire pouvant accueillir environ 500 élèves. En 2011, 344 élèves étaient inscrits à RDV, alors que la capacité opérationnelle de l'école n'est que de 199 élèves. Non seulement RDV est surpeuplée, mais elle ne satisfait pas à la demande.

[53] Comme je l'ai déjà mentionné, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu en 1996 que le nombre d'enfants de titulaires de droits dans la région de Vancouver et du Lower Mainland et dans celle de Victoria justifiait le niveau maximum de gestion et de contrôle prévu par l'art. 23 de la *Charte* : voir *Assn. des Parents Francophones*. En 1996, la communauté linguistique minoritaire de Vancouver et de Victoria comptait un nombre suffisant de membres pour que ceux-ci aient droit au plus haut niveau de services d'enseignement prévu par l'échelle variable : on recensait 8 725 enfants admissibles en 1991 (par. 44 et 53). Nul n'a laissé entendre dans le présent pourvoi que les chiffres actuels sont moins frappants. Il demeure évident que le nombre de titulaires de droits habitant à l'ouest de la rue Main à Vancouver justifie le plus haut niveau de services et, par conséquent, la fourniture d'établissements d'enseignement équivalents aux écoles de langue anglaise des environs.

[54] Le juge saisi de la requête a appliqué le bon critère pour évaluer l'équivalence. Dans ses motifs, il a ainsi décrit le critère à appliquer :

[TRADUCTION] J'estime que, pour mesurer l'équivalence, il me faut examiner principalement les facteurs qui influent sur la décision des parents d'inscrire leur enfant dans une école. Je dois examiner la preuve des qualités esthétiques des établissements et leur intégrité structurale, ainsi que la preuve des résultats scolaires. Il faut garder à l'esprit le principal objectif d'éviter l'assimilation linguistique. [2012 BCSC 1614, par. 135]

Le juge savait manifestement que les établissements et les résultats scolaires sont tous deux pertinents. En ce qui concerne les résultats scolaires, il a conclu que ceux-ci doivent être pris en considération dans la mesure où ils contribuent à l'inscription, mais qu'ils ne se substituent pas à une mesure complète

case, the judge noted: “[T]he parents and the CSF do not challenge the government’s position that academic results are reasonably good. Parents are satisfied with the quality of the instruction their children are receiving” (para. 138).

[55] The judge compared RDV to the English-language schools in the relevant catchment area in Vancouver. In the circumstances, this represents an appropriate geographic scope for the assessment of equivalence.

[56] After reviewing the evidence, the judge concluded that RDV was not equivalent to the majority language schools in the area, stating:

I am prepared . . . given the evidence with respect to the facilities afforded to students at Rose-des-vents, to say that long travel times in this case are clearly not offset by superior facilities or programs, and that together with inadequate facilities, long travel times act as a disincentive to enrolment, preserve the *status quo*, and defeat the purposes of s. 23 of the *Charter*. . . . What can be said on the evidence is that, collectively, the facilities, including transportation facilities, afforded to the children of rights-holders in the City of Vancouver west of Main Street are presently inadequate to meet the standard of equivalence required to satisfy the constitutional guarantee established by s. 23. [para. 157]

[57] The judge comprehensively and holistically assessed the relevant factors. He noted the high quality of instruction and good academic outcomes. However, in the determination of overall substantive equivalence, he concluded that the programs offered at RDV were not *so* superior as to offset its inadequate facilities, overcrowding and long travel times. In his opinion, the disparity between the minority and majority language schools was such as to limit enrolment and contribute to assimilation. I can see no error in principle in his analysis.

de l’équivalence. En l’espèce, il a souligné ce qui suit : [TRADUCTION] « [L]es parents et le CSF ne contestent pas la position du gouvernement selon laquelle les résultats scolaires sont assez bons. Les parents sont satisfaits de la qualité de l’instruction que reçoivent leurs enfants » (par. 138).

[55] Le juge a comparé RDV aux écoles de langue anglaise du secteur concerné de Vancouver. Dans les circonstances, il s’agit là d’une étendue géographique qui convient pour évaluer l’équivalence.

[56] Après avoir examiné la preuve, le juge a conclu que RDV n’équivalait pas aux écoles de la majorité linguistique du secteur :

[TRADUCTION] Je suis [. . .] prêt à dire, vu la preuve concernant les installations fournies aux élèves de Rose-des-vents, que les longs déplacements ne sont, en l’espèce, clairement pas contrebalancés par des installations ou des programmes de qualité supérieure et que, conjugués à des établissements inadéquats, ces longs déplacements dissuadent les parents d’inscrire leurs enfants, maintiennent le statu quo et vont à l’encontre des objets de l’art. 23 de la *Charte*. [. . .] Ce que la preuve permet d’affirmer, c’est que, collectivement, les établissements et les services de transport offerts aux enfants des titulaires de droits de la ville de Vancouver habitant à l’ouest de la rue Main ne permettent pas de satisfaire à la norme d’équivalence nécessaire pour respecter la garantie constitutionnelle établie par l’art. 23. [par. 157]

[57] Le juge a évalué les facteurs pertinents de façon exhaustive et holistique. Il a souligné la grande qualité de l’instruction et les bons résultats scolaires. Toutefois, au moment d’établir l’équivalence réelle globale, il a conclu que les programmes offerts à RDV n’étaient pas de qualité *suffisante* pour pallier le caractère inadéquat de ses installations, la surpopulation et les longs déplacements. Selon lui, l’écart entre les écoles de la minorité linguistique et celles de la majorité était tel qu’il avait pour effet de limiter l’inscription et de contribuer à l’assimilation. Je ne relève aucune erreur de principe dans son analyse.

(2) The Declaration

[58] At the end of the first phase of the proceedings, the petition judge issued a declaration that the rights holders in the designated area “are not being provided the minority language educational facilities guaranteed to them by s. 23” (2012 BCSC 1614, at para. 160).

[59] The Province argues that a court cannot make a finding that a group of s. 23 rights holders is not receiving what they are entitled to without first determining responsibility. In its view, a finding that a minority language school lacks equivalence does not equal a finding of a s. 23 breach.

[60] The Parents disagree. They characterize the judge’s conclusion as a finding of a s. 23 breach, albeit one that does not assign responsibility for that breach. The Parents are of the view that a declaration alone could be sufficient to facilitate a resolution to the situation. Section 1 has not been pleaded and has not been extensively argued up to this point in the proceedings.

[61] In my view, the judge’s declaration in this case constitutes a limited, or *prima facie*, declaration of a breach of s. 23. In these circumstances, where the children of s. 23 rights holders are entitled to an educational experience equivalent to that of majority language children, there is no difference between a finding of a lack of equivalence and a finding that the rights holders have not received the services to which they are entitled under s. 23. In effect, unless the absence of equivalence can be justified under s. 1, it is a violation of the claimants’ *Charter* rights. Put differently, what else could save a breach, other than justification of the failure to provide equivalent services or to allocate sufficient resources? However, since responsibility for the breach has not yet been assigned — and leaving open the possibility that the responsible party or parties may seek to justify the breach — it cannot be said that the judge’s declaration constitutes a complete finding of a *Charter* violation. Indeed, the judge’s

(2) Le jugement déclaratoire

[58] À l’issue de la première étape de l’instance, le juge saisi de la requête a prononcé un jugement déclaratoire selon lequel les titulaires de droits du secteur désigné [TRADUCTION] « ne bénéficient pas des établissements d’enseignement dans la langue de la minorité qui leur sont garantis par l’art. 23 » (2012 BCSC 1614, par. 160).

[59] Selon la Province, un tribunal ne peut pas conclure qu’un groupe de titulaires des droits garantis par l’art. 23 ne reçoit pas les services auxquels il a droit si la question de la responsabilité n’a pas été tranchée. À son avis, la conclusion qu’une école de la minorité linguistique n’est pas équivalente n’équivaut pas à une conclusion selon laquelle il y a violation de l’art. 23.

[60] Les Parents ne sont pas de cet avis. Pour eux, la conclusion du juge en est une suivant laquelle il y a violation de l’art. 23, mais où le juge n’en attribue pas la responsabilité. Les Parents estiment qu’un jugement déclaratoire pourrait suffire à lui seul pour faciliter le règlement de la situation. L’article premier n’a pas été invoqué et n’a pas été longuement débattu jusqu’à maintenant dans l’instance.

[61] À mon avis, le jugement déclaratoire prononcé par le juge en l’espèce constitue une déclaration limitée, ou faite à première vue, de violation de l’art. 23. Dans ces circonstances, où les enfants de titulaires des droits garantis par l’art. 23 ont droit à une expérience éducative équivalente à celle des enfants de la majorité, il n’y a aucune différence entre une conclusion d’absence d’équivalence et une conclusion selon laquelle les titulaires de droits n’ont pas reçu les services auxquels ils ont droit en vertu de l’art. 23. En fait, à moins qu’elle puisse être justifiée au sens de l’article premier, l’absence d’équivalence viole les droits garantis aux demandeurs par la *Charte*. Autrement dit, par quel autre moyen pourrait-on valider une violation, si ce n’est qu’en justifiant l’omission de fournir des services équivalents ou d’allouer suffisamment de ressources? Cependant, puisqu’aucune responsabilité n’a encore été attribuée pour cette violation — et qu’il demeure possible que la ou les parties

careful phrasing of his declaration indicates that he was alive to these complexities.

[62] Establishing responsibility for the breach may be relevant to crafting an appropriate remedy, should one be necessary. Even if the CSF was found, at a later phase of the proceedings, to be the sole party responsible for the absence of equivalence, such a finding would not undermine the judge’s declaration at the conclusion of the first phase. The *Charter* binds both the Province and the CSF: see *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, at para. 22. Provinces have mechanisms for overseeing good governance by school boards. Even if the CSF were found solely responsible for the breach, restoring and maintaining educational equivalence at RDV may require action and expenditure on the part of both the CSF and the Province.

[63] In summary, the judge’s declaration regarding the lack of s. 23 equivalence represents the equivalent of a declaration of a *prima facie* breach of s. 23, subject to the future determination of responsibility, justification for the breach (if applicable), and positive remedy.

(3) The Effect of the Declaration

[64] As of this stage of the proceedings, any positive remedy remains outstanding. The petition judge gave no specific direction to the Province or to the CSF.

[65] That said, there is a tradition in Canada of state actors taking *Charter* declarations seriously: see, e.g., P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 40-37. As this Court noted in *Doucet-Boudreau*, “[t]he assumption underlying this

responsables tentent de la justifier — on ne peut affirmer que le jugement déclaratoire rendu par le juge constitue une conclusion complète selon laquelle il y a violation de la *Charte*. D’ailleurs, le fait que le juge a soigneusement formulé son jugement déclaratoire indique qu’il était conscient de ces difficultés.

[62] Il peut être pertinent d’établir qui est responsable de la violation pour concevoir une réparation convenable s’il est nécessaire d’en accorder une. Même s’il était conclu à une étape ultérieure de l’instance que le CSF est la seule partie responsable de l’absence d’équivalence, cette conclusion ne compromettrait pas le jugement déclaratoire prononcé par le juge au terme de la première étape. La *Charte* lie à la fois la Province et le CSF : voir *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 22. Les provinces ont à leur disposition des mécanismes qui leur permettent de voir à la bonne gouvernance des conseils scolaires. Même si l’on attribuait seulement au CSF la responsabilité de la violation, le CSF et la Province pourraient devoir agir et engager certaines dépenses pour atteindre et maintenir l’équivalence scolaire à RDV.

[63] En résumé, le jugement déclaratoire du juge selon lequel les titulaires des droits n’ont pas bénéficié de l’équivalence accordée par l’art. 23 équivaut à une déclaration portant qu’il y a, à première vue, violation de l’art. 23, sous réserve de l’établissement futur de la responsabilité, d’une justification de la violation (s’il y a lieu) et d’une réparation concrète.

(3) L’effet du jugement déclaratoire

[64] À ce stade de l’instance, aucune réparation concrète n’a encore été accordée. Le juge saisi de la requête n’a donné aucune directive précise à la Province ou au CSF.

[65] Cela dit, la tradition au Canada veut que les représentants de l’État prennent au sérieux les jugements déclaratoires fondés sur la *Charte* : voir, p. ex., P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 40-37. Comme l’a fait remarquer

choice of remedy is that governments will comply with the declaration promptly and fully” (para. 62). Indeed, this represents one reason why courts often choose to issue declarations in the context of s. 23 (M. Doucet, “L’article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*” (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 421, at pp. 462-63).

[66] The Parents hope that as a result of this declaration, the main actors implicated — the Province and the CSF — will recognize the need to promptly address the inadequate facilities at RDV. They hope that there is no need to await the outcome of the province-wide litigation, or any subsequent phase of this litigation.

[67] The declaratory relief granted by the judge at the conclusion of the first phase of litigation defers to the parties, allowing them to determine among themselves the best course of action to remedy the lack of equivalence (see *Mahe*, at pp. 392-93). To the extent that there are disputes between a provincial ministry of education and a minority language school board over how best to ensure compliance with the requirements of s. 23, these disputes should be worked out between those parties whenever possible. While parents may have representation on school boards, and thus have a degree of input over school board priorities, school boards are also governmental actors. It does not play to the institutional strength of courts to have judges participate deeply in operational questions, such as detailed decisions surrounding the construction of a new school facility. In the face of competing resource demands and the imperfect realities of day-to-day management of an education system, s. 23 of the *Charter* requires good faith on the part of all interested parties to ensure substantive equivalence for rights holders.

[68] As this Court noted in *Doucet-Boudreau*, “[f]or every school year that governments do not

la Cour dans l’arrêt *Doucet-Boudreau*, « [e]n choisissant ce type de réparation, on tient pour acquis que le gouvernement en question se conformera rapidement et entièrement au jugement rendu » (par. 62). C’est d’ailleurs une des raisons pour lesquelles les tribunaux choisissent souvent de rendre des jugements déclaratoires dans le contexte de l’art. 23 (M. Doucet, « L’article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 421, p. 462-463).

[66] Les Parents espèrent qu’à la suite de ce jugement déclaratoire, les principaux acteurs — la Province et le CSF — reconnaîtront la nécessité de s’occuper sans délai des installations inadéquates de RDV. Ils espèrent qu’ils n’auront pas à attendre l’issue du litige provincial, ou de toute autre étape subséquente de la présente instance.

[67] Dans son jugement déclaratoire rendu au terme de la première étape, le juge s’en remet aux parties en leur permettant de choisir elles-mêmes la meilleure façon de procéder pour remédier à l’absence d’équivalence (voir *Mahe*, p. 392-393). Lorsqu’un ministère provincial de l’éducation et un conseil scolaire de la minorité linguistique ne s’entendent pas sur la meilleure façon d’assurer le respect des exigences de l’art. 23, ils doivent tenter, dans la mesure du possible, de régler eux-mêmes le différend. Si les parents peuvent être représentés au sein des conseils scolaires, et ainsi avoir une certaine influence sur leurs priorités, il reste que ces derniers sont aussi des acteurs gouvernementaux. Ce n’est pas exploiter le point fort institutionnel des tribunaux que de demander aux juges de s’engager à fond dans des questions opérationnelles, en rendant par exemple des décisions détaillées sur la construction d’un nouvel établissement scolaire. Malgré les pressions concurrentes exercées sur les ressources et les imperfections de la gestion quotidienne d’un système d’éducation, l’art. 23 de la *Charte* exige de toutes les parties intéressées qu’elles fassent preuve de bonne foi pour que les titulaires de droits bénéficient d’une équivalence réelle.

[68] Comme la Cour l’a fait observer dans *Doucet-Boudreau*, « [l]e risque d’assimilation [. . .]

meet their obligations under s. 23, there is an increased likelihood of assimilation”, which undermines the remedial goals of s. 23 (para. 29). The situation is urgent.

(4) Organization of the Proceedings

(a) *Justice Willcock’s Phasing Order*

[69] Properly structured, communicated, and understood, phasing can facilitate access to justice by ordering a proceeding in such a way as to resolve first those issues that can be dealt with more expeditiously, while leaving to later phases more time-consuming or complex issues, particularly where it may prove unnecessary to engage the later stages. This can be particularly important in litigation involving s. 23 of the *Charter*. For this reason, it is understandable that minority language education rights holders would seek a timely determination of whether or not they are receiving the services required by s. 23.

[70] This interest in the timely determination of s. 23 rights does not mean that normal rules of procedural fairness cease to apply. However, it is relevant to the exercise of a judge’s discretion to use phasing or other types of creative structuring of proceedings.

[71] In this case, the petition judge phased the proceedings in light of the limited nature of the Parents’ requested relief, taking into consideration the efficient use of judicial resources and the special nature of s. 23. Determining responsibility for the breach was left for a subsequent phase of proceedings, if necessary.

[72] Additionally, the ongoing litigation between the CSF and the Province involves the apportionment of responsibility for alleged s. 23 breaches on

augment[e] avec les années scolaires qui s’écoulent sans que les gouvernements exécutent les obligations que leur impose l’art. 23 », ce qui contre-carre les objectifs réparateurs de l’art. 23 (par. 29). La situation est urgente.

(4) Organisation de l’instance

a) *Ordonnance de division en étapes du juge Willcock*

[69] Correctement structurée, formulée et comprise, l’ordonnance de division en étapes de l’instance peut faciliter l’accès à la justice en prévoyant que l’instance se déroulera de façon à ce que les questions susceptibles d’être traitées plus rapidement soient résolues en premier, et en réservant l’examen des questions plus accaparantes ou complexes aux étapes ultérieures, surtout si celles-ci pourraient s’avérer inutiles. La division en étapes peut se révéler particulièrement importante dans les litiges mettant en cause l’art. 23 de la *Charte*. C’est pourquoi il est normal que les titulaires de droits à l’instruction dans la langue de la minorité demandent qu’il soit statué avec diligence sur la question de savoir s’ils reçoivent ou non les services exigés par l’art. 23.

[70] Cet intérêt à obtenir promptement une décision sur les droits garantis par l’art. 23 ne signifie pas que les règles d’équité procédurale habituelles cessent de s’appliquer. Cependant, il relève du pouvoir discrétionnaire du juge de recourir à la division en étapes de l’instance ou à toute autre mesure novatrice pour structurer l’instance.

[71] En l’espèce, le juge saisi de la requête a divisé l’instance en étapes vu la portée restreinte de la réparation sollicitée par les Parents, et il a tenu compte de l’utilisation efficiente des ressources judiciaires et de la nature particulière de l’art. 23. L’imputation de la responsabilité de la violation a été réservée à une étape ultérieure de l’instance, au besoin.

[72] De plus, le litige en cours entre le CSF et la Province porte sur le partage de la responsabilité pour les violations alléguées de l’art. 23 à l’échelle

a province-wide scale. The outcome of that litigation may impact the future course of the proceedings under appeal here. From the Parents' perspective, the outcome of the province-wide litigation may obviate the need for a subsequent phase of these proceedings.

[73] Responsibility for the breach at issue here cannot be determined until the next phase of proceedings. Division of responsibility will determine where the burden of justifying the s. 23 violation lies, if a s. 1 argument is raised. Similarly, the division of responsibility would most likely precede any substantive remedial orders.

(b) *Striking of Pleadings and Procedural Directions*

[74] Given the phasing of the petition, the portions of the Province's pleadings struck by the judge were not relevant to the first-phase inquiry into equivalence. In the circumstances, it was open to the judge to strike those portions of the Province's pleadings. Further, the judge was entitled to decline to hear evidence on the question of responsibility for any inadequacies at RDV. While the judge's communication of the phasing of the petition was perhaps not as clear as it might have been, this did not result in any prejudice to the parties. It was clear throughout the proceedings that the judge would not assign responsibility for any s. 23 breach or fashion any remedy as part of the first phase.

[75] The Province's struck pleading that there are many school facilities in British Columbia that could benefit from upgrading, renovation or replacement is irrelevant to the question of whether the children of rights holders are receiving instruction and facilities equivalent to those received by similarly situated majority language students. Similarly, the Province's struck pleading that there are many causes of assimilation apart from inadequate facilities does not assist the court in the evaluation of substantive equivalence between minority and majority language schools. Moreover, the Province's pleading that there

de la province. L'issue de ce litige peut avoir des répercussions sur le déroulement de l'instance faisant l'objet du présent pourvoi. Du point de vue des Parents, l'issue du litige provincial pourrait rendre inutile la poursuite de l'instance.

[73] L'imputation d'une responsabilité pour la violation en cause ne peut avoir lieu qu'à la prochaine étape de l'instance. Le partage de la responsabilité permettra de déterminer sur qui repose le fardeau de justifier la violation de l'art. 23 si l'on invoque un argument relatif à l'article premier. De même, la responsabilité serait fort probablement partagée avant que des ordonnances de réparation sur le fond ne soient rendues.

b) *Radiation de passage des actes de procédure et directives en matière de procédure*

[74] Vu la division en étapes de l'instruction de la requête, les sections des actes de procédure de la Province qui ont été radiées par le juge n'étaient pas pertinentes pour l'analyse de l'équivalence à la première étape. Dans les circonstances, il était loisible au juge de radier ces passages. De plus, le juge pouvait refuser d'entendre des témoignages sur la question de la responsabilité pour les lacunes relevées à RDV, le cas échéant. Bien que la communication par le juge de la division en étapes de l'instruction de la requête ne fût pas aussi claire qu'elle aurait pu l'être, cela n'a causé aucun préjudice aux parties. Il a toujours été évident que le juge n'imputerait aucune responsabilité pour toute violation de l'art. 23 ni ne concevrait de réparation à la première étape.

[75] Le passage radié de l'acte de procédure de la Province, selon lequel un grand nombre de ses établissements scolaires pourraient être améliorés, rénovés ou remplacés, n'a aucun rapport avec la question de savoir si les enfants des titulaires de droits bénéficient d'une instruction et d'établissements équivalents à ceux dont disposent les élèves de la majorité linguistique se trouvant dans une situation semblable. De même, le passage radié de l'acte de procédure de la Province, selon lequel l'assimilation a bien d'autres causes que les installations inadéquates, n'aide pas le tribunal à évaluer

is a variety of reasons for which rights holders could choose not to send their children to RDV is similarly irrelevant to the question of equivalence. I agree that there could be circumstances where a parent may take her child out of RDV for a reason other than a lack of equivalence. However, this does not negate the evidence that *other* students were not enrolled or were withdrawn from the school due to long transportation times or inadequate facilities. Thus, the struck pleading is not relevant to the question of equivalence.

[76] The Province's struck pleading that most of the students at RDV are children of exogamous couples, and that a decrease in the use of French at home is related to the incidence of exogamous couples, is also irrelevant. By the express terms of s. 23, a member of an exogamous couple can be a rights holder. The children of couples that include one rights holder are entitled to attend minority language schools. As this Court has underlined, s. 23(2) applies "without regard to the fact that qualified parents or children may not be French or English, or may not speak those languages at home" (*Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 14, [2005] 1 S.C.R. 201, at para. 31). Indeed, a French-language school may play a crucial role in the transfer of the French language and culture where it is more difficult for one of the parents to transmit the language and culture in a minority context: see R. Landry and R. Allard, "L'exogamie et le maintien de deux langues et de deux cultures: le rôle de la francité familioscolaire" (1997), 23 *Revue des sciences de l'éducation* 561.

[77] Relevance is assessed against the facts in issue. Here, the question that guides the inquiry into substantive equivalence between minority and majority language facilities is the following: would reasonable rights holders be deterred from sending their children to a minority language school because it is meaningfully inferior to an available majority

l'équivalence réelle entre les écoles de la minorité linguistique et celles de la majorité. De plus, le passage de l'acte de procédure de la Province voulant qu'il y ait plusieurs raisons pour lesquelles les titulaires de droits peuvent décider de ne pas envoyer leurs enfants à RDV n'a rien à voir lui non plus avec la question de l'équivalence. Je conviens qu'il peut y avoir des cas où un parent pourrait retirer son enfant de RDV pour une raison autre que l'absence d'équivalence. Or, cette possibilité ne réfute pas la preuve que d'*autres* élèves n'ont pas été inscrits ou ont été retirés de l'école à cause des longs déplacements ou des installations inadéquates. L'acte de procédure radié n'a donc aucun rapport avec la question de l'équivalence.

[76] Le passage radié de l'acte de procédure de la Province, selon lequel la plupart des élèves de RDV sont des enfants de couples exogames et la diminution de l'utilisation du français à la maison s'explique par l'incidence de ces couples, est également hors de propos. D'après les termes exprès de l'art. 23, le membre d'un couple exogame peut détenir des droits. Les enfants issus des unions dont un membre est titulaire des droits peuvent fréquenter les écoles de la minorité linguistique. Comme l'a souligné la Cour, le par. 23(2) s'applique « indépendamment de la possibilité que les parents ou les enfants admissibles ne soient pas francophones ou anglophones ou qu'ils ne parlent pas ces langues à la maison » (*Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 R.C.S. 201, par. 31). En fait, une école française peut jouer un rôle crucial dans la transmission de la langue et de la culture françaises alors qu'il est plus difficile pour un des parents de le faire dans un contexte minoritaire : voir R. Landry et R. Allard, « L'exogamie et le maintien de deux langues et de deux cultures : le rôle de la francité familioscolaire » (1997), 23 *Revue des sciences de l'éducation* 561.

[77] La pertinence s'apprécie en fonction des faits en cause. En l'espèce, la question qui oriente l'analyse de l'équivalence réelle entre les établissements de la minorité linguistique et ceux de la majorité linguistique est la suivante : des titulaires de droits raisonnables seraient-ils dissuadés d'envoyer leurs enfants dans une école de la minorité

language school? Where a proceeding has been formally phased to separate this question from other elements of the s. 23 analysis, evidence that does not assist in answering this question would normally not be relevant. Considered from this perspective, it is clear that the petition judge was entitled to strike the portions of the Province's pleadings.

[78] Far from being unfair to the parties, limiting the evidence that may be adduced according to the phasing of proceedings heeds this Court's guidance in *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87. Judges must actively manage the legal process in line with the principle of proportionality, taking into account fair access to the affordable, timely and just adjudication of claims: *Hryniak*, at paras. 32 and 5. Such considerations apply with equal force to s. 23 litigation.

[79] Some or all of the Province's struck pleadings may be relevant to a subsequent phase of the litigation. However, based on the judge's organization of the proceedings, they do not assist in the first phase at issue in this appeal. Of course, his decision is without prejudice to any motions on the part of one or more of the parties to amend their pleadings at subsequent phases of the litigation.

[80] For the same reasons, it was not inappropriate for the judge to deny the Province's adjournment request to adduce new evidence during the first phase of proceedings. The additional evidence that the Province sought to adduce was largely irrelevant to the questions at issue in the first phase, and the judge concluded that the prejudice likely to be created by the delay outweighed the marginal relevance of the evidence.

parce qu'elle est de qualité inférieure à une école de la majorité où ils peuvent les inscrire? Dans une instance qui a été officiellement divisée en étapes afin de distinguer cette question des autres éléments de l'analyse fondée sur l'art. 23, la preuve qui ne permet pas de répondre à la question n'est habituellement pas pertinente. Si on envisage la chose sous cet angle, il est clair que le juge saisi de la requête pouvait radier les passages des actes de procédure de la Province.

[78] Loin d'être injuste pour les parties, le fait de limiter la preuve pouvant être présentée à chaque étape de l'instance respecte les directives données par la Cour dans *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87. Les juges doivent gérer activement le processus judiciaire en harmonie avec le principe de la proportionnalité, en tenant compte de l'accès équitable à un règlement abordable, expéditif et juste des demandes : *Hryniak*, par. 32 et 5. Ces considérations s'appliquent tout autant aux litiges mettant en cause l'art. 23.

[79] Une partie ou la totalité des actes de procédure radiés de la Province peut s'avérer pertinente à une étape ultérieure de l'instance. Cependant, compte tenu de la façon dont le juge a organisé le déroulement de l'instance, ils ne sont pas utiles à la première étape en cause dans le présent pourvoi. Bien sûr, la décision qu'il a rendue à la première étape ne porte pas atteinte au droit d'une partie ou de plusieurs d'entre elles de présenter une requête en modification de leurs actes de procédure lors des étapes suivantes de l'instance.

[80] Pour les mêmes raisons, il n'était pas inapproprié pour le juge de rejeter la demande d'ajournement que la Province avait présentée en vue de produire de nouveaux éléments de preuve au cours de la première étape de l'instance. Ces éléments de preuve additionnels que la Province voulait produire n'étaient guère pertinents pour les questions en litige à la première étape, et le juge a conclu que le préjudice susceptible d'être causé par le délai l'emportait sur la pertinence marginale des éléments de preuve.

[81] Given the lack of relevance of the pleadings struck, the Court of Appeal erred in setting aside the order striking the pleadings, and in setting aside the judge's declaration.

V. Disposition

[82] The appeal is allowed and the petition judge's declaration is reinstated. The matter will be remitted to the Supreme Court of British Columbia for the next phase of the petition, if necessary.

VI. Costs

[83] The judge awarded special costs to the Parents throughout the proceedings and to the CSF for all proceedings on or after November 4, 2011. He made this award on the basis that the Parents and the CSF were successful public interest litigants. The Court of Appeal set aside the award of special costs on the basis that the Parents and the CSF were no longer the successful litigants. As this Court is restoring the judge's declaration, absent an error in principle or a plainly wrong award, his award of special costs should also be restored: see *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303, at para. 27.

[84] As this Court recently emphasized in *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, the standard for awarding special costs is a high one; only exceptional cases will warrant such treatment (para. 139). This Court described the test for special costs as a modification of the test for advance costs in *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371. The test for special costs described in *Carter* sets out two requirements:

First, the case must involve matters of public interest that are truly exceptional. It is not enough that the issues raised have not previously been resolved or that they transcend the individual interests of the successful

[81] Étant donné l'absence de pertinence des actes de procédure radiés, la Cour d'appel a eu tort d'annuler l'ordonnance de radiation des actes de procédure de même que le jugement déclaratoire du juge.

V. Dispositif

[82] Le pourvoi est accueilli et le jugement déclaratoire du juge saisi de la requête est rétabli. L'affaire sera renvoyée à la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour la prochaine étape de l'instruction de la requête si cela s'avère nécessaire.

VI. Dépens

[83] Le juge a accordé des dépens spéciaux aux Parents devant toutes les cours et au CSF pour toutes les procédures en cours le 4 novembre 2011 ou après cette date. Il l'a fait pour le motif que les Parents et le CSF étaient des parties à un litige d'intérêt public qui ont eu gain de cause. La Cour d'appel a annulé l'adjudication des dépens spéciaux parce que les Parents et le CSF n'avaient plus gain de cause. Comme la Cour rétablit le jugement déclaratoire du juge, sauf erreur de principe ou attribution de dépens nettement erronée, son adjudication de dépens spéciaux doit aussi être rétablie : voir *Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S. 303, par. 27.

[84] Comme la Cour l'a récemment souligné dans l'arrêt *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, la norme d'octroi de dépens spéciaux est élevée; seuls des cas exceptionnels justifient pareil traitement (par. 139). La Cour a affirmé que le critère relatif aux dépens spéciaux était une modification du critère applicable à la provision pour frais énoncé dans *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] R.C.S. 371. Le critère d'octroi de dépens spéciaux établi dans *Carter* comporte deux conditions :

Premièrement, l'affaire doit porter sur des questions d'intérêt public véritablement exceptionnelles. Il ne suffit pas que les questions soulevées n'aient pas encore été tranchées ou qu'elles dépassent le cadre des intérêts du

litigant: they must also have a significant and widespread societal impact. Second, in addition to showing that [the plaintiffs] have no personal, proprietary or pecuniary interest in the litigation that would justify the proceedings on economic grounds, the [plaintiffs] must show that it would not have been possible to effectively pursue the litigation in question with private funding. . . .

Where these criteria are met, a court will have the discretion to depart from the usual rule on costs and award special costs. [paras. 140-41]

This Court further noted that only those costs that are shown to be “reasonable and prudent” will be covered (para. 142).

[85] Although the judge in the present case did not have the benefit of this Court’s decision in *Carter*, his reasons with respect to costs show that he was alive to the considerations outlined in that case. Moreover, he was clearly alive to the exceptional nature of such an award, as evidenced by his frequent use of the words “exceptional” and “exception” throughout his reasons.

[86] He found that the matter before him was one of significant and widespread societal impact:

The questions were of public importance as they involved constitutional principles and the sufficiency of measures taken to protect the minority language culture which is regarded as an important objective for all Canadians, given its place in the *Charter*. The case therefore implicates fundamental social values and policies. [2013 BCSC 1111, at para. 72]

As required by *Carter*, these findings go beyond the basic requirements set out in *Victoria (City) v. Adams*, 2009 BCCA 563, 100 B.C.L.R. (4th) 28.

[87] Furthermore, the petition judge concluded that the interest of the Parents and the CSF was not such as would justify the proceedings on economic

plaideur qui a gain de cause : elles doivent aussi avoir une incidence importante et généralisée sur la société. Deuxièmement, en plus de démontrer qu’ils n’ont dans le litige aucun intérêt personnel, propriété ou pécuniaire qui justifierait l’instance pour des raisons d’ordre économique, les demandeurs doivent démontrer qu’il n’aurait pas été possible de poursuivre l’instance en question avec une aide financière privée. . . .

Lorsque ces critères sont respectés, le tribunal a le pouvoir discrétionnaire de déroger à la règle habituelle en matière de dépens et d’octroyer des dépens spéciaux. [par. 140 et 141]

La Cour a ajouté que seuls les frais dont on établit le caractère « raisonnable et prudent » seront couverts par les dépens spéciaux (para. 142).

[85] En l’espèce, le juge ne disposait pas de la décision de la Cour dans *Carter*, mais ses motifs concernant les dépens démontrent qu’il était sensible aux considérations exposées dans cet arrêt. Il était aussi manifestement conscient du caractère exceptionnel de l’octroi de ces dépens, comme en fait foi son utilisation fréquente des mots « exceptionnel » et « exception » dans ses motifs.

[86] Le juge a conclu que l’affaire dont il était saisi avait une incidence importante et généralisée sur la société :

[TRADUCTION] Les questions revêtaient une importance pour le public puisqu’elles portaient sur des principes constitutionnels et le caractère suffisant des mesures prises pour protéger la culture de la minorité linguistique, ce que l’on considère comme un objectif important pour tous les Canadiens et les Canadiennes, vu sa place dans la *Charte*. L’affaire fait donc intervenir des valeurs et des politiques sociales fondamentales. [2013 BCSC 1111, par. 72]

Comme l’exige l’arrêt *Carter*, ces conclusions vont au-delà des exigences fondamentales énoncées dans *Victoria (City) v. Adams*, 2009 BCCA 563, 100 B.C.L.R. (4th) 28.

[87] En outre, le juge saisi de la requête a conclu que l’intérêt des Parents et du CSF ne permettait pas de justifier l’instance pour des raisons d’ordre

grounds given their means and the high cost of litigation. Regarding the ability of the Parents to bear the costs of the litigation, the judge referred to LeBel J.'s majority reasons in *Okanagan* on the importance of access to *Charter* justice for litigants of limited means:

In special cases where individual litigants of limited means seek to enforce their constitutional rights, courts often exercise their discretion on costs so as to avoid the harshness that might result from adherence to the traditional principles. This helps to ensure that ordinary citizens have access to the justice system when they seek to resolve matters of consequence to the community as a whole. [para. 27]

The judge turned his mind to the limited ability of the Parents to bear the costs of the proceedings. Further, he noted the Province's superior capacity to bear these expenses, and the inability of the CSF to bear such costs without impacting students, thus risking further s. 23 violations. While, according to *Carter*, the fact that the unsuccessful party has a superior capacity to bear the cost of the proceedings cannot, in itself, justify an award of special costs, it remains a relevant consideration: *Carter*, at para. 137.

[88] The type of litigation at issue in this appeal is unusual. The Parents already had a right to minority language education recognized under s. 23, and their petition was initiated largely as a means to compel the Province and the CSF to live up to existing obligations. This process raised novel legal questions regarding the analysis of equivalence under s. 23. By seeking a simple declaration of a lack of equivalence under s. 23, without seeking a positive remedy at the outset, the Parents evidently hoped to resolve some of their issues outside of the courtroom, by way of negotiation with the Province and the CSF.

[89] Even with such a focused approach, litigation of this nature is nonetheless an onerous burden for

économique compte tenu de leurs moyens et du coût élevé du litige. En ce qui concerne la capacité des parents d'assumer les frais du litige, le juge a cité les motifs rédigés par le juge LeBel au nom de la majorité dans l'arrêt *Okanagan* sur l'importance que les parties aux ressources limitées aient accès à la justice garantie par la *Charte* :

Dans des cas spéciaux où des parties aux ressources limitées cherchent à faire respecter leurs droits constitutionnels, les tribunaux exercent souvent leur pouvoir discrétionnaire d'adjudication des dépens de façon à ne pas les mettre dans une situation difficile que pourrait causer l'application des règles traditionnelles. Ils contribuent ainsi à aider les citoyens ordinaires à avoir accès au système juridique lorsqu'ils cherchent à régler des questions qui revêtent de l'importance pour l'ensemble de la collectivité. [par. 27]

Le juge a songé à la capacité limitée des Parents d'assumer les frais de l'instance. De plus, il a souligné la capacité supérieure de la province d'assumer ces dépenses et l'incapacité du CSF de les assumer sans nuire aux élèves, et risquer du même coup d'entraîner d'autres violations de l'art. 23. Bien que, selon *Carter*, le fait que la partie déboutée soit plus en mesure de supporter le coût de l'instance ne peut en soi justifier l'octroi de dépens spéciaux, ce fait demeure une considération pertinente : *Carter*, par. 137.

[88] Le type de litige en cause dans le présent pourvoi est inhabituel. L'article 23 reconnaissait déjà aux Parents un droit à l'instruction dans la langue de la minorité, et leur requête avait pour principal objet de contraindre la Province et le CSF à s'acquitter des obligations existantes. Ce processus a soulevé de nouvelles questions de droit en ce qui a trait à l'analyse de l'équivalence faite en application de l'art. 23. En sollicitant un simple jugement déclarant qu'il n'y avait pas équivalence au sens de l'art. 23, sans chercher à obtenir au départ une réparation concrète, les Parents souhaitaient de toute évidence régler certaines questions à l'extérieur de la salle d'audience, en négociant avec la Province et le CSF.

[89] Même s'il est abordé de manière aussi concentrée, un litige de cette nature demeure un lourd

a small group of parents to bear. It is for this reason that courts have, in the past, awarded special costs in cases involving s. 23 violations where the rights holders made sustained efforts to alert government to the s. 23 issues prior to launching legal proceedings: see *Doucet-Boudreau*, at para. 90; *Arsenault-Cameron*, at para. 63; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island* (1997), 149 Nfld. & P.E.I.R. 96 (P.E.I.S.C.T.D.), at paras. 12-14; *Marchand v. Simcoe County Board of Education* (1986), 12 C.P.C. (2d) 140 (Ont. H.C.), at pp. 142-43.

[90] In these circumstances, the cost award of the judge will be restored. I would also order special costs to the Parents and the CSF for the appeal proceedings.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants Association des parents de l'école Rose-des-vents et al.: Nicolas M. Rouleau, société professionnelle, Toronto; Joseph Pagé, Vancouver.

Solicitors for the appellant Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique: Gall, Legge, Grant & Munroe, Vancouver; Power Law, Ottawa.

Solicitors for the respondents: Attorney General of British Columbia, Victoria; McCarthy Tétrault, Vancouver.

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

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

Solicitors for the intervener the Attorney General of the Northwest Territories: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Attorney General of the Yukon Territory: Attorney General of the

fardeau pour un petit groupe de parents. C'est pour cette raison que les tribunaux ont, par le passé, accordé des dépens spéciaux dans des affaires de violations de l'art. 23 où les titulaires de droits avaient déployé des efforts soutenus afin de signaler ces violations au gouvernement avant d'intenter des poursuites : voir *Doucet-Boudreau*, par. 90; *Arsenault-Cameron*, par. 63; *Arsenault-Cameron c. Prince Edward Island* (1997), 149 Nfld. & P.E.I.R. 96 (C.S.Î.-P.-É., 1^{re} inst.), par. 12-14; *Marchand c. Simcoe County Board of Education* (1986), 12 C.P.C. (2d) 140 (H.C. Ont.), p. 142-143.

[90] Dans ces circonstances, les dépens accordés par le juge seront rétablis. Je suis également d'avis d'octroyer des dépens spéciaux pour les procédures d'appel aux Parents et au CSF.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants l'Association des parents de l'école Rose-des-vents et autres : Nicolas M. Rouleau, société professionnelle, Toronto; Joseph Pagé, Vancouver.

Procureurs de l'appelant le Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique : Gall, Legge, Grant & Munroe, Vancouver; Juristes Power, Ottawa.

Procureurs des intimés : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria; McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant le procureur général des Territoires du Nord-Ouest : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Territoire du Yukon : Procureur général du

Yukon, Whitehorse; Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Commissioner of Official Languages of Canada: Office of the Commissioner of Official Languages, Gatineau.

Solicitors for the interveners Commission scolaire francophone, Territoires du Nord-Ouest, Fédération nationale des conseils scolaires francophones, Conseil des écoles fransaskoises and Commission scolaire francophone du Yukon: Miller Thomson, Regina.

Yukon, Whitehorse; Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le commissaire aux langues officielles du Canada : Commissariat aux langues officielles, Gatineau.

Procureurs des intervenants la Commission scolaire francophone, Territoires du Nord-Ouest, la Fédération nationale des conseils scolaires francophones, le Conseil des écoles fransaskoises et la Commission scolaire francophone du Yukon : Miller Thomson, Regina.

**Attorney General of Quebec,
Rocco Galati and Constitutional Rights
Centre Inc.** *Appellants*

v.

Attorney General of Canada *Respondent*

and

**Canadian Association of Provincial
Court Judges, Grand Council of
Cree (Eeyou Istchee), Cree Nation
Government, Association of the Tax
Court of Canada Judges and Attorney
General of Ontario** *Interveners*

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

2015 SCC 22

File No.: 36231.

2015: April 24.

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

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

*Constitutional law — Courts — Judges — Judge of the
Federal Court of Appeal appointed to the Court of Appeal
of Quebec — Reference by the Quebec government con-
cerning s. 98 of the Constitution Act, 1867 — Opinion of
the Court of Appeal that (1) the “Courts of Quebec” con-
templated by s. 98 are those whose judges are appointed
by the Governor General, that is, the Court of Appeal of
Quebec and the Superior Court of Quebec, and that (2)
s. 98 requires that a person appointed to one of the Courts
of Quebec have previously been a member of the Barreau
du Québec or be such a member when appointed.*

Cases Cited

Distinguished: *Reference re Supreme Court Act, ss. 5
and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433.

**Procureure générale du Québec,
Rocco Galati et Centre de Droit
Constitutionnel Inc.** *Appellants*

c.

Procureur général du Canada *Intimé*

et

**Association canadienne des juges des
cours provinciales, Grand Conseil
des Cris (Eeyou Istchee),
Gouvernement de la Nation Crie,
Association des juges de la Cour canadienne
de l’impôt et procureur général
de l’Ontario** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : QUÉBEC (PROCEUREURE GÉNÉRALE)
c. CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL)**

2015 CSC 22

N° du greffe : 36231.

2015 : 24 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

*Droit constitutionnel — Tribunaux — Juges — Juge
de la Cour d’appel fédérale nommé à la Cour d’appel
du Québec — Renvoi du gouvernement du Québec re-
latif à l’art. 98 de la Loi constitutionnelle de 1867 —
Opinion de la Cour d’appel selon laquelle (1) les cours
du Québec visées par l’art. 98 sont celles dont les juges
sont nommés par le gouverneur général, soit la Cour
d’appel du Québec et la Cour supérieure du Québec et
(2) l’art. 98 exige qu’une personne nommée à l’une des
cours du Québec ait été membre du Barreau du Québec
dans le passé ou le soit au moment de sa nomination.*

Jurisprudence

Distinction d’avec l’arrêt : *Renvoi relatif à la Loi
sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1
R.C.S. 433.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, s. 98.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Duval Hesler C.J. and Thibault, Morissette, Hilton and Bouchard JJ.A.), 2014 QCCA 2365, [2014] AZ-51136664, [2014] Q.J. No. 14417 (QL), 2014 CarswellQue 14260 (WL Can.). Appeal dismissed.

Jean-Yves Bernard and Marie-Catherine Bolduc, for the appellant the Attorney General of Quebec.

Rocco Galati, on his own behalf.

Paul Slansky, for the appellant the Constitutional Rights Centre Inc.

Bernard Letarte and Alexander Pless, for the respondent.

Sébastien Grammond, for the intervener the Canadian Association of Provincial Court Judges.

James A. O'Reilly, Patricia Ochman and Alex O'Reilly, for the interveners the Grand Council of Cree (Eeyou Istchee) and the Cree Nation Government.

François Baril and Guy Régimbald, for the intervener the Association of the Tax Court of Canada Judges.

Patrick J. Monahan and Padraic Ryan, for the intervener the Attorney General of Ontario.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

[1] WAGNER J. — We are all of the view that the appeal should be dismissed, essentially for the reasons given by the Quebec Court of Appeal.

[2] The appellants have not persuaded us that the Court of Appeal erred in interpreting s. 98 of the *Constitution Act, 1867*.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 98.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (la juge en chef Duval Hesler et les juges Thibault, Morissette, Hilton et Bouchard), 2014 QCCA 2365, [2014] AZ-51136664, [2014] J.Q. n° 14417 (QL), 2014 CarswellQue 13106 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Jean-Yves Bernard et Marie-Catherine Bolduc, pour l'appelante la procureure générale du Québec.

Rocco Galati, en personne.

Paul Slansky, pour l'appelant le Centre de Droit Constitutionnel Inc.

Bernard Letarte et Alexander Pless, pour l'intimé.

Sébastien Grammond, pour l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours provinciales.

James A. O'Reilly, Patricia Ochman et Alex O'Reilly, pour les intervenants le Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee) et le Gouvernement de la Nation Crie.

François Baril et Guy Régimbald, pour l'intervenante l'Association des juges de la Cour canadienne de l'impôt.

Patrick J. Monahan et Padraic Ryan, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

[1] LE JUGE WAGNER — Nous sommes tous d'avis que le pourvoi doit être rejeté, essentiellement pour les motifs exposés par la Cour d'appel du Québec.

[2] Les appelants ne nous ont pas convaincus que la Cour d'appel a erré dans son interprétation de l'art. 98 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[3] The arguments based on *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433, do not stand up to analysis. As the Court of Appeal mentioned in paras. 26-36 of its opinion, this appeal concerns different constitutional and statutory provisions, and the reasoning and conclusions from that reference do not apply to it.

[4] For these reasons, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Montréal.

Solicitor for the appellant Rocco Galati: Rocco Galati Law Firm Professional Corp., Toronto.

Solicitor for the appellant the Constitutional Rights Centre Inc.: Slansky Law Professional Corp., Toronto.

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

Solicitor for the intervenor the Canadian Association of Provincial Court Judges: Sébastien Grammond, Ottawa.

Solicitors for the intervenors the Grand Council of Cree (Eeyou Istchee) and the Cree Nation Government: O'Reilly & Associés, Montréal.

Solicitors for the intervenor the Association of the Tax Court of Canada Judges: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

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

[3] Les arguments fondés sur le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433, ne résistent pas à l'analyse. Comme la Cour d'appel l'a indiqué aux par. 26-36 de son avis, le présent pourvoi concerne des dispositions constitutionnelles et législatives différentes et le raisonnement et les conclusions de ce renvoi ne s'appliquent pas en l'espèce.

[4] Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureure de l'appelante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Montréal.

Procureur de l'appellant Rocco Galati : Rocco Galati Law Firm Professional Corp., Toronto.

Procureur de l'appellant le Centre de Droit Constitutionnel Inc. : Slansky Law Professional Corp., Toronto.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Montréal.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours provinciales : Sébastien Grammond, Ottawa.

Procureurs des intervenants le Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee) et le Gouvernement de la Nation Crie : O'Reilly & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association des juges de la Cour canadienne de l'impôt : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

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

White Burgess Langille Inman, carrying on business as WBLI Chartered Accountants and R. Brian Burgess *Appellants*

v.

Abbott and Haliburton Company Limited, A.W. Allen & Son Limited, Berwick Building Supplies Limited, Bishop's Falls Building Supplies Limited, Arthur Boudreau & Fils Ltée, Brennan Contractors & Supplies Ltd., F. J. Brideau & Fils Limitée, Cabot Building Supplies Company (1988) Limited, Robert Churchill Building Supplies Limited, CDL Holdings Limited, formerly Chester Dawe Limited, Fraser Supplies (1980) Ltd., R. D. Gillis Building Supplies Limited, Yvon Godin Ltd., Truro Wood Industries Limited/Home Care Properties Limited, Hann's Hardware and Sporting Goods Limited, Harbour Breton Building Supplies Limited, Hillier's Trades Limited, Hubcraft Building Supplies Limited, Lumbermart Limited, Maple Leaf Farm Supplies Limited, S.W. Mifflin Ltd., Nauss Brothers Limited, O'Leary Farmers' Co-operative Ass'n. Ltd., Pellerin Building Supplies Inc., Pleasant Supplies Incorporated, J. I. Pritchett & Sons Limited, Centre Multi-Décor de Richibucto Ltée, U. J. Robichaud & Sons Woodworkers Limited, Quincaillerie Saint-Louis Ltée, R & J Swinamer's Supplies Limited, 508686 N.B. INC. operating as T.N.T. Insulation and Building Supplies, Taylor Lumber and Building Supplies Limited, Two by Four Lumber Sales Ltd., Walbourne Enterprises Ltd., Western Bay Hardware Limited, White's Construction Limited, D. J. Williams and Sons Limited and Woodland Building Supplies Limited *Respondents*

and

Attorney General of Canada and Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveniers*

White Burgess Langille Inman, faisant affaire sous la raison sociale WBLI Chartered Accountants et R. Brian Burgess *Appelants*

c.

Abbott and Haliburton Company Limited, A.W. Allen & Son Limited, Berwick Building Supplies Limited, Bishop's Falls Building Supplies Limited, Arthur Boudreau & Fils Ltée, Brennan Contractors & Supplies Ltd., F. J. Brideau & Fils Limitée, Cabot Building Supplies Company (1988) Limited, Robert Churchill Building Supplies Limited, CDL Holdings Limited, auparavant Chester Dawe Limited, Fraser Supplies (1980) Ltd., R. D. Gillis Building Supplies Limited, Yvon Godin Ltd., Truro Wood Industries Limited/Home Care Properties Limited, Hann's Hardware and Sporting Goods Limited, Harbour Breton Building Supplies Limited, Hillier's Trades Limited, Hubcraft Building Supplies Limited, Lumbermart Limited, Maple Leaf Farm Supplies Limited, S.W. Mifflin Ltd., Nauss Brothers Limited, O'Leary Farmers' Co-operative Ass'n. Ltd., Pellerin Building Supplies Inc., Pleasant Supplies Incorporated, J. I. Pritchett & Sons Limited, Centre Multi-Décor de Richibucto Ltée, U. J. Robichaud & Sons Woodworkers Limited, Quincaillerie Saint-Louis Ltée, R & J Swinamer's Supplies Limited, 508686 N.B. INC. faisant affaire sous la raison sociale T.N.T. Insulation and Building Supplies, Taylor Lumber and Building Supplies Limited, Two by Four Lumber Sales Ltd., Walbourne Enterprises Ltd., Western Bay Hardware Limited, White's Construction Limited, D. J. Williams and Sons Limited et Woodland Building Supplies Limited *Intimées*

et

Procureur général du Canada et Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

INDEXED AS: WHITE BURGESS LANGILLE INMAN v. ABBOTT AND HALIBURTON Co.

2015 SCC 23

File No.: 35492.

2014: October 7; 2015: April 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Evidence — Admissibility — Expert evidence — Basic standards for admissibility — Qualified expert — Independence and impartiality — Nature of expert’s duty to court — How expert’s duty relates to admissibility of expert’s evidence — Forensic accountant providing opinion on whether former auditors were negligent in performance of duties — Former auditors applying to strike out expert’s affidavit on grounds she was not impartial expert witness — Whether elements of expert’s duty to court go to admissibility of evidence rather than simply to its weight — If so, whether there is a threshold admissibility requirement in relation to independence and impartiality.

The shareholders started a professional negligence action against the former auditors of their company after they had retained a different accounting firm, the Kentville office of GT, to perform various accounting tasks and which in their view revealed problems with the former auditors’ work. The auditors brought a motion for summary judgment seeking to have the shareholders’ action dismissed. In response, the shareholders retained M, a forensic accounting partner at the Halifax office of GT, to review all the relevant materials and to prepare a report of her findings. Her affidavit set out her findings, including her opinion that the auditors had not complied with their professional obligations to the shareholders. The auditors applied to strike out M’s affidavit on the grounds that she was not an impartial expert witness.

The motions judge essentially agreed with the auditors and struck out M’s affidavit in its entirety. The majority of the Court of Appeal concluded that the motions judge erred in excluding M’s affidavit and allowed the appeal.

RÉPERTORIÉ : WHITE BURGESS LANGILLE INMAN c. ABBOTT AND HALIBURTON Co.

2015 CSC 23

N° du greffe : 35492.

2014 : 7 octobre; 2015 : 30 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Preuve — Admissibilité — Preuve d’expert — Normes fondamentales d’admissibilité — Expert qualifié — Indépendance et impartialité — Nature de l’obligation de l’expert envers le tribunal — Rapport entre l’obligation de l’expert et l’admissibilité de son témoignage — Opinion d’une juricomptable sur la négligence possible des vérificateurs précédents dans l’exercice de leurs fonctions — Requête en radiation de l’affidavit de l’expert présentée par les vérificateurs précédents au motif que l’expert n’était pas un témoin expert impartial — Les éléments de l’obligation de l’expert envers le tribunal jouent-ils au regard de l’admissibilité du témoignage plutôt que simplement de la valeur probante de celui-ci? — Dans l’affirmative, l’indépendance et l’impartialité constituent-elles un critère d’admissibilité?

Les actionnaires ont intenté une action pour négligence professionnelle contre les anciens vérificateurs de leur compagnie après avoir engagé un autre cabinet comptable, GT, de Kentville, pour effectuer diverses tâches comptables, qui, selon eux, avaient révélé des erreurs par les vérificateurs précédents. Les vérificateurs ont présenté une requête en jugement sommaire visant à faire rejeter l’action. En réponse, les actionnaires ont fait appel à M, une associée en juricomptabilité du cabinet GT de Halifax, pour qu’elle examine tous les documents pertinents et rédige un rapport de ses constatations. Son affidavit expose ces dernières, notamment que les vérificateurs, selon elle, ne se sont pas acquittés de leurs obligations professionnelles envers les actionnaires. Les vérificateurs ont présenté une requête en radiation de l’affidavit de M au motif qu’elle n’était pas un témoin expert impartial.

Le juge des requêtes s’est dit d’accord avec les vérificateurs pour l’essentiel et a radié intégralement l’affidavit de M. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu que le juge des requêtes avait eu tort d’exclure l’affidavit de M et ont accueilli l’appel.

Held: The appeal should be dismissed.

The inquiry for determining the admissibility of expert opinion evidence is divided into two steps. At the first step, the proponent of the evidence must establish the threshold requirements of admissibility. These are the four factors set out in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9 (relevance, necessity, absence of an exclusionary rule and a properly qualified expert). Evidence that does not meet these threshold requirements should be excluded. At the second discretionary gatekeeping step, the trial judge must decide whether expert evidence that meets the preconditions to admissibility is sufficiently beneficial to the trial process to warrant its admission despite the potential harm to the trial process that may flow from the admission of the expert evidence.

Expert witnesses have a duty to the court to give fair, objective and non-partisan opinion evidence. They must be aware of this duty and able and willing to carry it out. The expert's opinion must be impartial in the sense that it reflects an objective assessment of the questions at hand. It must be independent in the sense that it is the product of the expert's independent judgment, uninfluenced by who has retained him or her or the outcome of the litigation. It must be unbiased in the sense that it does not unfairly favour one party's position over another. The acid test is whether the expert's opinion would not change regardless of which party retained him or her. These concepts, of course, must be applied to the realities of adversary litigation.

Concerns related to the expert's duty to the court and his or her willingness and capacity to comply with it are best addressed initially in the "qualified expert" element of the *Mohan* framework. A proposed expert witness who is unable or unwilling to fulfill his or her duty to the court is not properly qualified to perform the role of an expert. If the expert witness does not meet this threshold admissibility requirement, his or her evidence should not be admitted. Once this threshold is met, however, remaining concerns about an expert witness's compliance with his or her duty should be considered as part of the overall cost-benefit analysis which the judge conducts to carry out his or her gatekeeping role.

Imposing this additional threshold requirement is not intended to and should not result in trials becoming longer or more complex. The trial judge must determine, having regard to both the particular circumstances of the proposed expert and the substance of the proposed evidence, whether the expert is able and willing to carry out his or her primary duty to the court. Absent challenge, the

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La démarche qui permet de déterminer l'admissibilité du témoignage d'opinion de l'expert est scindée en deux. Dans un premier temps, celui qui veut présenter le témoignage doit démontrer qu'il satisfait aux critères d'admissibilité, soit les quatre critères énoncés dans l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, à savoir la pertinence, la nécessité, l'absence de toute règle d'exclusion et la qualification suffisante de l'expert. Tout témoignage qui ne satisfait pas à ces critères devrait être exclu. Dans un deuxième temps, le juge-gardien exerce son pouvoir discrétionnaire en déterminant si le témoignage d'expert qui satisfait aux conditions préalables à l'admissibilité est assez avantageux pour le procès pour justifier son admission malgré le préjudice potentiel, pour le procès, qui peut découler de son admission.

L'expert a l'obligation envers le tribunal de donner un témoignage d'opinion qui soit juste, objectif et impartial. Il doit être conscient de cette obligation et pouvoir et vouloir s'en acquitter. L'opinion de l'expert doit être impartiale, en ce sens qu'elle découle d'un examen objectif des questions à trancher. Elle doit être indépendante, c'est-à-dire qu'elle doit être le fruit du jugement indépendant de l'expert, non influencée par la partie pour qui il témoigne ou l'issue du litige. Elle doit être exempte de parti pris, en ce sens qu'elle ne doit pas favoriser injustement la position d'une partie au détriment de celle de l'autre. Le critère décisif est que l'opinion de l'expert ne changerait pas, peu importe la partie qui aurait retenu ses services. Ces concepts, il va sans dire, doivent être appliqués aux réalités du débat contradictoire.

C'est sous le volet « qualification suffisante de l'expert » du cadre établi par l'arrêt *Mohan* qu'il convient d'abord d'examiner les préoccupations concernant l'obligation de l'expert envers le tribunal et s'il peut ou veut s'en acquitter. Le témoin expert proposé qui ne peut ou ne veut s'acquitter de son obligation envers le tribunal ne possède pas la qualification suffisante pour exercer ce rôle. S'il ne satisfait pas à ce critère d'admissibilité, son témoignage ne devrait pas être admis. Or, dès lors qu'il y est satisfait, toute réserve qui demeure quant à savoir si l'expert s'est conformé à son obligation devrait être examinée dans le cadre de l'analyse coût-bénéfices qu'effectue le juge dans l'exercice de son rôle de gardien.

L'idée, en imposant ce critère supplémentaire, n'est pas de prolonger ni de complexifier les procès et il ne devrait pas en résulter un tel effet. Le juge de première instance doit déterminer, compte tenu tant de la situation particulière de l'expert que de la teneur du témoignage proposé, si l'expert peut ou veut s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal. En l'absence d'une

expert's attestation or testimony recognizing and accepting the duty will generally be sufficient to establish that this threshold is met. However, if a party opposing admissibility shows that there is a realistic concern that the expert is unable and/or unwilling to comply with his or her duty, the proponent of the evidence has the burden of establishing its admissibility. Exclusion at the threshold stage of the analysis should occur only in very clear cases in which the proposed expert is unable or unwilling to provide the court with fair, objective and non-partisan evidence. Anything less than clear unwillingness or inability to do so should not lead to exclusion, but be taken into account in the overall weighing of costs and benefits of receiving the evidence.

The concept of apparent bias is not relevant to the question of whether or not an expert witness will be unable or unwilling to fulfill its primary duty to the court. When looking at an expert's interest or relationship with a party, the question is not whether a reasonable observer would think that the expert is not independent. The question is whether the relationship or interest results in the expert being unable or unwilling to carry out his or her primary duty to the court to provide fair, non-partisan and objective assistance.

In this case, there was no basis disclosed in the record to find that M's evidence should be excluded because she was not able and willing to provide the court with fair, objective and non-partisan evidence. The majority of the Court of Appeal was correct in concluding that the motions judge committed a palpable and overriding error in determining that M was in a conflict of interest that prevented her from giving impartial and objective evidence.

Cases Cited

Applied: *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; **adopted:** *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, leave to appeal refused, [2010] 2 S.C.R. v; **referred to:** *Lord Abinger v. Ashton* (1873), L.R. 17 Eq. 358; *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275; *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600; *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272; *Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239; *R. v. Boswell*, 2011 ONCA 283, 85 C.R. (6th) 290; *R. v. C. (M.)*, 2014 ONCA 611, 13 C.R. (7th)

contestation, il est généralement satisfait au critère dès lors que l'expert, dans son attestation ou sa déposition, reconnaît son obligation et l'accepte. Toutefois, si la partie qui s'oppose à l'admission démontre un motif réaliste de croire que l'expert ne peut ou ne veut s'acquitter de son obligation, il revient à la partie qui produit la preuve d'en établir l'admissibilité. La décision d'exclure le témoignage à la première étape de l'analyse pour non-conformité aux critères d'admissibilité ne devrait être prise que dans les cas manifestes où l'expert proposé ne peut ou ne veut fournir une preuve juste, objective et impartiale. Dans les autres cas, le témoignage ne devrait pas être exclu d'office, et son admissibilité sera déterminée à l'issue d'une pondération globale du coût et des bénéfices de son admission.

La notion d'apparence de parti pris n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si le témoin expert pourra ou voudra s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal. Lorsque l'on se penche sur l'intérêt d'un expert ou sur ses rapports avec une partie, il ne s'agit pas de se demander si un observateur raisonnable penserait que l'expert est indépendant ou non; il s'agit plutôt de déterminer si la relation de l'expert avec une partie ou son intérêt fait en sorte qu'il ne peut ou ne veut s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal, en l'occurrence apporter au tribunal une aide juste, objective et impartiale.

En l'espèce, le dossier ne révèle aucun élément qui permette de conclure que le témoignage de M devrait être exclu parce que celle-ci ne pouvait ou ne voulait rendre devant le tribunal un témoignage juste, objectif et impartial. La majorité de la Cour d'appel a eu raison de conclure que le juge des requêtes avait commis une erreur manifeste et dominante en estimant que M était dans une situation de conflit d'intérêts qui l'empêchait de rendre un témoignage objectif et impartial.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; **arrêt adopté :** *R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, autorisation d'appel refusée, [2010] 2 R.C.S. v; **arrêts mentionnés :** *Lord Abinger c. Ashton* (1873), L.R. 17 Eq. 358; *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275; *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600; *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272; *Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239; *R. c. Boswell*, 2011 ONCA 283, 85 C.R. (6th) 290; *R. c.*

396; *National Justice Compania Naviera S.A. v. Prudential Assurance Co.*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 68, rev'd [1995] 1 Lloyd's Rep. 455; *Fellowes, McNeil v. Kansa General International Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 456; *Royal Trust Corp. of Canada v. Fisherman* (2000), 49 O.R. (3d) 187; *R. v. Docherty*, 2010 ONSC 3628; *Ocean v. Economical Mutual Insurance Co.*, 2010 NSSC 315, 293 N.S.R. (2d) 394; *Handley v. Punnett*, 2003 BCSC 294; *Bank of Montreal v. Citak*, [2001] O.J. No. 1096 (QL); *Dean Construction Co. v. M.J. Dixon Construction Ltd.*, 2011 ONSC 4629, 5 C.L.R. (4th) 240; *Hutchingame v. Johnstone*, 2006 BCSC 271; *Alfano v. Piersanti*, 2012 ONCA 297, 291 O.A.C. 62; *Kirby Lowbed Services Ltd. v. Bank of Nova Scotia*, 2003 BCSC 617; *Gould v. Western Coal Corp.*, 2012 ONSC 5184, 7 B.L.R. (5th) 19; *United City Properties Ltd. v. Tong*, 2010 BCSC 111; *R. v. INCO Ltd.* (2006), 80 O.R. (3d) 594; *R. v. Klassen*, 2003 MBQB 253, 179 Man. R. (2d) 115; *Gallant v. Brake-Patten*, 2012 NLCA 23, 321 Nfld. & P.E.I.R. 77; *R. v. Violette*, 2008 BCSC 920; *Armchair Passenger Transport Ltd. v. Helical Bar Plc*, [2003] EWHC 367; *R. (Factortame Ltd.) v. Secretary of State for Transport*, [2002] EWCA Civ 932, [2003] Q.B. 381; *Gallaher International Ltd. v. Tlais Enterprises Ltd.*, [2007] EWHC 464; *Meat Corp. of Namibia Ltd. v. Dawn Meats (U.K.) Ltd.*, [2011] EWHC 474; *Matchbet Ltd. v. Openbet Retail Ltd.*, [2013] EWHC 3067; *FGT Custodians Pty. Ltd. v. Fagenblat*, [2003] VSCA 33; *Collins Thomson v. Clayton*, [2002] NSWSC 366; *Kirch Communications Pty Ltd. v. Gene Engineering Pty Ltd.*, [2002] NSWSC 485; *SmithKline Beecham (Australia) Pty Ltd. v. Chipman*, [2003] FCA 796, 131 F.C.R. 500; *Rodriguez v. Pacificare of Texas, Inc.*, 980 F.2d 1014 (1993); *Tagatz v. Marquette University*, 861 F.2d 1040 (1988); *Apple Inc. v. Motorola, Inc.*, 757 F.3d 1286 (2014); *Agribrands Purina Canada Inc. v. Kasamekas*, 2010 ONSC 166; *R. v. Demetrius*, 2009 CanLII 22797; *International Hi-Tech Industries Inc. v. FANUC Robotics Canada Ltd.*, 2006 BCSC 2011; *Casurina Ltd. Partnership v. Rio Algom Ltd.* (2002), 28 B.L.R. (3d) 44; *Prairie Well Servicing Ltd. v. Tundra Oil and Gas Ltd.*, 2000 MBQB 52, 146 Man. R. (2d) 284; *Deemar v. College of Veterinarians of Ontario*, 2008 ONCA 600, 92 O.R. (3d) 97; *Coady v. Burton Canada Co.*, 2013 NSCA 95, 333 N.S.R. (2d) 348; *Fougere v. Blunden Construction Ltd.*, 2014 NSCA 52, 345 N.S.R. (2d) 385.

Statutes and Regulations Cited

Act to establish the new Code of Civil Procedure, S.Q. 2014, c. 1, arts. 22, 235 [not yet in force].
Civil Procedure Rules (Nova Scotia), rr. 55.01(2), 55.04 (1)(a), (b), (c).

C. (M.), 2014 ONCA 611, 13 C.R. (7th) 396; *National Justice Compania Naviera S.A. c. Prudential Assurance Co.*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 68, inf. par [1995] 1 Lloyd's Rep. 455; *Fellowes, McNeil c. Kansa General International Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 456; *Royal Trust Corp. of Canada c. Fisherman* (2000), 49 O.R. (3d) 187; *R. c. Docherty*, 2010 ONSC 3628; *Ocean c. Economical Mutual Insurance Co.*, 2010 NSSC 315, 293 N.S.R. (2d) 394; *Handley c. Punnett*, 2003 BCSC 294; *Bank of Montreal c. Citak*, [2001] O.J. No. 1096 (QL); *Dean Construction Co. c. M.J. Dixon Construction Ltd.*, 2011 ONSC 4629, 5 C.L.R. (4th) 240; *Hutchingame c. Johnstone*, 2006 BCSC 271; *Alfano c. Piersanti*, 2012 ONCA 297, 291 O.A.C. 62; *Kirby Lowbed Services Ltd. c. Bank of Nova Scotia*, 2003 BCSC 617; *Gould c. Western Coal Corp.*, 2012 ONSC 5184, 7 B.L.R. (5th) 19; *United City Properties Ltd. c. Tong*, 2010 BCSC 111; *R. c. INCO Ltd.* (2006), 80 O.R. (3d) 594; *R. c. Klassen*, 2003 MBQB 253, 179 Man. R. (2d) 115; *Gallant c. Brake-Patten*, 2012 NLCA 23, 321 Nfld. & P.E.I.R. 77; *R. c. Violette*, 2008 BCSC 920; *Armchair Passenger Transport Ltd. c. Helical Bar Plc*, [2003] EWHC 367; *R. (Factortame Ltd.) c. Secretary of State for Transport*, [2002] EWCA Civ 932, [2003] Q.B. 381; *Gallaher International Ltd. c. Tlais Enterprises Ltd.*, [2007] EWHC 464; *Meat Corp. of Namibia Ltd. c. Dawn Meats (U.K.) Ltd.*, [2011] EWHC 474; *Matchbet Ltd. c. Openbet Retail Ltd.*, [2013] EWHC 3067; *FGT Custodians Pty. Ltd. c. Fagenblat*, [2003] VSCA 33; *Collins Thomson c. Clayton*, [2002] NSWSC 366; *Kirch Communications Pty Ltd. c. Gene Engineering Pty Ltd.*, [2002] NSWSC 485; *SmithKline Beecham (Australia) Pty Ltd. c. Chipman*, [2003] FCA 796, 131 F.C.R. 500; *Rodriguez c. Pacificare of Texas, Inc.*, 980 F.2d 1014 (1993); *Tagatz c. Marquette University*, 861 F.2d 1040 (1988); *Apple Inc. c. Motorola, Inc.*, 757 F.3d 1286 (2014); *Agribrands Purina Canada Inc. c. Kasamekas*, 2010 ONSC 166; *R. c. Demetrius*, 2009 CanLII 22797; *International Hi-Tech Industries Inc. c. FANUC Robotics Canada Ltd.*, 2006 BCSC 2011; *Casurina Ltd. Partnership c. Rio Algom Ltd.* (2002), 28 B.L.R. (3d) 44; *Prairie Well Servicing Ltd. c. Tundra Oil and Gas Ltd.*, 2000 MBQB 52, 146 Man. R. (2d) 284; *Deemar c. College of Veterinarians of Ontario*, 2008 ONCA 600, 92 O.R. (3d) 97; *Coady c. Burton Canada Co.*, 2013 NSCA 95, 333 N.S.R. (2d) 348; *Fougere c. Blunden Construction Ltd.*, 2014 NSCA 52, 345 N.S.R. (2d) 385.

Lois et règlements cités

Loi instituant le nouveau Code de procédure civile, L.Q. 2014, c. 1, art. 22, 235 [non en vigueur].
Règles de la Cour du Banc de la Reine (Saskatchewan), règle 5-37.

Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 52.2(1)(c).
Queen's Bench Rules (Saskatchewan), r. 5-37.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 4.1.01(1), (2), 53.03(2.1).
Rules of Civil Procedure (Prince Edward Island), r. 53.03(3)(g).
Rules of Court, Y.O.I.C. 2009/65, r. 34(23).
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, rr. 11-2(1), (2).

Authors Cited

Anderson, Glenn R. *Expert Evidence*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
 Béchard, Donald, avec la collaboration de Jessica Béchard. *L'expert*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2011.
Canadian Encyclopedic Digest, Ontario 4th ed., vol. 24. Toronto: Carswell, 2014 (loose-leaf updated 2014, release 6).
 Chamberland, Luc. *Le nouveau Code de procédure civile commenté*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2014.
Corpus Juris Secundum, vol. 32. Eagan, Minn.: Thomson West, 2008.
Cross and Tapper on Evidence, 12th ed. by Colin Tapper. Oxford: Oxford University Press, 2010.
 Freckelton, Ian, and Hugh Selby. *Expert Evidence: Law, Practice, Procedure and Advocacy*, 5th ed. Pyrmont, N.S.W.: Lawbook Co., 2013.
Halsbury's Laws of Canada: Evidence, 2014 Reissue, contributed by Hamish C. Stewart. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
 Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
McWilliams' Canadian Criminal Evidence, 5th ed. by S. Casey Hill, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds. Toronto: Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated 2014, release 5).
 Michell, Paul, and Renu Mandhane. "The Uncertain Duty of the Expert Witness" (2005), 42 *Alta. L. Rev.* 635.
 Ontario. *Civil Justice Reform Project: Summary of Findings & Recommendations* (Osborne Report). Toronto: Ministry of Attorney General, 2007.
 Ontario. *Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario: Report* (Goudge Report). Toronto: Ministry of the Attorney General, 2008.
 Ontario. *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report* (Kaufman Report). Toronto: Ministry of the Attorney General, 1998.

Règles de procédure, Y.D. 2009/65, règle 34(23).
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 4.1.01(1), (2), 53.03(2.1).
Règles de procédure civile (Nouvelle-Écosse), règles 55.01(2), 55.04(1)a), b), c).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 52.2(1)c).
Rules of Civil Procedure (Île-du-Prince-Édouard), règle 53.03(3)(g).
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, règles 11-2(1), (2).

Doctrine et autres documents cités

Anderson, Glenn R. *Expert Evidence*, 3rd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
 Béchard, Donald, avec la collaboration de Jessica Béchard. *L'expert*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011.
Canadian Encyclopedic Digest, Ontario 4th ed., vol. 24. Toronto, Carswell, 2014 (loose-leaf updated 2014, release 6).
 Chamberland, Luc. *Le nouveau Code de procédure civile commenté*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
Corpus Juris Secundum, vol. 32, Eagan (Minn.), Thomson West, 2008.
Cross and Tapper on Evidence, 12th ed. by Colin Tapper, Oxford, Oxford University Press, 2010.
 Freckelton, Ian, and Hugh Selby. *Expert Evidence : Law, Practice, Procedure and Advocacy*, 5th ed., Pyrmont (N.S.W.), Lawbook Co., 2013.
Halsbury's Laws of Canada : Evidence, 2014 Reissue, contributed by Hamish C. Stewart, Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
 Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
McWilliams' Canadian Criminal Evidence, 5th ed. by S. Casey Hill, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds., Toronto, Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated 2014, release 5).
 Michell, Paul, and Renu Mandhane. « The Uncertain Duty of the Expert Witness » (2005), 42 *Alta. L. Rev.* 635.
 Ontario. *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin : Rapport* (Rapport Kaufman), Toronto, Ministère du Procureur général, 1998.
 Ontario. *Projet de réforme du système de justice civile : Résumé des conclusions et des recommandations* (Rapport Osborne), Toronto, Ministère du Procureur général, 2007.

Paciocco, David. “Taking a ‘Gouge’ out of Bluster and Blarney: an ‘Evidence-Based Approach’ to Expert Testimony” (2009), 13 *Can. Crim. L.R.* 135.

Paciocco, David M. “Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System: Strategies for Changing the Tune on Partial Experts” (2009), 34 *Queen’s L.J.* 565.

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2015.

Phipson on Evidence, 18th ed. by Hodge M. Malek et al., eds. London: Sweet & Maxwell, 2013.

Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.

Thayer, James Bradley. *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*. Boston: Little, Brown and Co., 1898 (reprinted South Hackensack, N.J.: Rothman Reprints, Inc., 1969).

United Kingdom. *Access to Justice: Final Report* (Woolf Report). London: HMSO, 1996.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (MacDonald C.J. and Oland and Beveridge J.J.A.), 2013 NSCA 66, 330 N.S.R. (2d) 301, 361 D.L.R. (4th) 659, 36 C.P.C. (7th) 22, [2013] N.S.J. No. 259 (QL), 2013 CarswellNS 360 (WL Can.), setting aside in part a decision of Pickup J., 2012 NSSC 210, 317 N.S.R. (2d) 283, 26 C.P.C. (7th) 280, [2012] N.S.J. No. 289 (QL), 2012 CarswellNS 376 (WL Can.). Appeal dismissed.

Alan D’Silva, James Wilson and Aaron Kreaden, for the appellants.

Jon Laxer and Brian F. P. Murphy, for the respondents.

Michael H. Morris, for the intervener the Attorney General of Canada.

Matthew Gourlay, for the intervener the Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Ontario. *Rapport de la Commission d’enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario* (Rapport Gouge), Toronto, Ministère du Procureur général, 2008.

Paciocco, David. « Taking a “Gouge” out of Bluster and Blarney : an “Evidence-Based Approach” to Expert Testimony » (2009), 13 *Rev. can. D.P.* 135.

Paciocco, David M. « Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System : Strategies for Changing the Tune on Partial Experts » (2009), 34 *Queen’s L.J.* 565.

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed., Toronto, Irwin Law, 2015.

Phipson on Evidence, 18th ed. by Hodge M. Malek et al., eds., London, Sweet & Maxwell, 2013.

Royaume-Uni. *Access to Justice : Final Report* (Woolf Report), London, HMSO, 1996.

Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008.

Thayer, James Bradley. *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Boston, Little, Brown and Co., 1898 (reprinted South Hackensack (N.J.), Rothman Reprints, Inc., 1969).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse (le juge en chef MacDonald et les juges Oland et Beveridge), 2013 NSCA 66, 330 N.S.R. (2d) 301, 361 D.L.R. (4th) 659, 36 C.P.C. (7th) 22, [2013] N.S.J. No. 259 (QL), 2013 CarswellNS 360 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du juge Pickup, 2012 NSSC 210, 317 N.S.R. (2d) 283, 26 C.P.C. (7th) 280, [2012] N.S.J. No. 289 (QL), 2012 CarswellNS 376 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Alan D’Silva, James Wilson et Aaron Kreaden, pour les appelants.

Jon Laxer et Brian F. P. Murphy, pour les intimées.

Michael H. Morris, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Matthew Gourlay, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu
par

CROMWELL J. —

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction and Issues

I. Introduction et questions en litige

[1] Expert opinion evidence can be a key element in the search for truth, but it may also pose special dangers. To guard against them, the Court over the last 20 years or so has progressively tightened the rules of admissibility and enhanced the trial judge's gatekeeping role. These developments seek to ensure that expert opinion evidence meets certain basic standards before it is admitted. The question on this appeal is whether one of these basic standards for admissibility should relate to the proposed expert's independence and impartiality. In my view, it should.

[1] Le témoignage d'expert peut constituer la pièce maîtresse dans la recherche de la vérité tout comme il peut présenter des dangers particuliers. Pour se prémunir contre ces dangers, la Cour depuis une vingtaine d'années resserre graduellement les règles d'admissibilité et renforce le rôle de gardien du juge de première instance. Ainsi, l'admission du témoignage d'expert est subordonnée au respect de certaines normes fondamentales. La question à trancher dans le cadre du présent pourvoi est de savoir si l'indépendance et l'impartialité de l'expert que l'on se propose de citer comme témoin devraient compter au nombre de ces normes fondamentales d'admissibilité. À mon avis elles devraient l'être.

[2] Expert witnesses have a special duty to the court to provide fair, objective and non-partisan assistance. A proposed expert witness who is unable or unwilling to comply with this duty is not qualified to give expert opinion evidence and should not be permitted to do so. Less fundamental concerns about an expert's independence and impartiality should be taken into account in the broader, overall weighing of the costs and benefits of receiving the evidence.

[2] Le témoin expert a l'obligation particulière d'apporter au tribunal une aide juste, objective et impartiale. La personne que l'on se propose de citer à ce titre, mais qui ne peut ou ne veut se conformer à cette obligation, n'a pas la qualification pour témoigner à titre d'expert et ne devrait pas y être autorisée. Des réserves moins fondamentales quant à l'indépendance et à l'impartialité de l'expert devraient jouer dans l'analyse globale des coûts et des bénéfices de l'admission du témoignage.

[3] Applying these principles, I agree with the conclusion reached by the majority of the Nova Scotia Court of Appeal and would therefore dismiss this appeal with costs.

[3] Appliquant ces principes, je partage la conclusion à laquelle sont parvenus les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse et suis d'avis de rejeter le présent pourvoi avec dépens.

II. Overview of the Facts and Judicial History

II. Rappel des faits et historique judiciaire

A. Facts and Proceedings

A. Les faits et la procédure

[4] The appeal arises out of a professional negligence action by the respondents (who I will call the shareholders) against the appellants, the former auditors of their company (I will refer to them as the auditors). The shareholders started the action after they had retained a different accounting firm, the

[4] Le présent pourvoi découle d'une action pour négligence professionnelle intentée par les intimées (ci-après « les actionnaires ») contre les appelants, les anciens vérificateurs de leur compagnie (ci-après « les vérificateurs »). Les actionnaires ont intenté cette poursuite après avoir engagé un autre cabinet

Kentville office of Grant Thornton LLP, to perform various accounting tasks and which in their view revealed problems with the auditors' previous work. The central allegation in the action is that the auditors' failure to apply generally accepted auditing and accounting standards while carrying out their functions caused financial loss to the shareholders. The main question in the action boils down to whether the auditors were negligent in the performance of their professional duties.

[5] The auditors brought a motion for summary judgment in August of 2010, seeking to have the shareholders' action dismissed. In response, the shareholders retained Susan MacMillan, a forensic accounting partner at the Halifax office of Grant Thornton, to review all the relevant materials, including the documents filed in the action, and to prepare a report of her findings. Her affidavit set out her findings, including her opinion that the auditors had not complied with their professional obligations to the shareholders. The auditors applied to strike out Ms. MacMillan's affidavit on the grounds that she was not an impartial expert witness. They argued that the action comes down to a battle of opinion between two accounting firms — the auditors' and the expert witness's. Ms. MacMillan's firm could be exposed to liability if its approach was not accepted by the court and, as a partner, Ms. MacMillan could be personally liable. Her potential liability if her opinion were not accepted gives her a personal financial interest in the outcome of the litigations and this, in the auditors' submission, ought to disqualify her from testifying.

[6] The proceedings since have been neither summary nor resulted in a judgment. Instead, the litigation has been focused on the expert evidence issue; the summary judgment application has not yet been heard on its merits.

comptable, Grant Thornton srl, de Kentville, pour effectuer diverses tâches comptables, qui, selon eux, avaient révélé des erreurs par les vérificateurs précédents. Les actionnaires reprochent essentiellement aux vérificateurs de ne pas avoir appliqué les normes de vérification et comptables généralement reconnues et de leur avoir ainsi causé une perte. La principale question dans le cadre de l'action est de savoir si les vérificateurs ont fait preuve de négligence dans l'exercice de leurs fonctions.

[5] En août 2010, les vérificateurs ont présenté une requête en jugement sommaire visant à faire rejeter l'action. En réponse, les actionnaires ont fait appel à M^{me} Susan MacMillan, une associée en juricomptabilité du cabinet Grant Thornton de Halifax, pour qu'elle examine tous les documents pertinents, notamment ceux déposés dans le cadre de l'action, et rédige un rapport de ses constatations. Son affidavit expose ces dernières, notamment que les vérificateurs, selon elle, ne se sont pas acquittés de leurs obligations professionnelles envers les actionnaires. Les vérificateurs ont présenté une requête en radiation de l'affidavit de M^{me} MacMillan au motif qu'elle n'était pas un témoin expert impartial. Ils ont fait valoir que l'action se résumait à une bataille d'opinions entre deux cabinets comptables, en l'occurrence celui des vérificateurs et celui du témoin expert. Le cabinet de M^{me} MacMillan pourrait être tenu responsable si sa démarche n'était pas acceptée par le tribunal et, en tant qu'associée, M^{me} MacMillan pourrait être tenue personnellement responsable. Sa responsabilité potentielle — si son opinion n'était pas acceptée — se traduit par un intérêt financier personnel dans le règlement du litige; or, de l'avis des vérificateurs, cela devrait suffire à la rendre inhabile à témoigner.

[6] Depuis, l'instance a été tout sauf sommaire et ne s'est toujours pas soldée par un jugement. Le litige a plutôt porté sur la question du témoignage de l'expert; la requête en jugement sommaire n'a pas encore été entendue sur le fond.

B. *Judgments Below*

- (1) Nova Scotia Supreme Court: 2012 NSSC 210, 317 N.S.R. (2d) 283 (Pickup J.)

[7] Pickup J. essentially agreed with the auditors and struck out the MacMillan affidavit in its entirety: para. 106. He found that, in order to be admissible, an expert's evidence "must be, and be seen to be, independent and impartial": para. 99. Applying that test, he concluded that this was one of those "... does not meet the threshold requirements for admissibility": para. 101.

- (2) Nova Scotia Court of Appeal: 2013 NSCA 66, 330 N.S.R. (2d) 301 (Beveridge J.A., Oland J.A. Concurring; MacDonald C.J.N.S. Dissenting)

[8] The majority of the Court of Appeal concluded that the motions judge erred in excluding Ms. MacMillan's affidavit. Beveridge J.A. wrote that while the court has discretion to exclude expert evidence due to actual bias or partiality, the test adopted by the motions judge — that an expert "must be, and be seen to be, independent and impartial" — was wrong in law. He ought not to have ruled her evidence inadmissible and struck out her affidavit.

[9] MacDonald C.J.N.S., dissenting, would have upheld the motions judge's decision because he had properly articulated and applied the relevant legal principles.

III. Analysis

A. *Overview*

[10] In my view, expert witnesses have a duty to the court to give fair, objective and non-partisan opinion evidence. They must be aware of this duty and able and willing to carry it out. If they do not meet this threshold requirement, their evidence should not be admitted. Once this threshold is met,

B. *Les juridictions inférieures*

- (1) Cour suprême de la Nouvelle-Écosse : 2012 NSSC 210, 317 N.S.R. (2d) 283 (le juge Pickup)

[7] Le juge Pickup s'est dit d'accord avec les vérificateurs pour l'essentiel et a radié intégralement l'affidavit de M^{me} MacMillan (par. 106). Il était d'avis que, pour être admissible, le témoignage de l'expert [TRADUCTION] « doit être indépendant et impartial et être perçu comme tel » (par. 99) et, partant, a conclu qu'il s'agissait de l'un des « cas les plus évidents où la fiabilité de l'expert [...] ne satisfait pas aux critères d'admissibilité » (par. 101).

- (2) Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse : 2013 NSCA 66, 330 N.S.R. (2d) 301 (le juge Beveridge, avec l'appui de la juge Oland; le juge en chef MacDonald est dissident)

[8] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que le juge des requêtes avait eu tort d'exclure l'affidavit de M^{me} MacMillan. Le juge Beveridge a écrit que, si le tribunal peut, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, écarter le témoignage de l'expert pour cause de partialité réelle, le critère retenu par le juge des requêtes, en l'occurrence que l'expert « doit être indépendant et impartial et être perçu comme tel », était mal fondé en droit. Il n'aurait pas dû déclarer inadmissible le témoignage de M^{me} MacMillan ni radier son affidavit.

[9] Le juge en chef MacDonald, dissident, était d'avis de confirmer la décision du juge des requêtes, parce que ce dernier avait selon lui exposé et appliqué correctement les principes juridiques pertinents.

III. Analyse

A. *Aperçu*

[10] Selon moi, l'expert a l'obligation envers le tribunal de donner un témoignage d'opinion qui soit juste, objectif et impartial. Il doit être conscient de cette obligation et pouvoir et vouloir s'en acquitter. S'il ne satisfait pas à ce critère, son témoignage ne devrait pas être admis. Or, dès lors qu'il y est satisfait,

however, concerns about an expert witness's independence or impartiality should be considered as part of the overall weighing of the costs and benefits of admitting the evidence. This common law approach is, of course, subject to statutory and related provisions which may establish different rules of admissibility.

B. *Expert Witness Independence and Impartiality*

[11] There have been long-standing concerns about whether expert witnesses hired by the parties are impartial in the sense that they are expressing their own unbiased professional opinion and whether they are independent in the sense that their opinion is the product of their own, independent conclusions based on their own knowledge and judgment: see, e.g., G. R. Anderson, *Expert Evidence* (3rd ed. 2014), at p. 509; S. N. Lederman, A. W. Bryant and M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (4th ed. 2014), at p. 783. As Sir George Jessel, M.R., put it in the 1870s, “[u]ndoubtedly there is a natural bias to do something serviceable for those who employ you and adequately remunerate you. It is very natural, and it is so effectual, that we constantly see persons, instead of considering themselves witnesses, rather consider themselves as the paid agents of the person who employs them”: *Lord Abinger v. Ashton* (1873), L.R. 17 Eq. 358, at p. 374.

[12] Recent experience has only exacerbated these concerns; we are now all too aware that an expert's lack of independence and impartiality can result in egregious miscarriages of justice: *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275, at para. 52. As observed by Beveridge J.A. in this case, *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report* (1998) authored by the Honourable Fred Kaufman and the *Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario: Report* (2008) conducted by the Honourable Stephen T. Goudge provide two striking examples where “[s]eemingly solid and impartial, but flawed, forensic scientific opinion has played a prominent role in miscarriages of justice”: para. 105. Other reports outline the critical need for impartial and independent expert evidence in civil litigation: *ibid.*, at para. 106; see the Right

les réserves quant à l'indépendance ou à l'impartialité du témoin expert devraient être examinées dans l'évaluation globale des coûts et des bénéfices de l'admission du témoignage. Cette démarche issue de la common law cède le pas bien sûr aux dispositions législatives et connexes établissant dans certains cas des règles d'admissibilité différentes.

B. *Impartialité et indépendance du témoin expert*

[11] Les préoccupations quant à savoir si les témoins experts retenus par les parties sont impartiaux — c'est-à-dire s'ils expriment leur opinion professionnelle sans parti pris — et indépendants — c'est-à-dire si leur opinion est le fruit des conclusions auxquelles ils sont parvenus de façon indépendante en se fondant sur leurs propres connaissances et jugement — ne datent pas d'hier (voir, p. ex., G. R. Anderson, *Expert Evidence* (3^e éd. 2014), p. 509; S. N. Lederman, A. W. Bryant et M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (4^e éd. 2014), p. 783). Comme le soulignait Sir George Jessel, maître des rôles, dans les années 1870, [TRADUCTION] « [i]l existe indubitablement une tendance naturelle à faire quelque chose d'utile pour celui qui nous emploie et nous rémunère bien. C'est tout à fait naturel et si infaillible que nous voyons constamment des personnes qui se considèrent, non pas comme des témoins, mais comme les mandataires rémunérés de la personne qui les emploie » (*Lord Abinger c. Ashton* (1873), L.R. 17 Eq. 358, p. 374).

[12] L'expérience récente n'a fait qu'aviver ces préoccupations; nous savons que trop bien que le manque d'indépendance et d'impartialité d'un expert peut donner lieu à de très graves erreurs judiciaires (*R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275, par. 52). Comme l'a souligné le juge Beveridge dans la présente affaire, la *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin : Rapport* (1998), rédigé par l'honorable Fred Kaufman, et le *Rapport de la Commission d'enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario* (2008), de l'honorable Stephen T. Goudge, donnent deux exemples concrets de cas où [TRADUCTION] « [l]'opinion apparemment solide et impartiale, mais erronée, d'un scientifique expert a joué un rôle de premier plan dans des erreurs judiciaires » (par. 105). D'autres rapports mettent en évidence la nécessité cruciale que l'expert

Honourable Lord Woolf, *Access to Justice: Final Report* (1996); the Honourable Coulter A. Osborne, *Civil Justice Reform Project: Summary of Findings & Recommendations* (2007).

[13] To decide how our law of evidence should best respond to these concerns, we must confront several questions: Should concerns about potentially biased expert opinion go to admissibility or only to weight?; If to admissibility, should these concerns be addressed by a threshold requirement for admissibility, by a judicial discretion to exclude, or both?; At what point do these concerns justify exclusion of the evidence?; And finally, how is our response to these concerns integrated into the existing legal framework governing the admissibility of expert opinion evidence? To answer these questions, we must first consider the existing legal framework governing admissibility, identify the duties that an expert witness has to the court and then turn to how those duties are best reflected in that legal framework.

C. *The Legal Framework*

(1) The Exclusionary Rule for Opinion Evidence

[14] To the modern general rule that all relevant evidence is admissible there are many qualifications. One of them relates to opinion evidence, which is the subject of a complicated exclusionary rule. Witnesses are to testify as to the facts which they perceived, not as to the inferences — that is, the opinions — that they drew from them. As one great evidence scholar put it long ago, it is “for the jury to form opinions, and draw inferences and conclusions, and not for the witness”: J. B. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* (1898; reprinted 1969), at p. 524; see also C. Tapper, *Cross and Tapper on Evidence* (12th ed. 2010), at p. 530. While various rationales have been offered for this exclusionary rule, the most convincing is probably that these ready-formed inferences are not helpful to the trier of fact and might even be misleading: see, e.g., *Graat v. The Queen*, [1982] 2

soit impartial et indépendant dans les procès civils (*ibid.*, par. 106; voir le très honorable lord Woolf, *Access to Justice : Final Report* (1996); l’honorable Coulter A. Osborne, *Projet de réforme du système de justice civile : Résumé des conclusions et des recommandations* (2007)).

[13] Pour déterminer la meilleure solution en droit de la preuve à ces préoccupations, il nous faut nous poser plusieurs questions. Est-ce que les réserves au sujet du parti pris possible d’un expert jouent au regard de l’admissibilité de son témoignage ou seulement de la valeur probante de ce dernier? Dans le premier cas, devrait-on y répondre par un critère d’admissibilité, par un pouvoir discrétionnaire permettant d’écarter la preuve ou les deux? Quand justifient-elles que soit exclu un témoignage? Enfin, comment la solution s’inscrit-elle dans le cadre juridique actuel régissant l’admissibilité des témoignages d’experts? Pour répondre à ces questions, nous devons d’abord nous pencher sur ce cadre juridique, circonscrire les obligations du témoin envers le tribunal, puis voir comment ces dernières s’intègrent le mieux dans le cadre juridique.

C. *Le cadre juridique*

(1) La règle d’exclusion des témoignages d’opinion

[14] La règle générale moderne selon laquelle toute preuve pertinente est admissible est assortie de nombreuses exceptions. L’une d’elles a trait au témoignage d’opinion, lequel fait l’objet d’une règle d’exclusion complexe. La déposition des témoins doit relater les faits qu’ils ont perçus, et non présenter les inférences, ou opinions, qu’ils en tirent. Comme l’a dit il y a longtemps un éminent spécialiste de la preuve, [TRANSCRIPTION] « c’est au jury de se faire une opinion et de tirer des inférences et des conclusions, pas au témoin » (J. B. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* (1898; réimprimé 1969), p. 524; voir également C. Tapper, *Cross and Tapper on Evidence* (12^e éd. 2010), p. 530). Même si plusieurs raisons ont été avancées pour expliquer cette règle d’exclusion, la plus convaincante est probablement celle selon laquelle ces inférences toutes faites ne sont

S.C.R. 819, at p. 836; *Halsbury's Laws of Canada: Evidence* (2014 Reissue), at para. HEV-137 “General rule against opinion evidence”.

[15] Not all opinion evidence is excluded, however. Most relevant for this case is the exception for expert opinion evidence on matters requiring specialized knowledge. As Prof. Tapper put it, “the law recognizes that, so far as matters calling for special knowledge or skill are concerned, judges and jurors are not necessarily equipped to draw true inferences from facts stated by witnesses. A witness is therefore allowed to state his opinion about such matters, provided he is expert in them”: p. 530; see also *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, at p. 42.

(2) The Current Legal Framework for Expert Opinion Evidence

[16] Since at least the mid-1990s, the Court has responded to a number of concerns about the impact on the litigation process of expert evidence of dubious value. The jurisprudence has clarified and tightened the threshold requirements for admissibility, added new requirements in order to assure reliability, particularly of novel scientific evidence, and emphasized the important role that judges should play as “gatekeepers” to screen out proposed evidence whose value does not justify the risk of confusion, time and expense that may result from its admission.

[17] We can take as the starting point for these developments the Court’s decision in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9. That case described the potential dangers of expert evidence and established a four-part threshold test for admissibility. The dangers are well known. One is that the trier of fact will inappropriately defer to the expert’s opinion rather

pas utiles au juge des faits et peuvent même l’induire en erreur (voir, p. ex., *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819, p. 836; *Halsbury's Laws of Canada : Evidence* (2014 réédition), par. HEV-137 « General rule against opinion evidence »).

[15] Cependant, ce ne sont pas tous les témoignages d’opinion qui sont exclus. L’exception qui nous intéresse plus particulièrement dans le présent pourvoi est celle qui s’applique au témoignage d’opinion d’un expert sur des questions qui exigent des connaissances spécialisées. Pour reprendre les propos du professeur Tapper, [TRADUCTION] « le droit reconnaît que, dans la mesure où les questions exigent des connaissances ou des compétences particulières, les juges et les jurés ne sont pas forcément en mesure de tirer une véritable conclusion d’après les faits relatés par les témoins. Le témoin est par conséquent admis à faire part de son opinion sur ces questions, pourvu qu’il soit un expert en la matière » (p. 530; voir également *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, p. 42).

(2) Le cadre juridique actuel régissant le témoignage d’opinion d’un expert

[16] Depuis au moins le milieu des années 1990, la Cour a répondu à nombre de préoccupations concernant l’incidence d’une preuve d’expert d’une valeur douteuse sur le déroulement de l’instance. La jurisprudence a clarifié et resserré les critères d’admissibilité, établi de nouvelles exigences de fiabilité, notamment en ce qui concerne la preuve issue de sciences nouvelles, et renforcé l’important rôle de « gardien » du juge qui consiste à écarter d’emblée les témoignages dont la valeur ne justifie pas la confusion, la lenteur et les frais que leur admission risque de causer.

[17] Nous pouvons prendre comme point de départ de cette nouvelle tendance la décision de la Cour dans l’affaire *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9. Cet arrêt a mis en lumière les dangers du témoignage d’expert et établi un critère à quatre volets pour en évaluer l’admissibilité. Ces dangers sont bien connus. Il y a notamment le risque que le juge des faits

than carefully evaluate it. As Sopinka J. observed in *Mohan*:

There is a danger that expert evidence will be misused and will distort the fact-finding process. Dressed up in scientific language which the jury does not easily understand and submitted through a witness of impressive antecedents, this evidence is apt to be accepted by the jury as being virtually infallible and as having more weight than it deserves. [p. 21]

(See also *D.D.*, at para. 53; *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600, at paras. 25-26; *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272, at para. 46.)

[18] The point is to preserve trial by judge and jury, not devolve to trial by expert. There is a risk that the jury “will be unable to make an effective and critical assessment of the evidence”: *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, at para. 90, leave to appeal refused, [2010] 2 S.C.R. v. The trier of fact must be able to use its “informed judgment”, not simply decide on the basis of an “act of faith” in the expert’s opinion: *J.-L.J.*, at para. 56. The risk of “attornment to the opinion of the expert” is also exacerbated by the fact that expert evidence is resistant to effective cross-examination by counsel who are not experts in that field: *D.D.*, at para. 54. The cases address a number of other related concerns: the potential prejudice created by the expert’s reliance on unproven material not subject to cross-examination (*D.D.*, at para. 55); the risk of admitting “junk science” (*J.-L.J.*, at para. 25); and the risk that a “contest of experts” distracts rather than assists the trier of fact (*Mohan*, at p. 24). Another well-known danger associated with the admissibility of expert evidence is that it may lead to an inordinate expenditure of time and money: *Mohan*, at p. 21; *D.D.*, at para. 56; *Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387, at para. 76.

[19] To address these dangers, *Mohan* established a basic structure for the law relating to the admissibility

s’en remettrait inconsidérément à l’opinion de l’expert au lieu de l’évaluer avec circonspection. Comme le souligne le juge Sopinka dans l’arrêt *Mohan* :

La preuve d’expert risque d’être utilisée à mauvais escient et de fausser le processus de recherche des faits. Exprimée en des termes scientifiques que le jury ne comprend pas bien et présentée par un témoin aux qualifications impressionnantes, cette preuve est susceptible d’être considérée par le jury comme étant pratiquement infaillible et comme ayant plus de poids qu’elle ne le mérite. [p. 21]

(Voir également *D.D.*, par. 53; *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600, par. 25-26; *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272, par. 46.)

[18] Il s’agit de préserver le procès devant juge et jury, et non pas d’y substituer le procès instruit par des experts. Il y a un risque que le jury [TRADUCTION] « soit incapable de faire un examen critique et efficace de la preuve » (*R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, par. 90, autorisation d’appel refusée, [2010] 2 R.C.S. v). Le juge des faits doit faire appel à son « jugement éclairé » plutôt que simplement trancher la question sur le fondement d’un « acte de confiance » à l’égard de l’opinion de l’expert (*J.-L.J.*, par. 56). Le danger de « s’en remettre à l’opinion de l’expert » est également exacerbé par le fait que la preuve d’expert est imperméable au contre-interrogatoire efficace par des avocats qui ne sont pas des experts dans ce domaine (*D.D.*, par. 54). La jurisprudence aborde un certain nombre d’autres problèmes connexes : le préjudice qui pourrait éventuellement découler d’une opinion d’expert fondée sur des informations qui ne sont pas attestées sous serment et qui ne peuvent pas faire l’objet d’un contre-interrogatoire (*D.D.*, par. 55); le danger d’admettre en preuve de la « science de pacotille » (*J.-L.J.*, par. 25); le risque qu’un « concours d’experts » ne distraie le juge des faits au lieu de l’aider (*Mohan*, p. 24). Un autre danger bien connu associé à l’admission de la preuve d’expert est le fait qu’elle peut exiger un délai et des frais démesurés (*Mohan*, p. 21; *D.D.*, par. 56; *Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387, par. 76).

[19] Pour parer à ces dangers, la Cour dans l’arrêt *Mohan* a établi une structure de base à deux volets

of expert opinion evidence. That structure has two main components. First, there are four threshold requirements that the proponent of the evidence must establish in order for proposed expert opinion evidence to be admissible: (1) relevance; (2) necessity in assisting the trier of fact; (3) absence of an exclusionary rule; and (4) a properly qualified expert (*Mohan*, at pp. 20-25; see also *Sekhon*, at para. 43). *Mohan* also underlined the important role of trial judges in assessing whether otherwise admissible expert evidence should be excluded because its probative value was overborne by its prejudicial effect — a residual discretion to exclude evidence based on a cost-benefit analysis: p. 21. This is the second component, which the subsequent jurisprudence has further emphasized: Lederman, Bryant and Fuerst, at pp. 789-90; *J.-L.J.*, at para. 28.

[20] *Mohan* and the jurisprudence since, however, have not explicitly addressed how this “cost-benefit” component fits into the overall analysis. The reasons in *Mohan* engaged in a cost-benefit analysis with respect to particular elements of the four threshold requirements, but they also noted that the cost-benefit analysis could be an aspect of exercising the overall discretion to exclude evidence whose probative value does not justify its admission in light of its potentially prejudicial effects: p. 21. The jurisprudence since *Mohan* has also focused on particular aspects of expert opinion evidence, but again without always being explicit about where additional concerns fit into the analysis. The unmistakable overall trend of the jurisprudence, however, has been to tighten the admissibility requirements and to enhance the judge’s gatekeeping role.

[21] So, for example, the necessity threshold criterion was emphasized in cases such as *D.D.* The majority underlined that the necessity requirement exists “to ensure that the dangers associated with expert evidence are not lightly tolerated” and that “[m]ere relevance or ‘helpfulness’ is not enough”: para. 46. Other cases have addressed the reliability of the science underlying an opinion and indeed technical evidence in general: *J.-L.J.*; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239. The question remains, however, as to where the cost-benefit analysis

définissant les règles d’admissibilité du témoignage d’opinion d’un expert. En premier lieu, celui qui cherche à faire admettre une preuve d’opinion émanant d’un expert doit démontrer qu’elle satisfait à quatre critères : (1) la pertinence; (2) la nécessité d’aider le juge des faits; (3) l’absence de toute règle d’exclusion; (4) la qualification suffisante de l’expert (*Mohan*, p. 20-25; voir également *Sekhon*, par. 43). L’arrêt *Mohan* insiste par ailleurs sur le rôle important du juge du procès pour déterminer si une preuve d’expert par ailleurs admissible devrait être exclue parce que sa valeur probante est surpassée par son effet préjudiciable — un pouvoir discrétionnaire résiduel permettant d’exclure une preuve à l’issue d’une analyse coût-bénéfices (p. 21). Il s’agit du second volet de la structure, mis en évidence par la jurisprudence ultérieure (Lederman, Bryant et Fuerst, p. 789-790; *J.-L.J.*, par. 28).

[20] L’arrêt *Mohan* et la jurisprudence ultérieure ne précisent toutefois pas comment cette analyse « du coût et des bénéfices » s’inscrit dans l’analyse globale. La Cour dans cet arrêt procède à l’analyse coût-bénéfices relativement à certains des quatre critères, mais elle fait aussi observer qu’une telle analyse peut relever de l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire général qui permet d’exclure une preuve dont la valeur probante ne justifie pas son admission, compte tenu de ses effets potentiellement préjudiciables (p. 21). Depuis l’arrêt *Mohan*, la jurisprudence s’est également intéressée à des aspects particuliers du témoignage d’opinion d’un expert, mais souvent sans expliciter la place qu’occupent ces autres préoccupations dans l’analyse. Cependant, la jurisprudence, dans son ensemble, tend indubitablement à resserrer les critères d’admissibilité et à renforcer le rôle de gardien du juge.

[21] Par exemple, le critère de nécessité a été mis en évidence dans des décisions telles que *D.D.* La majorité y souligne que l’exigence de nécessité « vise à ce que les dangers liés à la preuve d’expert ne soient pas traités à la légère », ajoutant que « [l]a simple pertinence ou “utilité” ne suffit pas » (par. 46). D’autres décisions ont abordé la fiabilité des principes scientifiques à la base d’une opinion et, en fait, des éléments de preuve techniques en général (*J.-L.J.*; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239). Toutefois, on ne sait toujours pas où exactement,

and concerns such as those about reliability fit into the overall analysis.

[22] *Abbey* (ONCA) introduced helpful analytical clarity by dividing the inquiry into two steps. With minor adjustments, I would adopt that approach.

[23] At the first step, the proponent of the evidence must establish the threshold requirements of admissibility. These are the four *Mohan* factors (relevance, necessity, absence of an exclusionary rule and a properly qualified expert) and in addition, in the case of an opinion based on novel or contested science or science used for a novel purpose, the reliability of the underlying science for that purpose: *J.-L.J.*, at paras. 33, 35-36 and 47; *Trochym*, at para. 27; Lederman, Bryant and Fuerst, at pp. 788-89 and 800-801. Relevance at this threshold stage refers to logical relevance: *Abbey* (ONCA), at para. 82; *J.-L.J.*, at para. 47. Evidence that does not meet these threshold requirements should be excluded. Note that I would retain necessity as a threshold requirement: *D.D.*, at para. 57; see D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7th ed. 2015), at pp. 209-10; *R. v. Boswell*, 2011 ONCA 283, 85 C.R. (6th) 290, at para. 13; *R. v. C. (M.)*, 2014 ONCA 611, 13 C.R. (7th) 396, at para. 72.

[24] At the second discretionary gatekeeping step, the judge balances the potential risks and benefits of admitting the evidence in order to decide whether the potential benefits justify the risks. The required balancing exercise has been described in various ways. In *Mohan*, Sopinka J. spoke of the “reliability versus effect factor” (p. 21), while in *J.-L.J.*, Binnie J. spoke about “relevance, reliability and necessity” being “measured against the counterweights of consumption of time, prejudice and confusion”: para. 47. Doherty J.A. summed it up well in *Abbey*, stating that the “trial judge must decide whether expert evidence that meets the preconditions to admissibility is sufficiently beneficial to the trial process to warrant its admission despite the potential harm to the trial process that may flow from the admission of the expert evidence”: para. 76.

dans l’analyse globale, s’inscrivent l’analyse coût-bénéfices et les préoccupations comme celles relatives à la fiabilité.

[22] L’arrêt *Abbey* (ONCA) a apporté des précisions utiles en scindant la démarche en deux temps. Je suis d’avis de l’adopter, à peu de choses près.

[23] Dans un premier temps, celui qui veut présenter le témoignage doit démontrer qu’il satisfait aux critères d’admissibilité, soit les quatre critères énoncés dans l’arrêt *Mohan*, à savoir la pertinence, la nécessité, l’absence de toute règle d’exclusion et la qualification suffisante de l’expert. De plus, dans le cas d’une opinion fondée sur une science nouvelle ou contestée ou sur une science utilisée à des fins nouvelles, la fiabilité des principes scientifiques étayant la preuve doit être démontrée (*J.-L.J.*, par. 33, 35-36 et 47; *Trochym*, par. 27; Lederman, Bryant et Fuerst, p. 788-789 et 800-801). Le critère de la pertinence, à ce stade, s’entend de la pertinence logique (*Abbey* (ONCA), par. 82; *J.-L.J.*, par. 47). Tout témoignage qui ne satisfait pas à ces critères devrait être exclu. Il est à noter qu’à mon avis, la nécessité demeure un critère (*D.D.*, par. 57; voir D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7^e éd. 2015), p. 209-210; *R. c. Boswell*, 2011 ONCA 283, 85 C.R. (6th) 290, par. 13; *R. c. C. (M.)*, 2014 ONCA 611, 13 C.R. (7th) 396, par. 72).

[24] Dans un deuxième temps, le juge-gardien exerce son pouvoir discrétionnaire en sopesant les risques et les bénéfices éventuels que présente l’admission du témoignage, afin de décider si les premiers sont justifiés par les seconds. Cet exercice nécessaire de pondération a été décrit de plusieurs façons. Dans l’arrêt *Mohan*, le juge Sopinka parle du « facteur fiabilité-effet » (p. 21), tandis que, dans l’arrêt *J.-L.J.*, le juge Binnie renvoie à « la pertinence, la fiabilité et la nécessité par rapport au délai, au préjudice, à la confusion qui peuvent résulter » (par. 47). Le juge Doherty résume bien la question dans l’arrêt *Abbey*, lorsqu’il explique que [TRADUCTION] « le juge du procès doit décider si le témoignage d’expert qui satisfait aux conditions préalables à l’admissibilité est assez avantageux pour le procès pour justifier son admission malgré le préjudice potentiel, pour le procès, qui peut découler de son admission » (par. 76).

[25] With this delineation of the analytical framework, we can turn to the nature of an expert's duty to the court and where it fits into that framework.

D. *The Expert's Duty to the Court or Tribunal*

[26] There is little controversy about the broad outlines of the expert witness's duty to the court. As Anderson writes, "[t]he duty to provide independent assistance to the Court by way of objective unbiased opinion has been stated many times by common law courts around the world": p. 227. I would add that a similar duty exists in the civil law of Quebec: J.-C. Royer and S. Lavallée, *La preuve civile* (4th ed. 2008), at para. 468; D. Béchar, with the collaboration of J. Béchar, *L'expert* (2011), c. 9; *An Act to establish the new Code of Civil Procedure*, S.Q. 2014, c. 1, art. 22 (not yet in force); L. Chamberland, *Le nouveau Code de procédure civile commenté* (2014), at pp. 14 and 121.

[27] One influential statement of the elements of this duty are found in the English case *National Justice Compania Naviera S.A. v. Prudential Assurance Co.*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 68 (Q.B.). Following an 87-day trial, Cresswell J. believed that a misunderstanding of the duties and responsibilities of expert witnesses contributed to the length of the trial. He listed in *obiter dictum* duties and responsibilities of experts, the first two of which have particularly influenced the development of Canadian law:

1. Expert evidence presented to the Court should be, and should be seen to be, the independent product of the expert uninfluenced as to form or content by the exigencies of litigation

2. An expert witness should provide independent assistance to the Court by way of objective unbiased opinion in relation to matters within his [or her] expertise An expert witness in the High Court should

[25] Le cadre analytique ainsi délimité, penchons-nous sur la nature de l'obligation de l'expert envers le tribunal et voyons comment elle s'inscrit dans ce cadre.

D. *L'obligation de l'expert envers le tribunal*

[26] Les grandes lignes de l'obligation du témoin expert envers le tribunal sont peu contestées. Comme Anderson l'écrit : [TRADUCTION] « L'obligation de fournir une aide indépendante au tribunal sous la forme d'avis objectif et exempt de parti pris a été énoncée à de nombreuses reprises par les tribunaux de common law un peu partout dans le monde » (p. 227). J'ajouterais qu'une obligation semblable existe en droit civil québécois (J.-C. Royer et S. Lavallée, *La preuve civile* (4^e éd. 2008), par. 468; D. Béchar, avec la collaboration de J. Béchar, *L'expert* (2011), c. 9; *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, L.Q. 2014, c. 1, art. 22 (non en vigueur); L. Chamberland, *Le nouveau Code de procédure civile commenté* (2014), p. 14 et 121).

[27] On trouve dans l'arrêt anglais *National Justice Compania Naviera S.A. c. Prudential Assurance Co.*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 68 (Q.B.), un énoncé des éléments de cette obligation qui fait autorité. Au terme d'un procès de 87 jours, le juge Cresswell a conclu qu'une méconnaissance des obligations et responsabilités des témoins experts avait contribué à prolonger le procès. Il a dressé, dans une remarque incidente, une liste des obligations et responsabilités des experts, dont les deux premiers points ont particulièrement influencé l'évolution du droit canadien :

[TRADUCTION]

1. Le témoignage de l'expert présenté à la Cour devrait être le produit indépendant de l'expert n'ayant subi quant à la forme ou au fond aucune influence dictée par les exigences du litige et être perçu comme tel . . .

2. Le rôle du témoin expert consiste à fournir une aide indépendante au tribunal sous la forme d'avis objectif et exempt de parti pris sur des questions relevant de son champ d'expertise [. . .] La personne qui témoigne

never assume the role of an advocate. [Emphasis added; citation omitted; p. 81.]

(These duties were endorsed on appeal: [1995] 1 Lloyd's Rep. 455 (C.A.), at p. 496.)

[28] Many provinces and territories have provided explicit guidance related to the duty of expert witnesses. In Nova Scotia, for example, the *Civil Procedure Rules* require that an expert's report be signed by the expert who must make (among others) the following representations to the court: that the expert is providing an objective opinion for the assistance of the court; that the expert is prepared to apply independent judgment when assisting the court; and that the report includes everything the expert regards as relevant to the expressed opinion and draws attention to anything that could reasonably lead to a different conclusion (r. 55.04(1)(a), (b) and (c)). While these requirements do not affect the rules of evidence by which expert opinion is determined to be admissible or inadmissible, they provide a convenient summary of a fairly broadly shared sense of the duties of an expert witness to the court.

[29] There are similar descriptions of the expert's duty in the civil procedure rules in other Canadian jurisdictions: Anderson, at p. 227; *The Queen's Bench Rules* (Saskatchewan), r. 5-37; *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, r. 11-2(1); *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 4.1.01(1); *Rules of Court*, Y.O.I.C. 2009/65, r. 34(23); *An Act to establish the new Code of Civil Procedure*, art. 22. Moreover, the rules in Saskatchewan, British Columbia, Ontario, Nova Scotia, Prince Edward Island, Quebec and the Federal Courts require experts to certify that they are aware of and will comply with their duty to the court: Anderson, at p. 228; Saskatchewan *Queen's Bench Rules*, r. 5-37(3); British Columbia *Supreme Court Civil Rules*, r. 11-2(2); Ontario *Rules of Civil Procedure*, r. 53.03(2.1); Nova Scotia *Civil Procedure Rules*, r. 55.04(1)(a); Prince Edward Island *Rules of Civil Procedure*, r. 53.03(3)(g); *An Act to establish the new Code of*

comme expert devant la Haute Cour ne doit jamais s'arroger le rôle de défenseur. [Je souligne; référence omise; p. 81.]

(La Cour d'appel a confirmé ces obligations ([1995] 1 Lloyd's Rep. 455 (C.A.), p. 496.)

[28] Plusieurs provinces et territoires ont des directives expresses en ce qui concerne l'obligation du témoin expert. En Nouvelle-Écosse, par exemple, les *Règles de procédure civile* prévoient que le rapport d'expert, signé par ce dernier, déclare notamment qu'il fournit une opinion objective pour prêter assistance à la cour; qu'il est disposé à se former un jugement indépendant dans l'assistance qu'il prête à la cour; que son rapport comprend tout ce qu'il considère comme pertinent par rapport à l'opinion exprimée et attire l'attention sur tout ce qui pourrait mener raisonnablement à une conclusion différente (al. 55.04(1)a, b) et c)). Même si ces exigences n'ont aucune incidence sur les règles de preuve sur l'admissibilité d'une opinion d'expert, elles résument bien la conception assez largement partagée de l'obligation d'un témoin expert envers le tribunal.

[29] L'obligation de l'expert est définie de façon similaire dans les règles de procédure civile d'autres provinces et territoires du Canada (Anderson, p. 227; *Règles de la Cour du Banc de la Reine* de la Saskatchewan, règle 5-37; *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, par. 11-2(1); *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, par. 4.1.01(1); *Règles de procédure*, Y.D. 2009/65, par. 34(23); *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, art. 22). De plus, les règles de la Saskatchewan, de la Colombie-Britannique, de l'Ontario, de la Nouvelle-Écosse, de l'Île-du-Prince-Édouard, du Québec et des Cours fédérales en la matière exigent que les experts certifient qu'ils sont informés de leur obligation envers le tribunal et s'en acquitteront (Anderson, p. 228; *Règles de la Cour du Banc de la Reine* de la Saskatchewan, par. 5-37(3); *Supreme Court Civil Rules* de la Colombie-Britannique, par. 11-2(2); *Règles de procédure civile* de l'Ontario,

Civil Procedure, art. 235 (not yet in force); *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 52.2(1)(c).

[30] The formulation in the Ontario *Rules of Civil Procedure* is perhaps the most succinct and complete statement of the expert's duty to the court: to provide opinion evidence that is fair, objective and non-partisan (r. 4.1.01(1)(a)). The *Rules* are also explicit that this duty to the court prevails over any obligation owed by the expert to a party: r. 4.1.01(2). Likewise, the newly adopted *Act to establish the new Code of Civil Procedure of Quebec* explicitly provides, as a guiding principle, that the expert's duty to the court overrides the parties' interests, and that the expert must fulfill his or her primary duty to the court "objectively, impartially and thoroughly": art. 22; Chamberland, at pp. 14 and 121.

[31] Many of the relevant rules of court simply reflect the duty that an expert witness owes to the court at common law: Anderson, at p. 227. In my opinion, this is true of the Nova Scotia rules that apply in this case. Of course, it is always open to each jurisdiction to impose different rules of admissibility, but in the absence of a clear indication to that effect, the common law rules apply in common law cases. I note that in Nova Scotia, the *Civil Procedure Rules* explicitly provide that they do not change the rules of evidence by which the admissibility of expert opinion evidence is determined: r. 55.01(2).

[32] Underlying the various formulations of the duty are three related concepts: impartiality, independence and absence of bias. The expert's opinion must be impartial in the sense that it reflects an objective assessment of the questions at hand. It must be independent in the sense that it is the product of the expert's independent judgment, uninfluenced by who has retained him or her or the outcome of the litigation. It must be unbiased in the sense that it does not unfairly favour one party's

par. 53.03(2.1); *Règles de procédure civile* de la Nouvelle-Écosse, al. 55.04(1)a); *Rules of Civil Procedure* de l'Île-du-Prince-Édouard, al. 53.03(3)(g); *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, art. 235 (non en vigueur); *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, al. 52.2(1)(c)).

[30] Les *Règles de procédure civile* de l'Ontario énoncent sans doute le plus succinctement et complètement l'obligation de l'expert envers le tribunal, en l'occurrence celle de rendre un témoignage d'opinion qui soit équitable, objectif et impartial (al. 4.1.01(1)a)). Les *Règles* prévoient également expressément que cette obligation l'emporte sur toute obligation de l'expert envers la partie qui l'a engagé (par. 4.1.01(2)). De même, la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* du Québec prévoit expressément, parmi ses principes directeurs, que la mission première de l'expert envers le tribunal prime les intérêts des parties et qu'il doit l'accomplir « avec objectivité, impartialité et rigueur » (art. 22; Chamberland, p. 14 et 121).

[31] Bon nombre de règles de procédure ne font que reprendre l'obligation à laquelle le témoin expert est tenu envers le tribunal en common law (Anderson, p. 227). À mon avis, c'est le cas des *Règles* de la Nouvelle-Écosse en la matière. Bien sûr, il est loisible à chaque province ou territoire d'établir des règles d'admissibilité différentes, mais à défaut d'indication claire en ce sens, ce sont les règles de la common law qui s'appliquent dans les affaires de common law. Je souligne qu'en Nouvelle-Écosse, les *Règles de procédure civile* disposent expressément qu'elles n'ont aucune incidence sur les règles de preuve servant à déterminer si l'opinion d'expert est admissible (par. 55.01(2)).

[32] Trois concepts apparentés sont à la base des diverses définitions de l'obligation de l'expert, à savoir l'impartialité, l'indépendance et l'absence de parti pris. L'opinion de l'expert doit être impartiale, en ce sens qu'elle découle d'un examen objectif des questions à trancher. Elle doit être indépendante, c'est-à-dire qu'elle doit être le fruit du jugement indépendant de l'expert, non influencée par la partie pour qui il témoigne ou l'issue du litige. Elle doit être exempte de parti pris, en ce sens qu'elle ne doit pas

position over another. The acid test is whether the expert's opinion would not change regardless of which party retained him or her: P. Michell and R. Mandhane, "The Uncertain Duty of the Expert Witness" (2005), 42 *Alta. L. Rev.* 635, at pp. 638-39. These concepts, of course, must be applied to the realities of adversary litigation. Experts are generally retained, instructed and paid by one of the adversaries. These facts alone do not undermine the expert's independence, impartiality and freedom from bias.

E. *The Expert's Duties and Admissibility*

[33] As we have seen, there is a broad consensus about the nature of an expert's duty to the court. There is no such consensus, however, about how that duty relates to the admissibility of an expert's evidence. There are two main questions: Should the elements of this duty go to admissibility of the evidence rather than simply to its weight?; And, if so, is there a threshold admissibility requirement in relation to independence and impartiality?

[34] In this section, I will explain my view that the answer to both questions is yes: a proposed expert's independence and impartiality go to admissibility and not simply to weight and there is a threshold admissibility requirement in relation to this duty. Once that threshold is met, remaining concerns about the expert's compliance with his or her duty should be considered as part of the overall cost-benefit analysis which the judge conducts to carry out his or her gatekeeping role.

(1) Admissibility or Only Weight?

(a) *The Canadian Law*

[35] The weight of authority strongly supports the conclusion that at a certain point, expert evidence should be ruled inadmissible due to the expert's lack of impartiality and/or independence.

favoriser injustement la position d'une partie au détriment de celle de l'autre. Le critère décisif est que l'opinion de l'expert ne changerait pas, peu importe la partie qui aurait retenu ses services (P. Michell et R. Mandhane, « The Uncertain Duty of the Expert Witness » (2005), 42 *Alta. L. Rev.* 635, p. 638-639). Ces concepts, il va sans dire, doivent être appliqués aux réalités du débat contradictoire. Les experts sont généralement engagés, mandatés et payés par l'un des adversaires. Ces faits, à eux seuls, ne compromettent pas l'indépendance, l'impartialité ni l'absence de parti pris de l'expert.

E. *Les obligations de l'expert et l'admissibilité de son témoignage*

[33] Comme nous l'avons vu, il existe un large consensus quant à la nature de l'obligation de l'expert envers le tribunal. Il n'en va toutefois pas de même du rapport entre cette obligation et l'admissibilité du témoignage de l'expert. Deux questions importantes se posent : les éléments de l'obligation de l'expert jouent-ils au regard de l'admissibilité du témoignage plutôt que simplement de la valeur probante de celui-ci et, dans l'affirmative, l'indépendance et l'impartialité constituent-elles un critère d'admissibilité?

[34] Dans la présente section, j'explique pourquoi je réponds par l'affirmative à ces deux questions : l'indépendance et l'impartialité de l'expert proposé jouent au regard de l'admissibilité de son témoignage plutôt que simplement de la valeur probante de celui-ci, et l'obligation de l'expert constitue un critère d'admissibilité. Une fois qu'il est satisfait à ce critère, toute réserve qui demeure quant à savoir si l'expert s'est conformé à son obligation devrait être examinée dans le cadre de l'analyse coût-bénéfices qu'effectue le juge dans l'exercice de son rôle de gardien.

(1) Admissibilité ou valeur probante?

a) *Le droit canadien*

[35] La jurisprudence dominante appuie solidement la conclusion qu'il convient, à un certain point, de juger inadmissible le témoignage de l'expert qui fait preuve d'un manque d'indépendance ou d'impartialité.

[36] Our Court has confirmed this position in a recent decision that was not available to the courts below:

It is well established that an expert's opinion must be independent, impartial and objective, and given with a view to providing assistance to the decision maker (J.-C. Royer and S. Lavallée, *La preuve civile* (4th ed. 2008), at No. 468; D. Béchar, with the collaboration of J. Béchar, *L'expert* (2011), chap. 9; *An Act to establish the new Code of Civil Procedure*, S.Q. 2014, c. 1, s. 22 (not yet in force)). However, these factors generally have an impact on the probative value of the expert's opinion and are not always insurmountable barriers to the admissibility of his or her testimony. Nor do they necessarily "disqualify" the expert (L. Ducharme and C.-M. Panaccio, *L'administration de la preuve* (4th ed. 2010), at Nos. 590-91 and 605). For expert testimony to be inadmissible, more than a simple appearance of bias is necessary. The question is not whether a reasonable person would consider that the expert is not independent. Rather, what must be determined is whether the expert's lack of independence renders him or her incapable of giving an impartial opinion in the specific circumstances of the case (D. M. Paciocco, "Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System: Strategies for Changing the Tune on Partial Experts" (2009), 34 *Queen's L.J.* 565, at pp. 598-99).

(*Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 106)

[37] I will refer to a number of other cases that support this view. I do so by way of illustration and without commenting on the outcome of particular cases. An expert's interest in the litigation or relationship to the parties has led to exclusion in a number of cases: see, e.g., *Fellowes, McNeil v. Kansa General International Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 456 (Gen. Div.) (proposed expert was the defendant's lawyer in related matters and had investigated from the outset of his retainer the matter of a potential negligence claim against the plaintiff); *Royal Trust Corp. of Canada v. Fisherman* (2000), 49 O.R. (3d) 187 (S.C.J.) (expert was the party's lawyer in related U.S. proceedings); *R. v. Docherty*, 2010 ONSC 3628 (expert was the defence counsel's father); *Ocean v. Economical Mutual Insurance Co.*, 2010 NSSC 315, 293 N.S.R. (2d) 394 (expert was also a party to the litigation); *Handley v. Punnett*,

[36] La Cour vient de confirmer cette position dans un arrêt dont ne disposaient pas les juridictions inférieures :

Il est acquis que l'expert doit fournir une opinion indépendante, impartiale et objective, en vue d'aider le décideur (J.-C. Royer et S. Lavallée, *La preuve civile* (4^e éd. 2008), n^o 468; D. Béchar, avec la collaboration de J. Béchar, *L'expert* (2011), chap. 9; *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, L.Q. 2014, c. 1, art. 22 (non encore en vigueur)). Par contre, ces facteurs influencent généralement la valeur probante de l'opinion de l'expert et ne sont pas toujours des obstacles incontournables à l'admissibilité de son témoignage. Ils ne rendent pas non plus le témoin expert nécessairement « inhabile » (L. Ducharme et C.-M. Panaccio, *L'administration de la preuve* (4^e éd. 2010), n^{os} 590-591 et 605). Pour qu'un témoignage d'expert soit inadmissible, il faut plus qu'une simple apparence de partialité. La question n'est pas de savoir si une personne raisonnable considérerait que l'expert n'est pas indépendant. Il faut plutôt déterminer si le manque d'indépendance de l'expert le rend de fait incapable de fournir une opinion impartiale dans les circonstances propres à l'instance (D. M. Paciocco, « Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System : Strategies for Changing the Tune on Partial Experts » (2009), 34 *Queen's L.J.* 565, p. 598-599).

(*Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 106)

[37] Je renvoie à plusieurs autres affaires pour étayer mon opinion. Je procède ainsi pour illustrer mon propos, sans émettre d'avis sur l'issue des affaires en question. Dans certaines, l'intérêt de l'expert dans le procès ou ses liens avec l'une des parties ont mené à l'exclusion (voir, p. ex., *Fellowes, McNeil c. Kansa General International Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 456 (Div. gén.) (l'expert proposé était l'avocat de la défenderesse dans une affaire connexe et, dès le début de son mandat, il avait monté un dossier en vue d'une poursuite pour négligence contre la demanderesse); *Royal Trust Corp. of Canada c. Fisherman* (2000), 49 O.R. (3d) 187 (C.S.J.) (l'expert était l'avocat d'une des parties dans une instance connexe introduite aux États-Unis); *R. c. Docherty*, 2010 ONSC 3628 (l'expert était le père de l'avocat de la défense); *Ocean c. Economical Mutual Insurance Co.*, 2010 NSSC

2003 BCSC 294 (expert was also a party to the litigation); *Bank of Montreal v. Citak*, [2001] O.J. No. 1096 (QL) (S.C.J.) (expert was effectively a “co-venturer” in the case due in part to the fact that 40 percent of his remuneration was contingent upon success at trial: para. 7); *Dean Construction Co. v. M.J. Dixon Construction Ltd.*, 2011 ONSC 4629, 5 C.L.R. (4th) 240 (expert’s retainer agreement was inappropriate); *Hutchingame v. Johnstone*, 2006 BCSC 271 (expert stood to incur liability depending on the result of the trial). In other cases, the expert’s stance or behaviour as an advocate has justified exclusion: see, e.g., *Alfano v. Piersanti*, 2012 ONCA 297, 291 O.A.C. 62; *Kirby Lowbed Services Ltd. v. Bank of Nova Scotia*, 2003 BCSC 617; *Gould v. Western Coal Corp.*, 2012 ONSC 5184, 7 B.L.R. (5th) 19.

[38] Many other cases have accepted, in principle, that lack of independence or impartiality can lead to exclusion, but have ruled that the expert evidence did not warrant rejection on the particular facts: see, e.g., *United City Properties Ltd. v. Tong*, 2010 BCSC 111; *R. v. INCO Ltd.* (2006), 80 O.R. (3d) 594 (S.C.J.). This was the position of the Court of Appeal in this case: para. 109; see also para. 121.

[39] Some Canadian courts, however, have treated these matters as going exclusively to weight rather than to admissibility. The most often cited cases for this proposition are probably *R. v. Klassen*, 2003 MBQB 253, 179 Man. R. (2d) 115, and *Gallant v. Brake-Patten*, 2012 NLCA 23, 321 Nfld. & P.E.I.R. 77. *Klassen* holds as admissible any expert evidence meeting the criteria from *Mohan*, with bias only becoming a factor as to the weight to be given to the evidence: see also *R. v. Violette*, 2008 BCSC 920. Similarly, the court in *Gallant* determined that a challenge to expert evidence that is based on the expert having a connection to a party or an issue in the case

315, 293 N.S.R. (2d) 394 (l’expert était également partie au litige); *Handley c. Punnett*, 2003 BCSC 294 (l’expert était également partie au litige); *Bank of Montreal c. Citak*, [2001] O.J. No. 1096 (QL) (C.S.J.) (l’expert était effectivement « coentrepreneur » dans cette affaire, notamment en raison du fait que 40 p. 100 de sa rémunération dépendait de l’issue favorable du procès (par. 7)); *Dean Construction Co. c. M.J. Dixon Construction Ltd.*, 2011 ONSC 4629, 5 C.L.R. (4th) 240 (les termes du mandat de l’expert étaient discutables); *Hutchingame c. Johnstone*, 2006 BCSC 271 (la responsabilité de l’expert risquait d’être engagée, selon l’issue du procès)). Dans d’autres affaires, l’attitude ou le comportement de l’expert, qui s’était fait le défenseur d’une partie, a justifié l’exclusion (voir, p. ex., *Alfano c. Piersanti*, 2012 ONCA 297, 291 O.A.C. 62; *Kirby Lowbed Services Ltd. c. Bank of Nova Scotia*, 2003 BCSC 617; *Gould c. Western Coal Corp.*, 2012 ONSC 5184, 7 B.L.R. (5th) 19).

[38] Dans un grand nombre d’autres affaires, les tribunaux, tout en acceptant en principe qu’un manque d’indépendance ou d’impartialité pouvait mener à l’exclusion du témoignage de l’expert, ont néanmoins estimé qu’il n’y avait pas lieu d’écarter ce témoignage eu égard aux faits particuliers de l’espèce (voir, p. ex., *United City Properties Ltd. c. Tong*, 2010 BCSC 111; *R. c. INCO Ltd.* (2006), 80 O.R. (3d) 594 (C.S.J.)). C’est le point de vue qu’a adopté la Cour d’appel dans le cas qui nous occupe (par. 109; voir également par. 121).

[39] Toutefois, certains tribunaux canadiens étaient d’avis que ces questions jouaient exclusivement au regard de la valeur de la preuve, et non au regard de son admissibilité. Les décisions les plus souvent citées à cet égard sont sans doute *R. c. Klassen*, 2003 MBQB 253, 179 Man. R. (2d) 115, et *Gallant c. Brake-Patten*, 2012 NLCA 23, 321 Nfld. & P.E.I.R. 77. Dans la première, le tribunal a déclaré admissible tout témoignage d’expert qui satisfaisait aux critères énoncés dans l’arrêt *Mohan* et précisé que le parti pris n’entraînait en jeu que lorsqu’il s’agissait de déterminer la valeur probante du témoignage de l’expert (voir également

or a possible predetermined position on the case cannot take place at the admissibility stage: para. 89.

[40] I conclude that the dominant approach in Canadian common law is to treat independence and impartiality as bearing not just on the weight but also on the admissibility of the evidence. I note that while the shareholders submit that issues regarding expert independence should go only to weight, they rely on cases such as *INCO* that specifically accept that a finding of lack of independence or impartiality can lead to inadmissibility in certain circumstances: R.F., at paras. 52-53.

(b) *Other Jurisdictions*

[41] Outside Canada, the concerns related to independence and impartiality have been addressed in a number of ways. Some are similar to the approach in Canadian law.

[42] For example, summarizing the applicable principles in British law, Nelson J. in *Armchair Passenger Transport Ltd. v. Helical Bar Plc*, [2003] EWHC 367 (Q.B.), underlined that when an expert has an interest or connection with the litigation or a party thereto, exclusion will be warranted if it is determined that the expert is unwilling or unable to carry out his or her primary duty to the court: see also H. M. Malek et al., eds., *Phipson on Evidence* (18th ed. 2013), at pp. 1158-59. The mere fact of an interest or connection will not disqualify, but it nonetheless may do so in light of the nature and extent of the interest or connection in particular circumstances. As Lord Phillips of Worth Matravers, M.R., put it in a leading case, “[i]t is always desirable that an expert should have no actual or apparent interest in the outcome of the proceedings in which he gives evidence, but such disinterest is not automatically a precondition to the admissibility of his evidence”: *(Factortame Ltd.) v. Secretary of State for Transport*, [2002] EWCA Civ 932, [2003]

R. c. Violette, 2008 BCSC 920). De même, dans la deuxième, la cour a statué que la contestation du témoignage de l’expert fondée sur l’existence d’un rapport entre ce dernier et l’une des parties ou une question en litige ou sur une préconception de sa part ne pouvait être formulée à l’étape de l’admissibilité (par. 89).

[40] Je conclus que selon la conception prédominante en common law canadienne, l’indépendance et l’impartialité ont une incidence non seulement sur la valeur de la preuve, mais aussi sur son admissibilité. Je signale que, même s’ils soutiennent que les questions concernant l’indépendance de l’expert ne devraient jouer qu’au regard de la valeur probante, les actionnaires invoquent des affaires comme *INCO*, dans laquelle le tribunal reconnaît expressément qu’une conclusion quant au manque d’indépendance ou d’impartialité peut entraîner l’inadmissibilité dans certaines circonstances (m.i., par. 52-53).

b) *Ailleurs dans le monde*

[41] À l’extérieur du Canada, les questions d’indépendance et d’impartialité ont été abordées de diverses façons, dont certaines s’apparentent à la démarche canadienne.

[42] Par exemple, résumant les principes applicables en droit britannique, le juge Nelson, dans l’arrêt *Armchair Passenger Transport Ltd. c. Helical Bar Plc*, [2003] EWHC 367 (Q.B.), a souligné que lorsque l’expert a un intérêt dans un litige ou un rapport avec celui-ci ou avec une partie, l’exclusion est justifiée s’il est établi que l’expert ne peut ou ne veut pas s’acquitter de sa principale obligation envers la cour (voir également H. M. Malek et autres, dir., *Phipson on Evidence* (18^e éd. 2013), p. 1158-1159). Le simple fait d’avoir un intérêt ou un rapport ne rend pas quelqu’un inhabile à témoigner, sauf dans certaines circonstances, selon la nature et l’importance de l’intérêt ou du rapport. Comme lord Phillips de Worth Matravers, maître des rôles, l’explique dans un arrêt de principe : [TRADUCTION] « Il est toujours souhaitable qu’un expert n’ait aucun intérêt réel ou apparent dans l’issue d’un procès dans lequel il témoigne, mais une telle neutralité n’est pas automatiquement essentielle à l’admissibilité de son témoignage »

Q.B. 381, at para. 70; see also *Gallaher International Ltd. v. Tlais Enterprises Ltd.*, [2007] EWHC 464 (Comm.); *Meat Corp. of Namibia Ltd. v. Dawn Meats (U.K.) Ltd.*, [2011] EWHC 474 (Ch. D.); *Matchbet Ltd. v. Openbet Retail Ltd.*, [2013] EWHC 3067 (Ch. D.), at paras. 312-17.

[43] In Australia, the expert's objectivity and impartiality will generally go to weight, not to admissibility: I. Freckelton and H. Selby, *Expert Evidence: Law, Practice, Procedure and Advocacy* (5th ed. 2013), at p. 35. As the Court of Appeal of the State of Victoria put it: "... to the extent that it is desirable that expert witnesses should be under a duty to assist the Court, that has not been held and should not be held as disqualifying, in itself, an 'interested' witness from being competent to give expert evidence" (*FGT Custodians Pty. Ltd. v. Fagenblat*, [2003] VSCA 33, at para. 26 (AustLII); see also Freckelton and Selby, at pp. 186-88; *Collins Thomson v. Clayton*, [2002] NSWSC 366; *Kirch Communications Pty Ltd. v. Gene Engineering Pty Ltd.*, [2002] NSWSC 485; *SmithKline Beecham (Australia) Pty Ltd. v. Chipman*, [2003] FCA 796, 131 F.C.R. 500).

[44] In the United States, at the federal level, the independence of the expert is a consideration that goes to the weight of the evidence, and a party may testify as an expert in his own case: *Rodriguez v. Pacificare of Texas, Inc.*, 980 F.2d 1014 (5th Cir. 1993), at p. 1019; *Tagatz v. Marquette University*, 861 F.2d 1040 (7th Cir. 1988); *Apple Inc. v. Motorola, Inc.*, 757 F.3d 1286 (Fed. Cir. 2014), at p. 1321. This also seems to be a fair characterization of the situation in the states (*Corpus Juris Secundum*, vol. 32 (2008), at p. 325: "The bias or interest of the witness does not affect his or her qualification, but only the weight to be given the testimony.").

(c) *Conclusion*

[45] Following what I take to be the dominant view in the Canadian cases, I would hold that an expert's lack of independence and impartiality goes to the admissibility of the evidence in addition to being considered in relation to the weight to be given to

(*R. (Factortame Ltd.) c. Secretary of State for Transport*, [2002] EWCA Civ 932, [2003] Q.B. 381, par. 70; voir également *Gallaher International Ltd. c. Tlais Enterprises Ltd.*, [2007] EWHC 464 (Comm.); *Meat Corp. of Namibia Ltd. c. Dawn Meats (U.K.) Ltd.*, [2011] EWHC 474 (Ch. D.); *Matchbet Ltd. c. Openbet Retail Ltd.*, [2013] EWHC 3067 (Ch. D.), par. 312-317).

[43] En Australie, l'objectivité et l'impartialité de l'expert jouent généralement au regard de la valeur de la preuve, et non de son admissibilité (I. Freckelton et H. Selby, *Expert Evidence : Law, Practice, Procedure and Advocacy* (5^e éd. 2013), p. 35). Pour reprendre les propos de la Cour d'appel de l'État de Victoria : [TRADUCTION] « ... dans la mesure où il est souhaitable que les témoins experts aient l'obligation d'aider le tribunal, on ne devrait pas juger inhabile à témoigner un expert du seul fait qu'il est "intéressé" » (*FGT Custodians Pty. Ltd. c. Fagenblat*, [2003] VSCA 33, par. 26 (AustLII); voir également Freckelton et Selby, p. 186-188; *Collins Thomson c. Clayton*, [2002] NSWSC 366; *Kirch Communications Pty Ltd. c. Gene Engineering Pty Ltd.*, [2002] NSWSC 485; *SmithKline Beecham (Australia) Pty Ltd. c. Chipman*, [2003] FCA 796, 131 F.C.R. 500).

[44] Aux États-Unis, au niveau fédéral, l'indépendance de l'expert joue au regard de la valeur de la preuve, et une partie peut témoigner à son propre procès à titre d'expert (*Rodriguez c. Pacificare of Texas, Inc.*, 980 F.2d 1014 (5th Cir. 1993), p. 1019; *Tagatz c. Marquette University*, 861 F.2d 1040 (7th Cir. 1988); *Apple Inc. c. Motorola, Inc.*, 757 F.3d 1286 (Fed. Cir. 2014), p. 1321). Il semble que la situation soit à peu près la même à l'échelle des États (*Corpus Juris Secundum*, vol. 32 (2008), p. 325 : [TRADUCTION] « Le parti pris ou l'intérêt du témoin n'influe pas sur son habilité à témoigner, mais seulement sur la valeur probante de son témoignage. »).

c) *Conclusion*

[45] Conformément à ce qui me semble le courant prédominant dans la jurisprudence canadienne, je suis d'avis que le manque d'indépendance et d'impartialité d'un expert joue au regard tant de l'admissibilité de son témoignage que de la valeur du

the evidence if admitted. That approach seems to me to be more in line with the basic structure of our law relating to expert evidence and with the importance our jurisprudence has attached to the gate-keeping role of trial judges. Binnie J. summed up the Canadian approach well in *J.-L.J.*: “The admissibility of the expert evidence should be scrutinized at the time it is proffered, and not allowed too easy an entry on the basis that all of the frailties could go at the end of the day to weight rather than admissibility” (para. 28).

(2) The Appropriate Threshold

[46] I have already described the duty owed by an expert witness to the court: the expert must be fair, objective and non-partisan. As I see it, the appropriate threshold for admissibility flows from this duty. I agree with Prof. (now Justice of the Ontario Court of Justice) Paciocco that “the common law has come to accept . . . that expert witnesses have a duty to assist the court that overrides their obligation to the party calling them. If a witness is unable or unwilling to fulfill that duty, they do not qualify to perform the role of an expert and should be excluded”: “Taking a ‘Goudge’ out of Bluster and Blarney: an ‘Evidence-Based Approach’ to Expert Testimony” (2009), 13 *Can. Crim. L.R.* 135, at p. 152 (footnote omitted). The expert witnesses must, therefore, be aware of this primary duty to the court and able and willing to carry it out.

[47] Imposing this additional threshold requirement is not intended to and should not result in trials becoming longer or more complex. As Prof. Paciocco aptly observed, “if inquiries about bias or partiality become routine during *Mohan voir dire*s, trial testimony will become nothing more than an inefficient reprise of the admissibility hearing”: “Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System: Strategies for Changing the Tune on Partial Experts” (2009), 34 *Queen’s L.J.* 565 (“Jukebox”), at p. 597. While I would not go so far as to hold that the expert’s independence and impartiality should be presumed absent challenge, my

témoignage, s’il est admis. Cette façon de voir semble s’accorder davantage avec l’économie générale de notre droit en ce qui concerne les témoignages d’experts et l’importance que notre jurisprudence accorde au rôle de gardien exercé par les juges de première instance. Le juge Binnie cerne bien l’optique canadienne dans l’arrêt *J.-L.J.* : « La question de l’admissibilité d’une preuve d’expert devrait être examinée minutieusement au moment où elle est soulevée, et cette preuve ne devrait pas être admise trop facilement pour le motif que toutes ses faiblesses peuvent en fin de compte avoir une incidence sur son poids plutôt que sur son admissibilité » (par. 28).

(2) Teneur du critère

[46] J’ai déjà exposé l’obligation du témoin expert envers le tribunal : il doit être juste, objectif et impartial. Selon moi, le critère d’admissibilité découle de cette obligation. Je suis d’accord avec le professeur Paciocco (maintenant juge de la Cour de justice de l’Ontario), selon qui [TRADUCTION] « la common law en est venue à concevoir [. . .] que les témoins experts ont l’obligation d’aider le tribunal, qui l’emporte sur celle qu’ils doivent à la partie qui les cite. Le témoin qui ne peut ou ne veut s’acquitter de cette obligation n’est pas habile à exercer son rôle d’expert et devrait être exclu » (« Taking a “Goudge” out of Bluster and Blarney : an “Evidence-Based Approach” to Expert Testimony » (2009), 13 *Rev. can. D.P.* 135, p. 152 (note de bas de page omise)). Par conséquent, les témoins experts doivent être conscients de leur obligation principale envers le tribunal et pouvoir et vouloir s’en acquitter.

[47] L’idée, en imposant ce critère supplémentaire, n’est pas de prolonger ni de complexifier les procès et il ne devrait pas en résulter un tel effet. Comme le souligne le professeur Paciocco, à raison : [TRADUCTION] « . . . si les débats sur la partialité deviennent chose courante pendant un voir-dire de type *Mohan*, le témoignage qui sera donné au procès ne sera plus qu’une répétition inefficace de l’audience sur l’admissibilité » (« Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System : Strategies for Changing the Tune on Partial Experts » (2009), 34 *Queen’s L.J.* 565 (« Jukebox »), p. 597). Sans aller jusqu’à affirmer qu’il faut présumer l’indépendance

view is that absent such challenge, the expert's attestation or testimony recognizing and accepting the duty will generally be sufficient to establish that this threshold is met.

[48] Once the expert attests or testifies on oath to this effect, the burden is on the party opposing the admission of the evidence to show that there is a realistic concern that the expert's evidence should not be received because the expert is unable and/or unwilling to comply with that duty. If the opponent does so, the burden to establish on a balance of probabilities this aspect of the admissibility threshold remains on the party proposing to call the evidence. If this is not done, the evidence, or those parts of it that are tainted by a lack of independence or impartiality, should be excluded. This approach conforms to the general rule under the *Mohan* framework, and elsewhere in the law of evidence, that the proponent of the evidence has the burden of establishing its admissibility.

[49] This threshold requirement is not particularly onerous and it will likely be quite rare that a proposed expert's evidence would be ruled inadmissible for failing to meet it. The trial judge must determine, having regard to both the particular circumstances of the proposed expert and the substance of the proposed evidence, whether the expert is able and willing to carry out his or her primary duty to the court. For example, it is the nature and extent of the interest or connection with the litigation or a party thereto which matters, not the mere fact of the interest or connection; the existence of some interest or a relationship does not automatically render the evidence of the proposed expert inadmissible. In most cases, a mere employment relationship with the party calling the evidence will be insufficient to do so. On the other hand, a direct financial interest in the outcome of the litigation will be of more concern. The same can be said in the case of a very close familial relationship with one of the parties or situations in which the proposed expert will probably incur professional liability if his or her opinion is not accepted by the court. Similarly, an expert who, in his or her proposed evidence or otherwise,

et l'impartialité de l'expert si elles ne sont pas contestées, je pense qu'en l'absence d'une telle contestation, il est généralement satisfait au critère dès lors que l'expert, dans son attestation ou sa déposition, reconnaît son obligation et l'accepte.

[48] Une fois que l'expert a produit cette attestation ou a déposé sous serment en ce sens, il incombe à la partie qui s'oppose à l'admission du témoignage de démontrer un motif réaliste de le juger inadmissible au motif que l'expert ne peut ou ne veut s'acquitter de son obligation. Si elle réussit, la charge de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'il a été satisfait à ce critère d'admissibilité incombe toujours à la partie qui entend présenter le témoignage. Si elle n'y parvient pas, le témoignage, ou les parties de celui-ci qui sont viciées par un manque d'indépendance ou d'impartialité, devrait être exclu. Cette démarche est conforme à la règle générale du cadre établi dans l'arrêt *Mohan*, et généralement en droit de la preuve, selon laquelle il revient à la partie qui produit la preuve d'en établir l'admissibilité.

[49] Ce critère n'est pas particulièrement exigeant, et il sera probablement très rare que le témoignage de l'expert proposé soit jugé inadmissible au motif qu'il ne satisfait pas au critère. Le juge de première instance doit déterminer, compte tenu tant de la situation particulière de l'expert que de la teneur du témoignage proposé, si l'expert peut ou veut s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal. Par exemple, c'est la nature et le degré de l'intérêt ou des rapports qu'a l'expert avec l'instance ou une partie qui importent, et non leur simple existence : un intérêt ou un rapport quelconque ne rend pas d'emblée la preuve de l'expert proposé inadmissible. Dans la plupart des cas, l'existence d'une simple relation d'emploi entre l'expert et la partie qui le cite n'emporte pas l'inadmissibilité de la preuve. En revanche, un intérêt financier direct dans l'issue du litige suscite des préoccupations. Il en va ainsi des liens familiaux étroits avec une partie et des situations où l'expert proposé s'expose à une responsabilité professionnelle si le tribunal ne retient pas son opinion. De même, l'expert qui, dans sa déposition ou d'une autre manière, se fait le défenseur d'une partie ne peut ou ne veut manifestement pas s'acquitter de

assumes the role of an advocate for a party is clearly unwilling and/or unable to carry out the primary duty to the court. I emphasize that exclusion at the threshold stage of the analysis should occur only in very clear cases in which the proposed expert is unable or unwilling to provide the court with fair, objective and non-partisan evidence. Anything less than clear unwillingness or inability to do so should not lead to exclusion, but be taken into account in the overall weighing of costs and benefits of receiving the evidence.

[50] As discussed in the English case law, the decision as to whether an expert should be permitted to give evidence despite having an interest or connection with the litigation is a matter of fact and degree. The concept of apparent bias is not relevant to the question of whether or not an expert witness will be unable or unwilling to fulfill its primary duty to the court. When looking at an expert's interest or relationship with a party, the question is not whether a reasonable observer would think that the expert is not independent. The question is whether the relationship or interest results in the expert being unable or unwilling to carry out his or her primary duty to the court to provide fair, non-partisan and objective assistance.

[51] Having established the analytical framework, described the expert's duty and determined that compliance with this duty goes to admissibility and not simply to weight, I turn now to where this duty fits into the analytical framework for admission of expert opinion evidence.

F. *Situating the Analysis in the Mohan Framework*

(1) The Threshold Inquiry

[52] Courts have addressed independence and impartiality at various points of the admissibility test. Almost every branch of the *Mohan* framework has been adapted to incorporate bias concerns one

sa principale obligation envers le tribunal. Je tiens à souligner que la décision d'exclure le témoignage à la première étape de l'analyse pour non-conformité aux critères d'admissibilité ne devrait être prise que dans les cas manifestes où l'expert proposé ne peut ou ne veut fournir une preuve juste, objective et impartiale. Dans les autres cas, le témoignage ne devrait pas être exclu d'office, et son admissibilité sera déterminée à l'issue d'une pondération globale du coût et des bénéfices de son admission.

[50] Comme nous l'avons vu en examinant la jurisprudence anglaise, la décision de permettre ou non à un expert de témoigner malgré son intérêt dans un litige ou son rapport avec celui-ci dépend de leur importance et des faits. La notion d'apparence de parti pris n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si le témoin expert pourra ou voudra s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal. Lorsque l'on se penche sur l'intérêt d'un expert ou sur ses rapports avec une partie, il ne s'agit pas de se demander si un observateur raisonnable penserait que l'expert est indépendant ou non; il s'agit plutôt de déterminer si la relation de l'expert avec une partie ou son intérêt fait en sorte qu'il ne peut ou ne veut s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal, en l'occurrence apporter au tribunal une aide juste, objective et impartiale.

[51] Nous avons posé le cadre analytique, défini l'obligation de l'expert et établi que le respect de cette dernière joue au regard de l'admissibilité, et non simplement de la valeur probante. Voyons ensuite où cette obligation s'inscrit dans le cadre analytique régissant l'admissibilité du témoignage d'opinion d'un expert.

F. *L'analyse au sein du cadre établi par l'arrêt Mohan*

(1) L'analyse fondée sur les critères d'admissibilité

[52] Les tribunaux ont abordé la question de l'indépendance et de l'impartialité à divers stades de l'examen des critères d'admissibilité. Presque tous les volets du cadre établi par l'arrêt *Mohan* ont servi

way or another: the proper qualifications component (see, e.g., *Bank of Montreal*; *Dean Construction*; *Agribrands Purina Canada Inc. v. Kasamekas*, 2010 ONSC 166; *R. v. Demetrius*, 2009 CanLII 22797 (Ont. S.C.J.)); the necessity component (see, e.g., *Docherty*; *Alfano*); and during the discretionary cost-benefit analysis (see, e.g., *United City Properties*; *Abbey* (ONCA)). On other occasions, courts have found it to be a stand-alone requirement: see, e.g., *Docherty*; *International Hi-Tech Industries Inc. v. FANUC Robotics Canada Ltd.*, 2006 BCSC 2011; *Casurina Ltd. Partnership v. Rio Algom Ltd.* (2002), 28 B.L.R. (3d) 44 (Ont. S.C.J.); *Prairie Well Servicing Ltd. v. Tundra Oil and Gas Ltd.*, 2000 MBQB 52, 146 Man. R. (2d) 284. Some clarification of this point will therefore be useful.

[53] In my opinion, concerns related to the expert's duty to the court and his or her willingness and capacity to comply with it are best addressed initially in the "qualified expert" element of the *Mohan* framework: S. C. Hill, D. M. Tanovich and L. P. Strezos, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence* (5th ed. (loose-leaf)), at 12:30.20.50; see also *Deemar v. College of Veterinarians of Ontario*, 2008 ONCA 600, 92 O.R. (3d) 97, at para. 21; Lederman, Bryant and Fuerst, at pp. 826-27; *Halsbury's Laws of Canada: Evidence*, at para. HEV-152 "Partiality"; *The Canadian Encyclopedic Digest* (Ont. 4th ed. (loose-leaf)), vol. 24, Title 62 — Evidence, at §469. A proposed expert witness who is unable or unwilling to fulfill this duty to the court is not properly qualified to perform the role of an expert. Situating this concern in the "properly qualified expert" ensures that the courts will focus expressly on the important risks associated with biased experts: Hill, Tanovich and Strezos, at 12:30.20.50; Paciocco, "Jukebox", at p. 595.

(2) The Gatekeeping Exclusionary Discretion

[54] Finding that expert evidence meets the basic threshold does not end the inquiry. Consistent with the structure of the analysis developed following *Mohan* which I have discussed earlier, the judge

à l'examen des préoccupations relatives au parti pris : la qualification requise (voir, p. ex., *Bank of Montreal*; *Dean Construction*; *Agribrands Purina Canada Inc. c. Kasamekas*, 2010 ONSC 166; *R. c. Demetrius*, 2009 CanLII 22797 (C.S.J. Ont.)); la nécessité (voir, p. ex., *Docherty*; *Alfano*); et l'analyse coût-bénéfices, qui appelle l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire (voir, p. ex., *United City Properties*; *Abbey* (ONCA)). À d'autres occasions, les tribunaux en ont fait un critère distinct (voir, p. ex., *Docherty*; *International Hi-Tech Industries Inc. c. FANUC Robotics Canada Ltd.*, 2006 BCSC 2011; *Casurina Ltd. Partnership c. Rio Algom Ltd.* (2002), 28 B.L.R. (3d) 44 (C.S.J. Ont.); *Prairie Well Servicing Ltd. c. Tundra Oil and Gas Ltd.*, 2000 MBQB 52, 146 Man. R. (2d) 284). Des précisions s'imposent donc.

[53] À mon avis, c'est sous le volet « qualification suffisante de l'expert » du cadre établi par l'arrêt *Mohan* qu'il convient d'abord d'examiner les préoccupations concernant l'obligation de l'expert envers le tribunal et s'il peut ou veut s'en acquitter (S. C. Hill, D. M. Tanovich et L. P. Strezos, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence* (5^e éd. (feuilles mobiles)), 12:30.20.50; voir également *Deemar c. College of Veterinarians of Ontario*, 2008 ONCA 600, 92 O.R. (3d) 97, par. 21; Lederman, Bryant et Fuerst, p. 826-827; *Halsbury's Laws of Canada : Evidence*, par. HEV-152 « Partiality »; *The Canadian Encyclopedic Digest* (Ont. 4^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 24, titre 62 — Evidence, §469). Le témoin expert proposé qui ne peut ou ne veut s'acquitter de cette obligation envers le tribunal ne possède pas la qualification suffisante pour exercer ce rôle. En abordant cette préoccupation sous le volet de la « qualification suffisante de l'expert », les tribunaux pourront s'attacher à évaluer les risques importants que présentent les experts qui ont un parti pris (Hill, Tanovich et Strezos, 12:30.20.50; Paciocco, « Jukebox », p. 595).

(2) Le pouvoir discrétionnaire du juge en tant que « gardien »

[54] La constatation que le témoignage de l'expert satisfait aux critères ne met pas fin à l'analyse. Conformément au cadre établi dans la foulée de l'arrêt *Mohan* dont nous avons discuté précédemment,

must still take concerns about the expert's independence and impartiality into account in weighing the evidence at the gatekeeping stage. At this point, relevance, necessity, reliability and absence of bias can helpfully be seen as part of a sliding scale where a basic level must first be achieved in order to meet the admissibility threshold and thereafter continue to play a role in weighing the overall competing considerations in admitting the evidence. At the end of the day, the judge must be satisfied that the potential helpfulness of the evidence is not outweighed by the risk of the dangers materializing that are associated with expert evidence.

G. *Expert Evidence and Summary Judgment*

[55] I must say a brief word about the procedural context in which this case originates — a summary judgment motion. (I note that these comments relate to the summary judgment regime under the Nova Scotia rules and that different considerations may arise under different rules.) It is common ground that the court hearing the motion can consider only admissible evidence. However, under the Nova Scotia jurisprudence, which is not questioned on this appeal, it is not the role of a judge hearing a summary judgment motion in Nova Scotia to weigh the evidence, draw reasonable inferences from evidence or settle matters of credibility: *Coady v. Burton Canada Co.*, 2013 NSCA 95, 333 N.S.R. (2d) 348, at paras. 42-44, 87 and 98; *Fougere v. Blunden Construction Ltd.*, 2014 NSCA 52, 345 N.S.R. (2d) 385, at paras. 6 and 12. Taking these two principles together, the result in my view is this. A motions judge hearing a summary judgment application under the Nova Scotia rules must be satisfied that proposed expert evidence meets the threshold requirements for admissibility at the first step of the analysis, but should generally not engage in the second step cost-benefit analysis. That cost-benefit analysis, in anything other than the most obvious cases of inadmissibility, inevitably involves assigning weight — or at least potential weight — to the evidence.

le juge doit encore tenir compte des réserves émises quant à l'indépendance et à l'impartialité de l'expert lorsqu'il évalue la preuve à l'étape où il exerce son rôle de gardien. Il peut être utile de concevoir la pertinence, la nécessité, la fiabilité et l'absence de parti pris comme autant d'éléments d'un examen en deux temps, qui entrent en ligne de compte à la première étape, celle qui sert à déterminer s'il est satisfait aux critères d'admissibilité, et jouent également un rôle à la deuxième, dans la pondération des considérations concurrentes globales relatives à l'admissibilité. Au bout du compte, le juge doit être convaincu que les risques liés au témoignage de l'expert ne l'emportent pas sur l'utilité possible de celui-ci.

G. *Témoignage d'expert et jugement sommaire*

[55] Je me dois de glisser quelques mots sur le contexte procédural dans lequel s'inscrit le présent pourvoi, en l'occurrence celui d'une requête en jugement sommaire. (Mes commentaires concernent le régime des jugements sommaires établi par les règles de la Nouvelle-Écosse. Je reconnais que d'autres considérations sont susceptibles de jouer dans un autre régime.) Il est bien reconnu que le tribunal saisi de la requête ne peut examiner que la preuve admissible. Cependant, suivant la jurisprudence néo-écossaise, qui n'est pas remise en question dans le présent pourvoi, il n'appartient pas au juge saisi d'une requête en jugement sommaire, en Nouvelle-Écosse, de soupeser la preuve, de tirer des inférences raisonnables de celle-ci ou de trancher des questions de crédibilité (*Coady c. Burton Canada Co.*, 2013 NSCA 95, 333 N.S.R. (2d) 348, par. 42-44, 87 et 98; *Fougere c. Blunden Construction Ltd.*, 2014 NSCA 52, 345 N.S.R. (2d) 385, par. 6 et 12). Si l'on considère ces deux principes ensemble, le résultat est à mon avis le suivant. Le juge saisi d'une requête en jugement sommaire en vertu des règles de procédure de la Nouvelle-Écosse doit être convaincu que le témoignage de l'expert proposé satisfait aux critères d'admissibilité à la première étape de l'analyse; en règle générale, il doit toutefois se garder de passer à la seconde étape, celle de l'analyse coût-bénéfices. Cette analyse, sauf dans les cas d'inadmissibilité les plus manifestes, appelle inévitablement l'attribution d'une valeur — ou, à tout le moins, d'une valeur possible — à la preuve.

H. *Application*

[56] I turn to the application of these principles to the facts of the case. In my respectful view, the record amply sustains the result reached by the majority of the Court of Appeal that Ms. MacMillan’s evidence was admissible on the summary judgment application. Of course, the framework which I have set out in these reasons was not available to either the motions judge or to the Court of Appeal.

[57] There was no finding by the motions judge that Ms. MacMillan was in fact biased or not impartial or that she was acting as an advocate for the shareholders: C.A. reasons, at para. 122. On the contrary, she specifically recognized that she was aware of the standards and requirements that experts be independent. She was aware of the precise guidelines in the accounting industry concerning accountants acting as expert witnesses. She testified that she owed an ultimate duty to the court in testifying as an expert witness: A.R., vol. III, at pp. 75-76; C.A. reasons, at para. 134. To the extent that the motions judge was concerned about the “appearance” of impartiality, this factor plays no part in the test for admissibility, as I have explained earlier.

[58] The auditors’ claim that Ms. MacMillan lacks objectivity rests on two main points which I will address in turn.

[59] First, the auditors say that the earlier work done for the shareholders by the Kentville office of Grant Thornton “served as a catalyst and foundation for the claim of negligence” against the auditors and that this “precluded [Grant Thornton] from acting as ‘independent’ experts in this case”: A.F., at paras. 17 and 19. Ms. MacMillan, the auditors submit, was in an “irreconcilable conflict of interest, in that she would inevitably have to opine on, and choose between, the actions taken and standard of care exercised by her own partners at Grant Thornton” and those of the auditors: A.F., at para. 21. This first submission, however, must be rejected.

H. *Application*

[56] J’aborde maintenant l’application de ces principes aux faits de l’espèce. À mon humble avis, le dossier appuie largement la conclusion à laquelle est parvenue la majorité de la Cour d’appel que le témoignage de M^{me} MacMillan était admissible pour l’instruction de la requête en jugement sommaire. Bien sûr, ni le juge des requêtes ni la Cour d’appel ne disposaient du cadre que j’établis dans les présents motifs.

[57] Le juge des requêtes n’a pas conclu que M^{me} MacMillan avait un parti pris, qu’elle n’était pas impartiale ou qu’elle se faisait le défenseur des actionnaires (motifs de la C.A., par. 122). Au contraire, M^{me} MacMillan a reconnu expressément connaître les normes et exigences voulant que l’expert soit indépendant. Elle était également au fait des directives précises dans le milieu de la comptabilité applicables aux comptables cités comme témoins experts. Elle était consciente à titre de témoin expert de sa principale obligation envers le tribunal (d.a., vol. III, p. 75-76; motifs de la C.A., par. 134). Même si, selon le juge des requêtes, il faut une « apparence » d’impartialité, ce facteur ne constitue pas un critère d’admissibilité, comme je l’explique précédemment.

[58] La prétention des vérificateurs selon laquelle M^{me} MacMillan manquerait d’objectivité repose sur deux principaux points que j’aborde successivement.

[59] D’abord, les vérificateurs soutiennent que le travail fait antérieurement à l’intention des actionnaires par le bureau de Grant Thornton à Kentville [TRADUCTION] « a servi de catalyseur et de fondement à l’action pour négligence » intentée contre les vérificateurs et que cela « empêche [Grant Thornton] d’agir comme expert “indépendant” en l’espèce » (m.a., par. 17 et 19). Selon les vérificateurs, M^{me} MacMillan se trouvait dans « une situation de conflit d’intérêts irréductible qui la forçait inévitablement à commenter et approuver les mesures prises et la norme de diligence observée soit par ses propres partenaires chez Grant Thornton » soit par les vérificateurs (m.a., par. 21). Ce premier argument doit cependant être rejeté.

[60] The fact that one professional firm discovers what it thinks is or may be professional negligence does not, on its own, disqualify it from offering that opinion as an expert witness. Provided that the initial work is done independently and impartially and the person put forward as an expert understands and is able to comply with the duty to provide fair, objective and non-partisan assistance to the court, the expert meets the threshold qualification in that regard. There is no suggestion here that Grant Thornton was hired to take a position dictated to it by the shareholders or that there was anything more than a speculative possibility of Grant Thornton incurring liability to them if the firm's opinion was not ultimately accepted by the court. There was no finding that Ms. MacMillan was, in fact, biased or not impartial, or that she was acting as an advocate for the shareholders. The auditors' submission that she somehow "admitted" on her cross-examination that she was in an "irreconcilable conflict" is not borne out by a fair reading of her evidence in context: A.R., vol. III, at pp. 139-45. On the contrary, her evidence was clear that she understood her role as an expert and her duty to the court: *ibid.*, at pp. 75-76.

[61] The auditors' second main point was that Ms. MacMillan was not independent because she had "incorporated" some of the work done by the Kentville office of her firm. This contention is also ill founded. To begin, I do not accept that an expert lacks the threshold qualification in relation to the duty to give fair, objective and non-partisan evidence simply because the expert relies on the work of other professionals in reaching his or her own opinion. Moreover, as Beveridge J.A. concluded, what was "incorporated" was essentially an exercise in arithmetic that had nothing to do with any accounting opinion expressed by the Kentville office: C.A. reasons, at paras. 146-49.

[62] There was no basis disclosed in this record to find that Ms. MacMillan's evidence should be

[60] Le cabinet professionnel qui découvre ce qu'il estime être une négligence professionnelle ou ce qui pourrait l'être n'est pas d'emblée interdit de donner son opinion en tant que témoin expert. Dès lors que le travail initial est fait de façon indépendante et impartiale et que l'expert proposé comprend son obligation d'apporter au tribunal une aide juste, objective et impartiale et qu'il peut s'acquitter de cette obligation, il est satisfait au critère relatif à la qualification sur ce plan. Or, rien ne permet de penser ici que le cabinet Grant Thornton a été engagé pour exprimer un point de vue dicté par les actionnaires, ni qu'il y ait eu plus qu'une hypothétique possibilité que le cabinet soit tenu responsable envers ces derniers si, en fin de compte, le tribunal n'avait pas retenu son opinion. Le juge n'a pas conclu que M^{me} MacMillan avait un parti pris, qu'elle a manqué d'impartialité ou qu'elle s'était faite le défenseur des actionnaires. De plus, l'argument des vérificateurs selon lequel M^{me} MacMillan a en quelque sorte « admis » en contre-interrogatoire se trouver dans une situation de « conflit d'intérêts irréductible » n'est pas corroboré par une interprétation raisonnable de son témoignage dans son contexte (d.a., vol. III, p. 139-145). Au contraire, il ressort clairement de son témoignage qu'elle comprenait son rôle d'expert et son obligation envers le tribunal (*ibid.*, p. 75-76).

[61] Deuxièmement, M^{me} MacMillan ne serait pas indépendante, puisqu'elle avait « incorporé » une partie du travail fait par son cabinet au bureau de Kentville. Cette prétention est également non fondée. D'abord, je n'accepte pas qu'un expert ne satisfasse pas au critère de la qualification suffisante, dans la mesure où il est question de son obligation de rendre un témoignage juste, objectif et impartial, simplement parce qu'il se fonde sur le travail d'autres professionnels pour se faire une opinion. De plus, comme le juge Beveridge l'a conclu, ce qui a été « incorporé » consistait essentiellement en un exercice arithmétique qui n'avait rien à voir avec quelque opinion comptable qu'aurait exprimée le bureau de Kentville (motifs de la C.A., par. 146-149).

[62] Le présent dossier ne révèle aucun élément qui permette de conclure que le témoignage de

excluded because she was not able and willing to provide the court with fair, objective and non-partisan evidence. I agree with the majority of the Court of Appeal who concluded that the motions judge committed a palpable and overriding error in determining that Ms. MacMillan was in a conflict of interest that prevented her from giving impartial and objective evidence: paras. 136-50.

IV. Disposition

[63] I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Stikeman Elliott, Toronto.

Solicitors for the respondents: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto; Groupe Murphy Group, Moncton.

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

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Henein Hutchison, Toronto.

M^{me} MacMillan devrait être exclu parce que celle-ci ne pouvait ou ne voulait rendre devant le tribunal un témoignage juste, objectif et impartial. Je conviens avec la majorité de la Cour d'appel que le juge des requêtes a commis une erreur manifeste et dominante en estimant que M^{me} MacMillan était dans une situation de conflit d'intérêts qui l'empêchait de rendre un témoignage objectif et impartial (par. 136-150).

IV. Dispositif

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

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants : Stikeman Elliott, Toronto.

Procureurs des intimées : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto; Groupe Murphy Group, Moncton.

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

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Henein Hutchison, Toronto.

Ivan William Mervin Henry *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right
of the Province of British Columbia as
represented by the Attorney General
of British Columbia and Attorney General
of Canada** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of Nova Scotia,
Attorney General of New Brunswick,
Attorney General of Manitoba,
Attorney General for Saskatchewan,
Attorney General of Alberta,
Attorney General of Newfoundland
and Labrador, Association in Defence
of the Wrongly Convicted, David Asper
Centre for Constitutional Rights,
British Columbia Civil Liberties Association,
Canadian Civil Liberties Association,
Criminal Lawyers' Association and
Canadian Association of
Crown Counsel** *Interveners*

**INDEXED AS: HENRY v. BRITISH COLUMBIA
(ATTORNEY GENERAL)**

2015 SCC 24

File No.: 35745.

2014: November 13; 2015: May 1.

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

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

*Constitutional law — Charter of Rights — Remedies
— Damages — Civil action — Prosecutorial miscon-
duct in criminal proceedings — Disclosure obligations of*

* LeBel J. took no part in the judgment.

Ivan William Mervin Henry *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef de la province
de la Colombie-Britannique représentée
par le procureur général de la
Colombie-Britannique et procureur
général du Canada** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureure générale du Québec,
procureur général de la Nouvelle-Écosse,
procureur général du Nouveau-Brunswick,
procureur général du Manitoba,
procureur général de la Saskatchewan,
procureur général de l'Alberta,
procureur général de Terre-Neuve-
et-Labrador, Association in Defence
of the Wrongly Convicted, David Asper
Centre for Constitutional Rights,
Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique,
Association canadienne des libertés civiles,
Criminal Lawyers' Association et
Association canadienne des juristes
de l'État** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : HENRY c. COLOMBIE-BRITANNIQUE
(PROCUREUR GÉNÉRAL)**

2015 CSC 24

N° du greffe : 35745.

2014 : 13 novembre; 2015 : 1^{er} mai.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Répa-
ration — Dommages-intérêts — Action civile — Con-
duite répréhensible du poursuivant dans des poursuites*

* Le juge LeBel n'a pas participé au jugement.

prosecutors — Wrongful non-disclosure — Malice — Claimant wrongfully convicted and incarcerated for almost 27 years — Claimant bringing civil action alleging breach of Charter rights resulting from Crown counsel's wrongful non-disclosure of relevant information — Damages under s. 24(1) sought against Crown — Whether s. 24(1) authorizes courts to award damages against Crown for wrongful non-disclosure — Level of fault claimant must establish to meet liability threshold for awarding s. 24(1) damages — Whether malice required — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).

H was convicted in 1983 of 10 sexual offences, declared a dangerous offender, and imprisoned for almost 27 years. In October 2010, the B.C. Court of Appeal quashed all 10 convictions and substituted acquittals for each, finding serious errors in the conduct of the trial and concluding that the guilty verdicts were unreasonable in light of the evidence as a whole. H brought a civil suit against the Attorney General of British Columbia (“AGBC”), seeking damages under s. 24(1) of the *Charter* for harm suffered as a consequence of his wrongful convictions and imprisonment.

H alleges that the Crown failed to make full disclosure of relevant information before, during, and after his trial. H made numerous requests for disclosure of all victim statements as well as medical and forensic reports. The Crown did not disclose any of the requested material before the commencement of trial. At trial, the Crown provided him with several victim statements, but approximately 30 additional statements were not disclosed. These statements revealed inconsistencies that could have been used to attack the already-suspect identification evidence put forward by the Crown. Key forensic evidence was also not disclosed. Furthermore, the Crown failed to disclose the existence of another suspect who had been arrested twice in the vicinity of the attacks.

criminelles — Obligation des poursuivants en matière de communication de la preuve — Défaut injustifié de communiquer des renseignements — Malveillance — Demandeur condamné injustement et incarcéré pendant presque 27 ans — Action civile du demandeur alléguant une violation de droits garantis par la Charte résultant du défaut injustifié de l’avocat du ministère public de communiquer des renseignements pertinents — Demande de dommages-intérêts contre l’État en vertu de l’art. 24(1) — L’article 24(1) autorise-t-il les tribunaux à condamner l’État à des dommages-intérêts dans les cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements? — Degré de faute que le demandeur doit établir pour satisfaire au seuil de responsabilité permettant l’adjudication de dommages-intérêts en vertu de l’art. 24(1) — La preuve de la malveillance est-elle requise? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).

H a été reconnu coupable en 1983 de 10 infractions sexuelles; il a été déclaré délinquant dangereux et est demeuré incarcéré pendant presque 27 ans. En octobre 2010, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a annulé chacune des 10 déclarations de culpabilité et les a remplacées par un acquittement après avoir constaté de graves erreurs dans le déroulement du procès et avoir conclu que les verdicts de culpabilité étaient déraisonnables, compte tenu de l’ensemble de la preuve. H a intenté contre le procureur général de la Colombie-Britannique (« PGCB ») une poursuite civile par laquelle il réclame en vertu du par. 24(1) de la *Charte* des dommages-intérêts pour le préjudice subi du fait de ses condamnations et de son emprisonnement injustifiés.

H allègue que le ministère public n’a pas communiqué l’intégralité des renseignements pertinents avant, durant et après son procès. H a demandé à plusieurs reprises qu’on lui communique toutes les déclarations des victimes, ainsi que des rapports médicaux et des rapports d’expertise médico-légale. Le ministère public n’a communiqué aucun des documents réclamés avant l’ouverture du procès. Au procès, le ministère public lui a fourni quelques déclarations faites par des victimes, mais on ne lui a pas communiqué une trentaine d’autres déclarations. Ces déclarations révélaient des contradictions qui auraient pu être utilisées pour contester la preuve d’identification déjà suspecte avancée par le ministère public. Des preuves médico-légales importantes ne lui ont pas non plus été communiquées. En outre, le ministère public a omis de divulguer l’existence d’un autre suspect qui avait été arrêté à deux reprises à proximité des lieux des agressions.

In his Notice of Civil Claim, H pleaded various causes of action, including negligence, malicious prosecution, and breach of his ss. 7 and 11(d) *Charter* rights. The AGBC moved to strike the causes of action grounded in negligence and the *Charter*. The B.C. Supreme Court struck the negligence claim as inconsistent with this Court's holding in *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, but allowed H's *Charter* claim to proceed since it was founded on allegations of malicious conduct. The court noted, however, that if H intended to pursue a *Charter* damages claim against the AGBC for conduct falling short of malice, he would have to seek leave to amend his pleadings. H applied for leave to amend his pleadings to claim *Charter* damages against the AGBC for non-malicious conduct. In permitting H to amend his claim accordingly, the application judge found that a threshold lower than malice should apply and that s. 24(1) damages awards are justified where the Crown's conduct represents a marked and unacceptable departure from the reasonable standards expected of prosecutors. The Court of Appeal unanimously allowed the AGBC's appeal, concluding that H was not entitled to seek *Charter* damages for the non-malicious acts and omissions of Crown counsel.

Held: The appeal should be allowed. Section 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* authorizes courts of competent jurisdiction to award damages against the Crown for prosecutorial misconduct absent proof of malice.

Per Abella, Moldaver, Wagner and Gascon JJ.: Where, as here, a claimant seeks *Charter* damages based on allegations that the Crown's failure to disclose violated his or her *Charter* rights, proof of malice is not required. Instead, a cause of action will lie where the Crown, in breach of its constitutional obligations, causes harm to the accused by intentionally withholding information when it knows, or would reasonably be expected to know, that the information is material to the defence and that the failure to disclose will likely impinge on the accused's ability to make full answer and defence. This represents a high threshold for a successful *Charter* damages claim, albeit one that is lower than malice. Only by keeping liability within strict bounds can a reasonable balance be struck between remedying serious rights violations and

Dans sa déclaration, H a plaidé diverses causes d'action, notamment la négligence, la poursuite abusive et la violation des droits qui lui sont garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Le PGCB a demandé la radiation des causes d'action fondées sur la négligence et sur la *Charte*. La Cour suprême de la C.-B. a radié la demande fondée sur la négligence au motif qu'elle était incompatible avec la décision de la Cour dans *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, mais a permis que la demande de H fondée sur la *Charte* suive son cours puisqu'elle reposait sur des allégations de malveillance. La cour a toutefois fait observer que, s'il entendait réclamer en vertu de la *Charte* des dommages-intérêts contre le PGCB pour une conduite ne constituant pas de la malveillance, H devait demander l'autorisation de modifier ses actes de procédure. H a demandé l'autorisation de modifier ses actes de procédure afin de réclamer contre le PGCB, en vertu de la *Charte*, des dommages-intérêts pour conduite non malveillante. En autorisant H à modifier sa demande en conséquence, le premier juge a estimé qu'il y avait lieu de retenir un seuil moins élevé que celui de la malveillance et que l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) ne se justifie que si la conduite du poursuivant déroge de façon marquée et inacceptable aux normes raisonnables que devraient respecter les poursuivants. La Cour d'appel a accueilli à l'unanimité l'appel interjeté par le PGCB et a conclu que H n'avait pas le droit de réclamer des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pour les actes et les omissions non malveillants des avocats du ministère public.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. Le paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* autorise les tribunaux compétents, en cas de conduite répréhensible du poursuivant, à condamner l'État à des dommages-intérêts en l'absence d'une preuve de malveillance.

Les juges Abella, Moldaver, Wagner et Gascon : Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, un demandeur réclame des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* en alléguant que le défaut du ministère public de lui communiquer des éléments de preuve a eu pour effet de violer les droits que lui garantit la *Charte*, la preuve de la malveillance n'est pas requise. L'accusé dispose plutôt d'un droit d'action lorsque, en violation de ses obligations constitutionnelles, le ministère public lui a causé un préjudice en retenant délibérément des renseignements alors qu'il savait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements étaient importants pour la défense et que le défaut de les communiquer pourrait porter atteinte à la possibilité, pour l'accusé, de présenter une défense pleine et entière. Cette norme représente un

maintaining the efficient operation of our public prosecution system.

In *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, this Court recognized that s. 24(1) of the *Charter* authorizes damage claims directed against the state for violations of the claimant's constitutional rights. The Chief Justice outlined a framework to determine the state's liability for *Charter* damages. Under this framework, the claimant must demonstrate that the state has breached one of his or her *Charter* rights and that an award of damages would serve a compensation, vindication, or deterrence function. Once that burden is met, the onus shifts to the state to rebut the claimant's case based on countervailing considerations.

The countervailing consideration at issue in this case relates to concerns over good governance. *Ward* recognizes that policy factors may justify restricting the state's exposure to civil liability by establishing a minimum threshold of gravity. If the threshold of gravity is set too low for a *Charter* damages claim alleging Crown misconduct, the ability of prosecutors to discharge their important public duties will be undermined, with adverse consequences for the administration of justice. Specifically, the spectre of liability may influence the decision-making of prosecutors and make them more "defensive" in their approach. A low threshold would also open up the floodgates of civil liability and force prosecutors to spend undue amounts of time and energy defending their conduct in court.

The AGBC submits that, to attract liability for *Charter* damages, the Crown's conduct must rise to the level of "malice". The malice standard has been extensively canvassed in this Court's malicious prosecution jurisprudence. Under the tort of malicious prosecution, a prosecutor will be liable for the decision to initiate or continue a prosecution against an individual without reasonable and probable cause, provided that such decision was characterized by malice. Malice requires more than recklessness or

seuil élevé pour qu'une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* soit accueillie, mais elle est moins exigeante que la norme de la malveillance. Ce n'est qu'en maintenant la responsabilité à l'intérieur de limites strictes que peut être établi un équilibre raisonnable entre la réparation de violations graves des droits et la préservation du bon fonctionnement de notre système de poursuites pénales.

Dans l'arrêt *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, la Cour a reconnu que le par. 24(1) de la *Charte* autorise les demandes de dommages-intérêts dirigées contre l'État pour violation des droits constitutionnels garantis au demandeur. Le Juge en chef a proposé un cadre d'analyse pour déterminer la responsabilité de l'État en dommages-intérêts pour violation de la *Charte*. Selon ce cadre d'analyse, le demandeur doit démontrer que l'État a violé l'un des droits que lui garantit la *Charte* et que l'attribution de dommages-intérêts remplirait une des fonctions que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion. Une fois qu'il s'est acquitté de ce fardeau, il revient à l'État de réfuter la preuve du demandeur en faisant valoir des facteurs qui font contrepoids.

La considération qui fait contrepoids en cause dans la présente affaire a trait aux préoccupations relatives au bon gouvernement. L'arrêt *Ward* reconnaît que des facteurs de principe peuvent justifier que l'on restreigne les possibilités de recours en responsabilité civile contre l'État en établissant un seuil minimal de gravité. Si l'on fixe trop bas le seuil minimal de gravité dans le cas d'une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* qui allègue une conduite répréhensible du ministère public, la possibilité pour les avocats du ministère public de s'acquitter de leurs importantes fonctions publiques s'en trouvera compromise et l'administration de la justice en souffrira. Plus précisément, le spectre de la responsabilité pourrait influencer la prise de décision des poursuivants et les mettre davantage « sur la défensive ». Un seuil peu élevé déclencherait également une avalanche de poursuites civiles et obligerait les poursuivants à consacrer trop de temps et d'énergie à justifier leur conduite devant le tribunal.

Le PGCB affirme que, pour engager la responsabilité ouvrant droit à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, la conduite du ministère public doit constituer de la « malveillance ». La norme de la malveillance a été examinée à fond dans les décisions de la Cour relatives aux poursuites abusives. Dans le cas du délit civil de poursuite abusive, un poursuivant engage sa responsabilité s'il décide d'engager ou de continuer une poursuite criminelle contre une personne en l'absence de

gross negligence. Rather, the plaintiff must demonstrate a willful and intentional effort on the Crown's part to abuse or distort its proper role within the criminal justice system. The malice standard will only be met in exceptional cases where the plaintiff can prove that a prosecutor's decision was driven by an improper purpose or motive, wholly inconsistent with Crown counsel's role as minister of justice.

There are several reasons why malice does not provide a useful liability threshold for *Charter* damages claims alleging wrongful non-disclosure by prosecutors. First, the malice standard is firmly rooted in the tort of malicious prosecution, which has a distinctive history and purpose. Second, malice requires an inquiry into whether the prosecutor was motivated by an improper purpose. Such an inquiry is apt when the impugned conduct is a highly discretionary decision such as the decision to initiate or continue a prosecution, because discretionary decision-making can best be evaluated by reference to the decision-maker's motives. However, the decision to disclose relevant information is not discretionary. It is a constitutional obligation which must be properly discharged by the Crown in accordance with an accused's *Charter* right to make full answer and defence. As such, the motives of the prosecutor in withholding information are immaterial. Third, unlike the decision to initiate or continue a prosecution, disclosure decisions do not fall within the core of prosecutorial discretion, and therefore do not warrant such an onerous threshold to insulate them from judicial scrutiny. Finally, a purposive approach to s. 24(1) militates against the malice standard.

While the malice standard is not directly applicable, the compelling good governance concerns raised in our malicious prosecution jurisprudence must be taken into account in determining the appropriate liability threshold for cases of wrongful non-disclosure. The liability threshold must ensure that Crown counsel will not be diverted from their important public duties by having to defend against a litany of civil claims. Moreover, a widespread "chilling effect" on the behaviour of prosecutors must be avoided. Therefore, the threshold must allow for strong

motifs raisonnables et probables, pourvu que cette décision soit empreinte de malveillance. La malveillance exige plus que l'insouciance ou la négligence grave. Le demandeur doit plutôt démontrer un effort délibéré de la part du ministère public pour abuser de son propre rôle ou le dénaturer dans le cadre du système de justice pénale. Le demandeur ne satisfera à la norme de la malveillance que dans les cas exceptionnels où il peut établir que la décision du poursuivant était motivée par un but ou un motif illégitime tout à fait incompatible avec le rôle de l'avocat du ministère public en tant que représentant de la justice.

Pour plusieurs raisons, la malveillance ne fournit pas un seuil de responsabilité utile dans le cas des demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte* dans lesquelles on allègue le défaut injustifié des poursuivants de communiquer des renseignements. En premier lieu, la norme de la malveillance est fermement enracinée dans le délit de poursuite abusive, qui a son propre historique et son propre objet. En deuxième lieu, la malveillance exige que l'on examine si le poursuivant était motivé par un but illégitime. Cet examen est approprié lorsque la conduite reprochée est une décision hautement discrétionnaire comme celle d'engager ou de continuer une poursuite, parce que la meilleure façon d'évaluer la prise d'une décision discrétionnaire est de le faire en fonction des motifs du décideur. Cependant, la décision de communiquer des renseignements pertinents n'est pas de nature discrétionnaire. Il s'agit d'une obligation constitutionnelle dont doit s'acquitter convenablement le ministère public, en harmonie avec le droit de présenter une défense pleine et entière que la *Charte* garantit à un accusé. Les motifs du poursuivant qui ne dévoile pas certains renseignements à l'accusé n'ont eux-mêmes aucune importance. En troisième lieu, contrairement à la décision d'engager ou de continuer une poursuite, les décisions en matière de communication ne ressortissent pas au pouvoir discrétionnaire essentiel et ne justifient donc pas un seuil aussi élevé pour les soustraire au contrôle judiciaire. Enfin, une interprétation téléologique du par. 24(1) milite à l'encontre de la norme de la malveillance.

Bien que la norme de la malveillance ne s'applique pas directement, il faut tenir compte des préoccupations impérieuses relatives au bon gouvernement évoquées dans nos décisions traitant de la malveillance pour établir le seuil de responsabilité qui convient aux cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements. Le seuil de responsabilité doit faire en sorte que les avocats du ministère public ne soient pas détournés de leurs fonctions publiques importantes par l'obligation de se défendre contre une multitude de poursuites civiles. De plus, il faut

claims to be heard on their merits, while guarding against a proliferation of marginal cases.

Good governance concerns mandate a high threshold that substantially limits the scope of liability. The standard adopted by the application judge, which is akin to gross negligence, does not provide sufficient limits. H submits that an even lower threshold — a simple breach of the *Charter* without any additional element of fault — should apply in this context. This approach fails to address the compelling policy and practical concerns that justify limiting prosecutorial liability. H alleges very serious instances of wrongful non-disclosure that demonstrate a shocking disregard for his *Charter* rights. His claim as pleaded meets the liability threshold established here. However, H's exceptional case should not be used to justify a substantial expansion of prosecutorial liability.

Whether considered at the pleadings stage or at trial, the same formulation of the test applies. At trial, a claimant must convince the fact-finder on a balance of probabilities that (1) the prosecutor intentionally withheld information; (2) the prosecutor knew or ought reasonably to have known that the information was material to the defence and that the failure to disclose would likely impinge on his or her ability to make full answer and defence; (3) withholding the information violated his or her *Charter* rights; and (4) he or she suffered harm as a result. To withstand a motion to strike, a claimant would only need to plead facts which, taken as true, would be sufficient to support a finding on each of these elements.

The liability threshold focuses on two key elements: the prosecutor's intent, and his or her actual or imputed knowledge. The purpose of these elements is not to shield prosecutors from liability by placing an undue burden on claimants to prove subjective mental states. Rather, they are designed to set a sufficiently high threshold to address good governance concerns while preserving a cause of action for serious instances of wrongful non-disclosure.

éviter un « effet paralysant » généralisé sur le comportement des poursuivants. Le seuil de responsabilité doit donc permettre l'audition sur le fond des demandes solides tout en empêchant une prolifération de demandes marginales.

Les préoccupations relatives au bon gouvernement commandent un seuil élevé qui limite sensiblement la portée de la responsabilité. La norme adoptée par le juge de première instance, laquelle s'apparente à la négligence grave, n'offre pas de limites suffisantes. H plaide qu'un seuil encore plus bas — une simple violation de la *Charte* sans autre élément de faute — devrait s'appliquer dans ce contexte. Cette solution ne tient pas compte des préoccupations pratiques et de principe impérieuses qui justifient une limitation de la responsabilité du poursuivant. H allègue des cas très graves de défaut de communiquer des renseignements qui manifestent une indifférence consternante à l'égard des droits que lui garantit la *Charte*. Les allégations de sa demande respectent le seuil de responsabilité établi en l'espèce. Toutefois, le cas exceptionnel de H ne doit pas servir à justifier un élargissement important de la responsabilité du poursuivant.

Que l'examen ait lieu au stade des actes de procédure ou au procès, la même formulation du critère s'applique. Au procès, un demandeur doit convaincre le juge des faits, selon la prépondérance des probabilités, (1) que le poursuivant a retenu délibérément des renseignements, (2) que le poursuivant savait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements étaient importants pour la défense du demandeur et que le fait de ne pas les communiquer porterait vraisemblablement atteinte à la possibilité de présenter une défense pleine et entière, (3) que la rétention de ces renseignements a porté atteinte aux droits garantis par la *Charte* au demandeur, et (4) que le demandeur a subi un préjudice en conséquence. Pour résister à une requête en radiation, un demandeur n'a qu'à alléguer des faits qui, tenus pour avérés, seraient suffisants pour étayer une conclusion sur chacun de ces éléments.

Le seuil de responsabilité porte sur deux éléments clés : l'intention du poursuivant et sa connaissance de fait ou présumée. Ces éléments ne visent pas à protéger les poursuivants contre toute responsabilité en imposant aux demandeurs le fardeau excessif de prouver des états d'esprit subjectifs. Ils visent plutôt à établir un seuil suffisamment élevé qui permette à la fois de tenir compte des préoccupations relatives au bon gouvernement et de préserver une cause d'action dans les cas graves de défaut injustifié de communiquer des renseignements.

The consequences of setting a lower threshold in this context — simple negligence, or even the gross negligence standard adopted by the application judge — would be serious. This type of threshold implicates a duty of care paradigm that ignores the basic realities of conducting a criminal prosecution. The problems with a negligence-based standard are even more apparent when considering how this lower threshold would operate at the pleadings stage. It would be far too easy for a claimant with a weak claim to plead facts disclosing a cause of action for negligence and thus drive prosecutors into civil court. Bringing a *Charter* damages claim for prosecutorial misconduct should not be a mere exercise in artful pleading.

In addition to establishing a *Charter* breach and the requisite intent and knowledge, a claimant must prove that, as a result of the wrongful non-disclosure, he or she suffered a legally cognizable harm. Liability attaches to the Crown only upon a finding of “but for” causation. Regardless of the nature of the harm suffered, a claimant would have to prove, on a balance of probabilities, that “but for” the wrongful non-disclosure he or she would not have suffered that harm. The “but for” causation test may, however, be modified in situations involving multiple alleged wrongdoers.

H may seek to amend his pleadings to include a claim for *Charter* damages alleging that the Crown, in breach of its constitutional obligations, caused him harm by intentionally withholding information when it knew, or should reasonably have known, that the information was material to his defence and that the failure to disclose would likely impinge on his ability to make full answer and defence.

Per McLachlin C.J. and Karakatsanis J.: H need not allege that the Crown breached its constitutional obligation intentionally, or with malice, in order to access *Charter* damages. Applying the principles from *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, to this case, H must plead facts that, if true, establish a

Imposer un seuil peu élevé dans un tel contexte — la norme de la négligence simple, ou même celle de la négligence grave retenue par le juge de première instance — entraînerait de graves conséquences. Ce type de seuil fait intervenir un paradigme fondé sur l’obligation de diligence qui ne tient pas compte des réalités fondamentales du déroulement d’une poursuite criminelle. Les problèmes que présente une norme fondée sur la négligence ressortent davantage lorsqu’on se demande comment ce seuil moins élevé pourrait s’appliquer à l’étape des actes de procédure. Il serait beaucoup trop facile pour un demandeur dont la cause est difficilement justifiable de plaider des faits qui révèlent une cause d’action fondée sur la négligence et donc, de traîner les poursuivants devant les tribunaux civils. Le fait d’intenter en vertu de la *Charte* une action en dommages-intérêts pour inconduite du poursuivant ne devrait pas constituer un simple exercice pour un plaideur habile.

En plus d’avoir à établir une violation de la *Charte* ainsi que l’intention et la connaissance requises, le demandeur doit prouver que le défaut injustifié de communiquer des renseignements lui a causé un préjudice reconnu en droit. Le ministère public n’engage sa responsabilité que si l’on conclut à l’existence d’un lien de causalité fondé sur un « facteur déterminant ». Quelle que soit la nature du préjudice subi, le demandeur devrait établir selon la prépondérance des probabilités que « n’eût été » le défaut injustifié de communiquer des renseignements, il n’aurait pas subi ce préjudice. Le critère du « facteur déterminant » peut toutefois être modifié dans les cas où la faute est attribuée à plusieurs personnes.

H peut demander de modifier ses actes de procédure afin d’y inclure une demande en dommages-intérêts fondée sur la *Charte* dans laquelle il allègue que le ministère public, en violation de ses obligations constitutionnelles, lui a causé un préjudice en retenant délibérément des renseignements alors qu’il savait, ou qu’il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements étaient importants pour sa défense et que le défaut de les communiquer porterait vraisemblablement atteinte à la possibilité, pour H, de présenter une défense pleine et entière.

La juge en chef McLachlin et la juge Karakatsanis : H n’a pas à alléguer que le ministère public a contrevenu intentionnellement, ou avec malveillance, à son obligation constitutionnelle pour réclamer des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*. Si l’on applique les principes énoncés dans *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27,

breach of his *Charter* rights and that damages constitute an appropriate and just remedy to advance the purposes of compensation, vindication or deterrence. If proven at trial, the facts alleged by H would indisputably establish a breach of H's disclosure rights under s. 7 of the *Charter*, which had a direct and serious impact on the fairness of his trial. In these circumstances, an award of *Charter* damages under s. 24(1) may provide some compensation for the hardships H has endured and may also help publicly vindicate such a serious violation of the *Charter* rights the Crown is alleged to have breached. The objective of deterrence may also be served by an award of damages that highlights the need for the state to remain vigilant in meeting its constitutional obligations.

At step three of the *Ward* analysis, the government has an opportunity to advance any countervailing considerations that would make it inappropriate or unjust to award damages under s. 24(1). At the current stage of proceedings in this case, it is far from clear that there is an alternative remedy that will fulfill the functional objectives of *Charter* damages. As to good governance concerns, the second set of countervailing considerations discussed in *Ward*, those raised by the Attorney General of British Columbia are misplaced in this case. H's case does not involve the exercise of prosecutorial discretion in the usual sense of the term. The discretion to commence and pursue a prosecution is vital to the effective prosecution of criminal cases and claims can only be brought against prosecutors for misuse of this discretion if malice can be shown. The legal duty on the Crown to disclose relevant evidence, however, is not a discretionary function but a legal obligation. This obligation is absolute. The only discretion left to the prosecutor is a limited operational discretion relating to timing, relevance in borderline cases, privilege and protection of witness identity. An action for failure to disclose relevant evidence to the defence is different from an action for misuse of prosecutorial discretion in bringing or pursuing a prosecution. It is not an action for abuse of discretion, but an action for breach of a legal duty imposed on the state by the *Charter*. Recognizing H's claim will not chill the exercise of prosecutorial discretion, nor will it change the high standard of malice for tort actions for misuse of

[2010] 2 R.C.S. 28, à la présente affaire, H doit alléguer des faits qui, s'ils s'avèrent, devront établir qu'il y a eu atteinte à ses droits garantis par la *Charte* et que les dommages-intérêts constituent une réparation convenable et juste qui favorise la réalisation d'au moins une des fonctions que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion. Si les faits allégués par H sont prouvés lors du procès, ils établiront incontestablement que ses droits à la communication de la preuve, garantis par l'art. 7 de la *Charte*, ont été violés, ce qui a directement et gravement compromis l'équité de son procès. Dans les circonstances, l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte* pourrait permettre à H d'être indemnisé pour les épreuves qu'il a vécues et également soutenir publiquement la défense des droits garantis par la *Charte* que le ministère public aurait si gravement violés dans le cas de H. L'objectif de dissuasion peut également être réalisé par l'attribution de dommages-intérêts qui souligne la nécessité pour l'État de demeurer vigilant quant au respect de ses obligations constitutionnelles.

À la troisième étape de l'analyse prescrite par l'arrêt *Ward*, le gouvernement a la possibilité de présenter toutes les considérations faisant contrepoids qui pourraient démontrer que l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) constituerait une réparation qui ne serait pas convenable et juste. Au stade où en est l'instance en l'espèce, l'existence d'une autre mesure de réparation qui réaliserait les objectifs fonctionnels de l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* est loin d'être certaine. En ce qui concerne le bon gouvernement, le deuxième ensemble de considérations faisant contrepoids examinées dans l'arrêt *Ward*, soit celles soulevées par le procureur général de la Colombie-Britannique sont hors de propos en l'espèce. La cause de H ne porte pas sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public au sens où on l'entend normalement. Le pouvoir discrétionnaire d'engager et de mener une poursuite est vital pour assurer que les infractions criminelles sont efficacement poursuivies, et il ne peut être engagé d'action contre un poursuivant qui aurait mal exercé ce pouvoir discrétionnaire que dans les cas où la malveillance pourrait être établie. L'obligation légale de communication de la preuve qui incombe au ministère public n'est cependant pas une fonction discrétionnaire, mais une obligation en droit. Il s'agit d'une obligation absolue. Le seul pouvoir discrétionnaire dont dispose le poursuivant est celui qui, sur le plan opérationnel, s'applique au moment où la preuve sera communiquée, à la pertinence dans les cas limites, au privilège et à la protection de l'identité des

prosecutorial discretion, or divert prosecutors from their day-to-day work.

H should be allowed to amend his pleadings to include a claim for *Charter* damages based on a breach by the Crown of its constitutional obligation to disclose relevant information. On the facts as pleaded, *Charter* damages would be an appropriate and just remedy, serving one or more of the functions of compensation, vindication and deterrence.

Cases Cited

By Moldaver J.

Referred to: *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575; *Proulx v. Quebec (Attorney General)*, 2001 SCC 66, [2001] 3 S.C.R. 9; *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Elguzouli-Daf v. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1995] Q.B. 335; *R. v. Walle*, 2012 SCC 41, [2012] 2 S.C.R. 438; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; *R. v. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181.

témoins. Il faut faire une distinction entre l'action pour défaut de communiquer à la défense la preuve pertinente et l'action dans laquelle le demandeur allègue que le ministère public a mal exercé son pouvoir discrétionnaire d'engager et de mener une poursuite : la première ne vise pas l'abus de pouvoir discrétionnaire, mais plutôt le non-respect d'une obligation légale imposée à l'État par la *Charte*. Admettre la demande de H ne paralysera pas l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public, cela ne changera pas non plus la norme élevée de malveillance qui s'applique aux actions en responsabilité délictuelle découlant du fait que le ministère public a mal exercé son pouvoir discrétionnaire, ni ne détournera les poursuivants de leurs tâches quotidiennes.

H devrait être autorisé à modifier ses actes de procédure de manière à y inclure une réclamation en dommages-intérêts fondée sur la *Charte* pour la violation par le ministère public de son obligation constitutionnelle de communiquer les renseignements pertinents à la défense. Selon les allégations, l'attribution de dommages-intérêts constituerait une réparation convenable et juste qui remplirait au moins l'une des fonctions que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Arrêts mentionnés : *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, 2001 CSC 66, [2001] 3 R.C.S. 9; *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Elguzouli-Daf c. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1995] Q.B. 335; *R. c. Walle*, 2012 CSC 41, [2012] 2 R.C.S. 438; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; *R. c. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181.

By McLachlin C.J. and Karakatsanis J.

Applied: *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; **referred to:** *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 401.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 24(1).

Constitution Act, 1982, s. 52.

International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, art. 14(6).

Authors Cited

Roach, Kent. “A Promising Late Spring for Charter Damages: *Ward v. Vancouver*” (2011), 29 *N.J.C.L.* 135.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Hall, MacKenzie and Stromberg-Stein JJ.A.), 2014 BCCA 15, 53 B.C.L.R. (5th) 262, 349 B.C.A.C. 175, 596 W.A.C. 175, 370 D.L.R. (4th) 742, 6 C.C.L.T. (4th) 175, 299 C.R.R. (2d) 35, 8 C.R. (7th) 108, [2014] 3 W.W.R. 231, [2014] B.C.J. No. 71 (QL), 2014 CarswellBC 100 (WL Can.), setting aside a decision of Goepel J., 2013 BCSC 665, 47 B.C.L.R. (5th) 335, 359 D.L.R. (4th) 171, 100 C.C.L.T. (3d) 298, 281 C.R.R. (2d) 24, [2013] 8 W.W.R. 518, [2013] B.C.J. No. 769 (QL), 2013 CarswellBC 990 (WL Can.). Appeal allowed.

Joseph J. Arvay, Q.C., Alison Latimer, Marilyn Sandford and Cameron Ward, for the appellants.

Peter Juk, Q.C., Karen A. Horsman and E. W. (Heidi) Hughes, for the respondent Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia as represented by the Attorney General of British Columbia.

Citée par la juge en chef McLachlin et la juge Karakatsanis

Arrêt appliqué : *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; **arrêts mentionnés :** *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 401.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d), 24(1).

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 14(6).

Doctrine et autres documents cités

Roach, Kent. « A Promising Late Spring for Charter Damages : *Ward v. Vancouver* » (2011), 29 *R.N.D.C.* 135.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Hall, MacKenzie et Stromberg-Stein), 2014 BCCA 15, 53 B.C.L.R. (5th) 262, 349 B.C.A.C. 175, 596 W.A.C. 175, 370 D.L.R. (4th) 742, 6 C.C.L.T. (4th) 175, 299 C.R.R. (2d) 35, 8 C.R. (7th) 108, [2014] 3 W.W.R. 231, [2014] B.C.J. No. 71 (QL), 2014 CarswellBC 100 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Goepel, 2013 BCSC 665, 47 B.C.L.R. (5th) 335, 359 D.L.R. (4th) 171, 100 C.C.L.T. (3d) 298, 281 C.R.R. (2d) 24, [2013] 8 W.W.R. 518, [2013] B.C.J. No. 769 (QL), 2013 CarswellBC 990 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Joseph J. Arvay, c.r., Alison Latimer, Marilyn Sandford et Cameron Ward, pour l’appelant.

Peter Juk, c.r., Karen A. Horsman et E. W. (Heidi) Hughes, pour l’intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique représentée par le procureur général de la Colombie-Britannique.

Mitchell R. Taylor, Q.C., and Diba B. Majzub, for the respondent the Attorney General of Canada.

Hart Schwartz and Matthew Horner, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Michel Déom and Amélie Dion, for the intervener the Attorney General of Quebec.

James A. Gumpert, Q.C., for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Gaétan Migneault and Kathryn Gregory, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Michael Conner and Denis Guénette, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Graeme Mitchell, Q.C., for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Jolaine Antonio and Kate Bridgett, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Frances Knickle and Philip Osborne, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

Sean Dewart and Tim Gleason, for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Marlys A. Edwardh and Frances Mahon, for the interveners the David Asper Centre for Constitutional Rights and the British Columbia Civil Liberties Association.

Bradley E. Berg, Erin Hoult and Nickolas Tzoulas, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Richard Macklin, Breese Davies and Neil G. Wilson, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

Written submissions only by *Paul J. J. Cavalluzzo and Adrienne Telford*, for the intervener the Canadian Association of Crown Counsel.

Mitchell R. Taylor, c.r., et Diba B. Majzub, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Hart Schwartz et Matthew Horner, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Michel Déom et Amélie Dion, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

James A. Gumpert, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Gaétan Migneault et Kathryn Gregory, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Michael Conner et Denis Guénette, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Graeme Mitchell, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Jolaine Antonio et Kate Bridgett, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Frances Knickle et Philip Osborne, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

Sean Dewart et Tim Gleason, pour l'intervenante Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Marlys A. Edwardh et Frances Mahon, pour les intervenants David Asper Centre for Constitutional Rights et l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Bradley E. Berg, Erin Hoult et Nickolas Tzoulas, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Richard Macklin, Breese Davies et Neil G. Wilson, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association.

Argumentation écrite seulement par *Paul J. J. Cavalluzzo et Adrienne Telford*, pour l'intervenante l'Association canadienne des juristes de l'État.

The judgment of Abella, Moldaver, Wagner and Gascon JJ. was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Overview

[1] Ivan Henry was convicted in March 1983 of 10 sexual offences involving 8 different complainants. He was declared a dangerous offender and sentenced to an indefinite period of incarceration. He remained imprisoned for almost 27 years. In October 2010, the British Columbia Court of Appeal quashed all 10 convictions and substituted acquittals for each, finding serious errors in the conduct of the trial and concluding that the guilty verdicts were unreasonable in light of the evidence as a whole: *R. v. Henry*, 2010 BCCA 462, 294 B.C.A.C. 96 (“*Henry No. 1*”), at para. 154.

[2] Mr. Henry brought a civil suit against the City of Vancouver (“City”), the Attorney General of British Columbia (“AGBC”), and the Attorney General of Canada (“AGC”), seeking damages for his wrongful convictions and imprisonment. The claims against the City and the AGC are not at issue in this appeal. We are concerned only with the claim against the AGBC for damages under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Specifically, Mr. Henry alleges that the provincial Crown should be held liable for its failure — before, during, and after his criminal trial — to meet its disclosure obligations under the *Charter*. The sole question before us is the level of fault that Mr. Henry must establish to sustain a cause of action against the AGBC in these circumstances.

II. Factual Background

[3] This appeal arises from proposed amendments to the pleadings in Mr. Henry’s civil case. Because this case is at the pleadings stage, the allegations of

Version française du jugement des juges Abella, Moldaver, Wagner et Gascon rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[1] Ivan Henry a été reconnu coupable, en mars 1983, de 10 infractions sexuelles commises à l’égard de 8 plaignantes différentes. Il a été déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine d’emprisonnement d’une durée indéterminée. Il est demeuré incarcéré pendant presque 27 ans. En octobre 2010, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a annulé chacune des 10 déclarations de culpabilité et les a remplacées par un acquittement après avoir constaté de graves erreurs dans le déroulement du procès et avoir conclu que les verdicts de culpabilité étaient déraisonnables, compte tenu de l’ensemble de la preuve : *R. c. Henry*, 2010 BCCA 462, 294 B.C.A.C. 96 (« *Henry n° 1* »), par. 154.

[2] M. Henry a intenté contre la ville de Vancouver (la « Ville »), le procureur général de la Colombie-Britannique (le « PGCB ») et le procureur général du Canada (le « PGC ») une poursuite civile par laquelle il réclame des dommages-intérêts pour ses condamnations et son emprisonnement injustifiés. Les demandes contre la Ville et le PGC ne sont pas en cause dans le présent pourvoi. Seule nous intéresse la demande de dommages-intérêts contre le PGCB fondée sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Plus précisément, M. Henry plaide que l’État provincial devrait être tenu responsable de son défaut — tant avant que pendant et après son procès criminel — de respecter les obligations que lui impose la *Charte* en matière de communication de la preuve. La seule question dont nous sommes saisis porte sur le degré de faute que M. Henry doit établir pour qu’une cause d’action soit retenue contre le PGCB dans les circonstances.

II. Contexte factuel

[3] Le présent pourvoi découle de modifications proposées aux actes de procédure dans la poursuite civile intentée par M. Henry. Comme cette affaire

prosecutorial misconduct made by Mr. Henry — including those recited in this factual background — must be accepted as true.

A. *Mr. Henry's 1983 Convictions*

[4] From November 1980 to June 1982, a series of sexual assaults occurred in Vancouver. The perpetrator of each assault used a similar *modus operandi*: he targeted female victims who were alone at night in certain neighbourhoods, threatening them with a knife and covering their heads with a pillow or pillowcase. In many of the cases, the perpetrator told the victim that he had been “ripped off” and was owed money by someone who supposedly lived at the victim’s residence: *Henry No. 1*, at para. 11. After investigation, Vancouver Police concluded that a single perpetrator was responsible for the attacks.

[5] Donald McRae lived in Mount Pleasant, one of the Vancouver neighbourhoods in which the assaults took place. In the spring of 1981, Mr. McRae was placed under police surveillance as a suspect, but was not arrested in connection with the attacks. In March 1982, Mr. Henry moved to a house in the same city block as Mr. McRae.

[6] Police came to regard Mr. Henry as a suspect, and he was arrested in May 1982. He was taken to the police station and forced to participate against his will in an identification line-up. When Mr. Henry refused to cooperate, an officer held him in a headlock to keep his head up so it could be seen by the complainants viewing the line-up. Some of the victims identified Mr. Henry as the perpetrator, but others did not, and the police decided to release him after these inconclusive results.

[7] Five days after Mr. Henry’s arrest and release, Mr. McRae was arrested and charged with trespass by night for prowling outside a residence several

se trouve à l’étape du dépôt des actes de procédure, les allégations de conduite répréhensible du poursuivant formulées par M. Henry — y compris celles relatées dans le présent contexte factuel — doivent être tenues pour avérées.

A. *Les condamnations de M. Henry en 1983*

[4] Entre novembre 1980 et juin 1982, une série d’agressions sexuelles ont été commises à Vancouver. Dans chaque cas d’agression, le *modus operandi* était le même : l’agresseur repérait des femmes seules le soir dans certains quartiers, les menaçait à la pointe du couteau et leur recouvrait la tête d’un oreiller ou d’une taie d’oreiller. Dans bon nombre de cas, il disait à sa victime qu’il s’était fait « escroquer » et que quelqu’un qui, selon ses dires, habitait dans la résidence de la victime lui devait de l’argent : *Henry n° 1*, par. 11. À l’issue de son enquête, la police de Vancouver a conclu que les agressions étaient le fait d’un seul et même individu.

[5] Donald McRae vivait à Mount Pleasant, un des quartiers de Vancouver où les agressions avaient eu lieu. Au printemps 1981, M. McRae a commencé à faire l’objet d’une surveillance policière en tant que suspect, mais il n’a pas été arrêté relativement aux agressions. En mars 1982, M. Henry a emménagé dans une maison située dans le pâté de maisons où résidait M. McRae.

[6] La police a commencé à considérer M. Henry comme un suspect et l’a arrêté en mai 1982. M. Henry a été conduit au poste de police où il a été forcé de participer à une séance d’identification. Comme M. Henry refusait de collaborer, un agent lui a fait une prise de tête, le forçant ainsi à garder la tête haute pour pouvoir être vu par les plaignantes qui assistaient à la séance d’identification. Certaines des victimes ont identifié M. Henry comme leur agresseur, mais d’autres ne l’ont pas identifié, et la police a décidé de le libérer à la suite de ces résultats non concluants.

[7] Cinq jours après l’arrestation et la libération de M. Henry, M. McRae a été arrêté et accusé d’intrusion de nuit pour avoir rôdé autour d’une

blocks away from the locations of two of the previous assaults. Two months later, Mr. McRae was again arrested and charged with breaking and entering and theft at a residence six blocks away from one of the previous sexual assaults.

[8] Mr. Henry was re-arrested in July 1982, after the victim of a June attack made an identification from an array of photographs shown to her by the police. The photograph of Mr. Henry pictured him standing in front of a jail cell, with the arm of a uniformed officer visible in front of him. None of the six “foils” were photographed in this manner, and all six differed significantly from Mr. Henry in terms of age, hair style, and facial hair.

[9] Mr. Henry was charged with 17 offences, although only 10 of these ultimately proceeded to trial. He initially had legal representation, and made numerous requests for disclosure of all victim statements as well as medical and forensic reports. Despite these requests, the Crown did not disclose any of the requested material before the commencement of trial.

[10] Mr. Henry represented himself at trial. There was no reliable out-of-court identification suggesting he was the perpetrator, no evidence linking him to any of the victims, and no physical evidence placing him at any of the crime scenes. The Crown’s entire case rested on in-court identifications of Mr. Henry by the complainants.

[11] At the outset of his trial, Mr. Henry again requested disclosure of all victim statements. The Crown provided him with 11 statements made by the 8 trial complainants. However, approximately 30 additional statements made by the complainants were

résidence située à quelques pâtés de maisons de l’endroit où deux des agressions avaient eu lieu. Deux mois plus tard, M. McRae a de nouveau été arrêté et accusé d’introduction par effraction et de vol dans une résidence située à six pâtés de maisons du lieu où une des agressions sexuelles avait été commise.

[8] M. Henry a été arrêté de nouveau en juillet 1982, après que la victime d’une agression commise en juin l’eut identifié sur une photo que la police lui a montrée lors d’une séance d’identification photographique. La photographie de M. Henry le montrait debout devant une cellule de prison avec le bras d’un agent en uniforme bien visible devant lui. Aucune des personnes figurant sur les six autres photos présentées à cette séance n’était photographiée de cette façon et chacune d’elles se distinguait de façon marquée de M. Henry quant à l’âge, le style de coiffure et les poils du visage.

[9] M. Henry a été accusé de 17 infractions, mais il n’a finalement été jugé que pour 10 d’entre elles. Il était au départ représenté par un avocat et il a demandé à plusieurs reprises qu’on lui communique toutes les déclarations des victimes, ainsi que des rapports médicaux et des rapports d’expertise médico-légale. Malgré ces demandes, le ministère public n’a communiqué aucun des documents réclamés avant l’ouverture du procès.

[10] M. Henry s’est représenté lui-même au procès. On ne disposait d’aucune identification extrajudiciaire fiable permettant de penser qu’il était l’auteur des actes reprochés, aucun élément de preuve établissant un lien entre lui et l’une ou l’autre des victimes, et aucune preuve matérielle indiquant qu’il se trouvait sur l’un des lieux des crimes. La preuve du ministère public reposait entièrement sur l’identification de M. Henry à l’audience par les plaignantes.

[11] À l’ouverture de son procès, M. Henry a de nouveau réclamé la communication de toutes les déclarations des victimes. Le ministère public lui a fourni 11 déclarations faites par les 8 plaignantes. On ne lui a toutefois pas communiqué une trentaine

not disclosed, including those contained in the notes of the original crime scene investigators. These statements revealed inconsistencies that could have been used to attack the already-suspect identification evidence put forward by the Crown.

[12] Furthermore, key forensic evidence was not disclosed. Investigators had recovered sperm from several of the crime scenes that could have been used to include or exclude a suspect based on blood type, yet this evidence was never brought to Mr. Henry's attention. The Crown also failed to disclose that Mr. McRae had been considered a suspect, and had been arrested twice in the vicinity of the attacks.

[13] At the conclusion of his trial, a jury convicted Mr. Henry on all 10 charges. He was declared a dangerous offender and sentenced to an indefinite period of incarceration.

B. *Mr. Henry's Initial Appeal Efforts*

[14] Mr. Henry's initial appeal to the British Columbia Court of Appeal was dismissed for want of prosecution because of his failure to file trial transcripts and appeal books. His application for leave to appeal to this Court was denied, [1984] 1 S.C.R. viii, as were several subsequent *habeas corpus* applications and a 1997 application to appoint counsel and reopen his appeal.

[15] In total, between 1984 and 2006, Mr. Henry filed more than 50 applications in different courts and with the federal Crown seeking to have his convictions reviewed, while continuing to seek disclosure relating to his case.

d'autres déclarations faites par les plaignantes, et notamment celles que contenaient les notes prises à l'origine par les enquêteurs sur les lieux des crimes. Ces déclarations révélaient des contradictions qui auraient pu être utilisées pour contester la preuve d'identification déjà suspecte avancée par le ministère public.

[12] De plus, des preuves médico-légales importantes ne lui ont pas été communiquées. Les enquêteurs avaient recueilli à plusieurs des lieux des crimes du sperme qui aurait pu être utilisé pour inclure ou exclure un suspect en fonction du groupe sanguin, et pourtant ces éléments de preuve n'ont jamais été portés à l'attention de M. Henry. Le ministère public a également omis de divulguer le fait que M. McRae avait été considéré comme un suspect et qu'il avait été arrêté à deux reprises à proximité des lieux des agressions.

[13] À la fin de son procès, un jury a reconnu M. Henry coupable relativement aux 10 chefs d'accusation portés contre lui. Il a été déclaré délinquant dangereux et a été condamné à une peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée.

B. *Premiers recours d'appel entrepris par M. Henry*

[14] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté pour défaut de poursuivre le premier appel interjeté par M. Henry parce qu'il n'avait pas déposé la transcription des débats au procès et les dossiers d'appel. Sa demande d'autorisation d'appel auprès de notre Cour a été refusée, [1984] 1 R.C.S. viii, tout comme plusieurs demandes ultérieures d'*habeas corpus* et une demande présentée en 1997 en vue d'être représenté par un avocat et de rouvrir son appel.

[15] En tout, entre 1984 et 2006, M. Henry a saisi divers tribunaux et le ministère public fédéral de plus d'une cinquantaine de demandes visant à faire réviser ses déclarations de culpabilité, tout en continuant à réclamer la communication de renseignements se rapportant à sa cause.

C. *Project Smallman and the Unsolved Sexual Assaults*

[16] Between November 1982 and July 1988, more than 25 sexual assaults occurred in close geographic proximity to the assaults for which Mr. Henry was convicted. These additional assaults bore similar hallmarks to those attributed to Mr. Henry. However, he could not have been the perpetrator, as he was in custody during this period. These ongoing assaults were not disclosed to him.

[17] In 2002, as part of an effort designated “Project Smallman”, Vancouver Police reopened investigations into a number of unsolved sexual assaults committed between 1983 and 1988 that they believed were carried out by a single perpetrator. DNA evidence linked Mr. McRae to three of the assaults, and he pleaded guilty to these offences in May 2005.

[18] The similarity in both geography and *modus operandi* between these subsequent assaults and the assaults for which Mr. Henry was convicted led the provincial Crown to appoint an independent investigator to review Mr. Henry’s convictions. On the recommendation of this investigator, the provincial Crown provided full disclosure to Mr. Henry, including information gathered during the initial police investigation that should have been disclosed at trial and information subsequently discovered during Project Smallman. Mr. Henry successfully applied to reopen his appeal and was released on bail pending a hearing on the merits. The application was unopposed by the Crown, based on the recommendation of the independent investigator.

D. *Mr. Henry’s Appeal and Acquittals*

[19] In *Henry No. 1*, the British Columbia Court of Appeal considered Mr. Henry’s appeal on the

C. *Le projet Smallman et les agressions sexuelles non résolues*

[16] Entre le mois de novembre 1982 et le mois de juillet 1988, plus de 25 agressions sexuelles ont été perpétrées à proximité des lieux des agressions pour lesquelles M. Henry avait été condamné. Ces nouvelles agressions présentaient des caractéristiques semblables à celles attribuées à M. Henry. Toutefois, il ne pouvait en être l’auteur puisqu’à l’époque, il était détenu. Il n’a pas été mis au courant de cette série d’agressions.

[17] En 2002, dans le cadre d’une initiative appelée le [TRADUCTION] « projet Smallman », la police de Vancouver a procédé à la réouverture d’enquêtes portant sur plusieurs agressions sexuelles non élucidées commises entre 1983 et 1988 et qui, selon ce qu’elle croyait, avaient été commises par un seul individu. La preuve génétique liait M. McRae à 3 des agressions en question, et celui-ci a reconnu sa culpabilité à ces infractions en mai 2005.

[18] La similitude constatée tant en ce qui concerne les lieux géographiques que le *modus operandi* entre les agressions ultérieures et celles pour lesquelles M. Henry avait été condamné a amené le ministère public provincial à confier à un enquêteur indépendant le réexamen des condamnations de M. Henry. Conformément à la recommandation de cet enquêteur, le ministère public provincial a communiqué l’intégralité de sa preuve à M. Henry, notamment les renseignements recueillis au cours de l’enquête policière initiale qui auraient dû être communiqués au procès, ainsi que les renseignements découverts par la suite dans le cadre du projet Smallman. M. Henry a demandé avec succès la réouverture de son appel et a été libéré sous caution en attendant la tenue d’une audience sur le fond. Suivant la recommandation de l’enquêteur indépendant, le ministère public n’a pas contesté cette demande.

D. *Appel et acquittements de M. Henry*

[19] Dans l’affaire *Henry n° 1*, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a procédé pour la première

merits for the first time. In October 2010, Low J.A., for a unanimous court, found significant errors in the trial judge's jury instructions. He also found that the charges should have been severed, and a mistrial declared, after the Crown abandoned its submission that the evidence on each count should be treated as similar fact evidence. These errors would have been sufficient for Low J.A. to order a new trial. However, he also held that the evidence as a whole was incapable of proving identification, and the verdicts were therefore unreasonable. As a result, he substituted acquittals for each of Mr. Henry's 10 convictions.

E. *Mr. Henry's Civil Claims*

[20] Mr. Henry filed a civil action in June 2011, seeking damages against the City, the AGBC, and the AGC for harm suffered as a consequence of his wrongful convictions and incarceration. His claim against the City relates to the investigation of the crimes for which he was convicted, and the failure of the Vancouver Police to inform Crown counsel of the subsequent offences that were later re-investigated as part of Project Smallman. His claim against the AGC relates to the denial of his various applications for review of his convictions. As indicated, these claims are not at issue in this appeal.

[21] Mr. Henry's claim against the AGBC alleges that the Crown failed to make full disclosure of relevant information before and during his trial, and in subsequent proceedings. In his Notice of Civil Claim, he pleaded various causes of action: negligence, malicious prosecution, misfeasance in public office, abuse of process, and breach of his ss. 7 and 11(d) *Charter* rights. The AGBC moved to strike Mr. Henry's causes of action grounded in negligence and the *Charter*. In September 2012, Goepel J. of the British Columbia

fois à un examen au fond de l'appel de M. Henry. En octobre 2010, le juge Low, rédigeant l'opinion unanime de la cour, a relevé des erreurs importantes dans les directives du juge du procès au jury. Il a également conclu que les chefs d'accusation auraient dû être scindés et que le procès aurait dû être annulé après l'abandon, par le ministère public, de sa prétention suivant laquelle les éléments de preuve relatifs à chaque chef d'accusation devaient être traités comme une preuve de faits similaires. Ces erreurs auraient suffi pour permettre au juge Low d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Il a toutefois également estimé que la preuve dans son ensemble ne permettait pas d'établir l'identité de l'auteur des agressions et que les verdicts étaient par conséquent déraisonnables. Il a donc substitué l'acquittement à chacune des 10 déclarations de culpabilité prononcées contre M. Henry.

E. *La poursuite civile intentée par M. Henry*

[20] En juin 2011, M. Henry a introduit une action au civil par laquelle il réclamait des dommages-intérêts à la Ville, au PGCB et au PGC pour le préjudice subi en conséquence de ses condamnations et de son incarcération injustifiées. Sa demande contre la Ville a trait à l'enquête menée au sujet des crimes pour lesquels il a été condamné et au défaut de la police de Vancouver d'informer le procureur du ministère public des infractions subséquentes qui ont plus tard fait l'objet d'une nouvelle enquête dans le cadre du projet Smallman. Sa demande contre le PGC a trait au rejet de ses diverses demandes de réexamen de ses déclarations de culpabilité. Je le répète, ces demandes ne sont pas en cause dans le présent pourvoi.

[21] Dans sa demande contre le PGCB, M. Henry allègue que le ministère public n'a pas communiqué l'intégralité des renseignements pertinents tant avant que durant son procès, ainsi qu'au cours des procédures ultérieures. Dans sa déclaration, M. Henry a plaidé diverses causes d'action : négligence, poursuite abusive, faute dans l'exercice d'une charge publique, abus de procédure et violation des droits qui lui sont garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Le PGCB a demandé la

Supreme Court struck the negligence claim as inconsistent with this Court's holding in *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170: *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCSC 1401 (“*Henry No. 2*”), at paras. 43-60. Goepel J. allowed Mr. Henry's *Charter* claim to proceed since it was founded on allegations of malicious conduct. However, he noted that, if Mr. Henry intended to pursue a *Charter* damages claim against the AGBC for conduct falling short of malice, he would have to seek leave to amend his pleadings (paras. 61-72).

III. Judgments Below

A. *British Columbia Supreme Court, 2013 BCSC 665, 47 B.C.L.R. (5th) 335 (Goepel J.)*

[22] Following the decision in *Henry No. 2*, Mr. Henry applied to amend his pleadings to claim *Charter* damages against the AGBC for non-malicious conduct. The AGBC opposed this application, arguing that a claim for *Charter* damages grounded in alleged prosecutorial misconduct requires proof of malice. The application judge rejected this submission.

[23] Goepel J. held that the case law on malicious prosecution is not dispositive of the required threshold. Relying on this Court's seminal decision on *Charter* damages in *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, he observed that s. 24(1) affords courts a broad discretion to craft appropriate remedies, and that this discretion should not be limited “by casting it in a strait-jacket of judicially prescribed conditions” (para. 28, quoting *Ward*, at para. 18). However, he recognized that it may be necessary, as a matter of policy, for courts

radiation des causes d'action de M. Henry fondées sur la négligence et sur la *Charte*. En septembre 2012, le juge Goepel de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a radié la demande fondée sur la négligence au motif qu'elle était incompatible avec la décision rendue par notre Cour dans l'affaire *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170 : *Henry c. British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCSC 1401 (« *Henry n° 2* »), par. 43-60. Le juge Goepel a permis que la demande de M. Henry fondée sur la *Charte* suive son cours puisqu'elle reposait sur des allégations de malveillance. Il a toutefois fait observer que, s'il entendait réclamer en vertu de la *Charte* des dommages-intérêts contre le PGCB pour une conduite ne constituant pas de la malveillance, M. Henry devait demander l'autorisation de modifier ses actes de procédure (par. 61-72).

III. Jugements des juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2013 BCSC 665, 47 B.C.L.R. (5th) 335 (le juge Goepel)*

[22] À la suite de la décision *Henry n° 2*, M. Henry a demandé l'autorisation de modifier ses actes de procédure afin de réclamer contre le PGCB, en vertu de la *Charte*, des dommages-intérêts pour conduite non malveillante. Le PGCB a contesté cette demande en plaidant qu'une demande de dommages-intérêts fondée sur des allégations de conduite répréhensible du poursuivant exige une preuve de malveillance. Le juge de première instance a rejeté cet argument.

[23] Le juge Goepel a estimé que la jurisprudence sur les poursuites abusives ne réglait pas la question du seuil minimal exigé. S'appuyant sur l'arrêt de principe rendu par notre Cour en matière de dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte* dans l'affaire *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, il a fait observer que le par. 24(1) confère aux tribunaux un large pouvoir discrétionnaire leur permettant de déterminer la réparation convenable, et qu'on ne devrait pas restreindre ce pouvoir discrétionnaire « en l'enserrant dans un corset

to mandate a minimum threshold of liability for a successful *Charter* damages claim.

[24] In Mr. Henry’s case, Goepel J. found that there were competing policy considerations that must be weighed in arriving at the appropriate threshold. He determined that a threshold lower than malice should apply — namely, the standard for awarding costs in criminal proceedings for *Charter* breaches. Referring to this Court’s decision in *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575 (“*Dunedin*”), he noted that costs awards made under s. 24(1) in criminal proceedings are only justified in limited circumstances where the Crown’s conduct represents a marked and unacceptable departure from the reasonable standards expected of prosecutors. Goepel J. thus permitted Mr. Henry to amend his Notice of Civil Claim in accordance with this threshold.

B. *British Columbia Court of Appeal, 2014 BCCA 15, 53 B.C.L.R. (5th) 262 (Hall J.A., MacKenzie and Stromberg-Stein J.J.A., Concurring)*

[25] The Court of Appeal unanimously allowed the AGBC’s appeal, concluding that Mr. Henry was not entitled to seek *Charter* damages for the non-malicious acts and omissions of Crown counsel.

[26] Speaking for the court, Hall J.A. relied heavily on this Court’s “trilogy” of malicious prosecution cases — *Nelles, Proulx v. Quebec (Attorney General)*, 2001 SCC 66, [2001] 3 S.C.R. 9, and *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339. He noted that, in *Nelles*, this Court rejected an absolute immunity for Crown counsel, and preserved a right to pursue civil damages against a prosecutor who acts intentionally to subvert justice. Referring

de conditions d’origine jurisprudentielle » (par. 28, citant l’arrêt *Ward*, par. 18). Il a toutefois reconnu qu’il peut être nécessaire, pour des raisons de principe, que les tribunaux fixent un seuil minimal de responsabilité pour qu’une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* puisse être accueillie.

[24] Dans le cas de M. Henry, le juge Goepel a conclu qu’il fallait sopeser des considérations de principe divergentes pour en arriver au seuil approprié. Il a estimé qu’il y avait lieu de retenir un seuil moins élevé que celui de la malveillance, — en l’occurrence, celui qui s’applique en matière d’adjudication de dépens pour violation de la *Charte* en matière criminelle. Citant l’arrêt rendu par notre Cour dans *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575 (« *Dunedin* »), le juge Goepel a fait observer qu’une condamnation à des dépens en vertu du par. 24(1) dans le cadre d’une instance criminelle ne se justifie que dans les cas restreints où la conduite du poursuivant déroge de façon marquée et inacceptable aux normes raisonnables que devraient respecter les poursuivants. Le juge Goepel a donc permis à M. Henry de modifier sa déclaration conformément à ce seuil de responsabilité.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2014 BCCA 15, 53 B.C.L.R. (5th) 262 (le juge Hall, avec l’appui des juges MacKenzie et Stromberg-Stein)*

[25] La Cour d’appel a accueilli à l’unanimité l’appel interjeté par le PGCB et a conclu que M. Henry n’avait pas le droit de réclamer des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pour les actes et les omissions non malveillants des avocats du ministère public.

[26] S’exprimant au nom de la Cour, le juge Hall s’est fortement appuyé sur la « trilogie » de notre Cour en matière de poursuites abusives — les arrêts *Nelles, Proulx c. Québec (Procureur général)*, 2001 CSC 66, [2001] 3 R.C.S. 9, et *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339. Il a fait observer que suivant l’arrêt *Nelles*, les avocats du ministère public ne jouissent pas d’une immunité absolue, et que notre Cour avait confirmé le

to *Proulx*, he observed that “malicious prosecution can be an efficacious remedy to one harmed by prosecutorial misconduct” (para. 23).

[27] In the same vein, Hall J.A. determined that making *Charter* damages available to compensate for malicious acts and omissions of prosecutors would offer plaintiffs an effective recourse for *Charter* violations, but he was not prepared to go further. In his view, the application judge erred in adopting the lower standard of fault developed in criminal cases where costs were awarded. That standard — a marked and unacceptable departure from the reasonable standards expected of Crown counsel — was akin to gross negligence and would result in “a new head of liability against prosecutors” (para. 20).

[28] Hall J.A. rejected the view that *Ward* altered the parameters of civil liability for prosecutors. He underscored the fact that, in *Ward*, this Court recognized that good governance considerations can militate against *Charter* damages awards, and that existing causes of action in private law may provide the appropriate liability threshold in a particular context.

[29] Hall J.A. concluded that he was bound by this Court’s jurisprudence on the scope of civil liability for prosecutors, and therefore the malice threshold was applicable. In his view, “it would be an unwarranted extension of the language in *Ward* to find that the Supreme Court of Canada was altering the principles set forth in *Nelles* and *Miazga*” (para. 29). To the extent that prosecutorial liability ought to be expanded to include claims of

droit de réclamer au civil des dommages-intérêts d’un poursuivant ayant agi de façon délibérée de manière à entraver le cours de la justice. Citant l’arrêt *Proulx*, le juge Hall a fait remarquer que [TRADUCTION] « une action pour poursuite abusive peut s’avérer un recours efficace pour la personne lésée par la conduite répréhensible du poursuivant » (par. 23).

[27] Dans le même ordre d’idées, le juge Hall a estimé que le fait d’accorder aux demandeurs des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pour les indemniser des actes ou omissions entachés de malveillance du poursuivant leur offrirait un recours efficace en cas de violation de la *Charte*. Le juge Hall n’était toutefois pas disposé à aller plus loin. À son avis, le juge saisi de la demande avait commis une erreur en adoptant la norme moins exigeante de la faute élaborée dans la jurisprudence portant sur les dépens en matière criminelle. Cette norme — celle de la dérogation marquée et inacceptable par l’avocat du ministère public aux normes raisonnables qu’on s’attend qu’il respecte — s’apparentait à celle de la négligence grave et créerait [TRADUCTION] « une nouvelle forme de responsabilité des avocats du ministère public » (par. 20).

[28] Le juge Hall a écarté l’idée que l’arrêt *Ward* avait modifié les paramètres de la responsabilité civile des poursuivants. Il a insisté sur le fait que, dans l’arrêt *Ward*, notre Cour avait reconnu que des préoccupations relatives au bon gouvernement peuvent militer contre l’adjudication de dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, et que les causes d’action déjà existantes en droit privé peuvent offrir le seuil de responsabilité approprié dans un contexte donné.

[29] Le juge Hall a conclu qu’il était lié par la jurisprudence de notre Cour sur l’étendue de la responsabilité civile des poursuivants et que, par conséquent, il fallait appliquer le seuil de responsabilité de la malveillance. À son avis, [TRADUCTION] « on étendrait de façon injustifiée la portée des mots employés dans l’arrêt *Ward* si l’on concluait que la Cour suprême du Canada y modifiait les principes énoncés dans les arrêts *Nelles* et *Miazga* » (par. 29).

negligence, it should be done by the legislature or a court of last resort. Accordingly, Hall J.A. allowed the appeal and dismissed Mr. Henry's application to amend his pleadings.

IV. Analysis

A. *Overview of the Charter Damages Threshold for Wrongful Non-disclosure by Prosecutors*

[30] A constitutional question is posed in this case:

Does s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* authorize a court of competent jurisdiction to award damages against the Crown for prosecutorial misconduct absent proof of malice?

[31] In the context of Mr. Henry's claims, I would answer this question in the affirmative. Where a claimant seeks *Charter* damages based on allegations that the Crown's failure to disclose violated his or her *Charter* rights, proof of malice is not required. Instead, a cause of action will lie where the Crown, in breach of its constitutional obligations, causes harm to the accused by intentionally withholding information when it knows, or would reasonably be expected to know, that the information is material to the defence and that the failure to disclose will likely impinge on the accused's ability to make full answer and defence. This represents a high threshold for a successful *Charter* damages claim, albeit one that is lower than malice.

[32] I will discuss the legal basis and precise scope of this threshold in greater detail below. Briefly, it

Selon lui, si la responsabilité du poursuivant doit être élargie de manière à englober les réclamations fondées sur la négligence, cette initiative doit venir du législateur ou d'une juridiction de dernier ressort. Par conséquent, le juge Hall a accueilli l'appel et rejeté la demande de M. Henry en vue d'être autorisé à modifier ses actes de procédure.

IV. Analyse

A. *Aperçu du seuil applicable à l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la Charte dans les cas de défaut injustifié des poursuivants de communiquer des renseignements*

[30] Une question constitutionnelle est posée dans la présente affaire :

Le paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* autorise-t-il un tribunal compétent à condamner le ministère public au paiement de dommages-intérêts pour la conduite répréhensible du poursuivant lorsque nulle malveillance n'a été prouvée?

[31] Dans le contexte des demandes de M. Henry, je répondrais à cette question par l'affirmative. Lorsqu'un demandeur réclame des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* en alléguant que le défaut du ministère public de lui communiquer des éléments de preuve a eu pour effet de violer les droits que lui garantit la *Charte*, la preuve de la malveillance n'est pas requise. L'accusé dispose plutôt d'un droit d'action lorsqu'en violation de ses obligations constitutionnelles, le ministère public lui a causé un préjudice en retenant délibérément des renseignements alors qu'il savait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements étaient importants pour la défense et que le défaut de les communiquer pourrait porter atteinte à la possibilité, pour l'accusé, de présenter une défense pleine et entière. Cette norme représente un seuil élevé pour qu'une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* soit accueillie, mais elle est moins exigeante que la norme de la malveillance.

[32] Je vais préciser davantage plus loin le fondement juridique et la portée exacte de ce seuil. En

recognizes that while malice does not provide a useful or workable framework for dealing with allegations of wrongful non-disclosure by prosecutors, the policy underpinnings of this Court's malicious prosecution jurisprudence inform the proper scope of Crown liability for *Charter* damages in this context.

[33] I emphasize “this context” because, in my view, it is neither prudent nor necessary to decide whether a similar threshold would apply in circumstances not involving wrongful non-disclosure. Mr. Henry's claim against the AGBC is rooted in allegations that Crown counsel failed to disclose certain relevant information. It would be unwise to speculate about other types of prosecutorial misconduct that might violate the *Charter*, or to fix a blanket threshold that governs all such claims against the Crown. The threshold established in this case may well offer guidance in setting the applicable threshold for other types of misconduct, but the prudent course of action is to address new situations in future cases as they arise, with the benefit of a factual record and submissions.

B. *Ward Provides the Governing Legal Framework*

[34] Under s. 24(1) of the *Charter*,

[a]nyone whose rights or freedoms . . . have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

In *Ward*, this Court recognized that the language of s. 24(1) is broad enough to encompass damage claims for *Charter* breaches. Such claims are brought by an

résumé, celui-ci reconnaît que, bien que la malveillance n'offre pas un cadre d'analyse utile ou pratique pour répondre aux allégations de défaut injustifié des avocats du ministère public de communiquer des renseignements, les considérations d'ordre public sur lesquelles repose la jurisprudence de notre Cour en matière de poursuites abusives servent de base pour déterminer, dans le présent contexte, la véritable portée de la responsabilité du ministère public en matière de dommages-intérêts fondés sur la *Charte*.

[33] J'insiste sur l'expression « le présent contexte » parce qu'à mon avis, il n'est ni prudent ni nécessaire de décider si un seuil semblable s'appliquerait dans des circonstances où le défaut injustifié de communiquer des renseignements n'est pas en cause. La demande formulée par M. Henry contre le PGCB est fondée sur ses allégations suivant lesquelles l'avocat du ministère public a omis de lui communiquer certains renseignements pertinents. Il ne serait pas sage de spéculer sur d'autres types de conduite répréhensible du poursuivant qui pourrait contrevenir à la *Charte*, ou de fixer un seuil général applicable à toutes les demandes de ce genre contre le ministère public. Le seuil fixé en l'espèce peut fort bien servir de guide pour établir le seuil applicable à d'autres types de conduite répréhensible, mais la façon d'agir prudente consiste à aborder au fur et à mesure les situations qui se présenteront à l'avenir en tenant compte du dossier factuel et des arguments qui seront soumis.

B. *L'arrêt Ward fournit le cadre juridique applicable*

[34] Aux termes du par. 24(1) de la *Charte*,

[t]oute personne, victime de violation ou de négation [de ses] droits ou libertés [. . .] peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Dans l'arrêt *Ward*, notre Cour a reconnu que le libellé du par. 24(1) est suffisamment large pour englober les demandes de dommages-intérêts pour

individual as a public law action directed against the state for violations of the claimant's constitutional rights.

[35] *Charter* damages are a powerful tool that can provide a meaningful response to rights violations. They also represent an evolving area of the law that must be allowed to “develop incrementally”: *Ward*, at para. 21. When defining the circumstances in which a *Charter* damages award would be appropriate and just, courts must therefore be careful not to stifle the emergence and development of this important remedy.

[36] However, *Charter* damages are not a silver bullet. They are just one of many remedies that may be available to individuals whose *Charter* rights have been breached, and their availability is not without limit. In *Ward*, the Chief Justice outlined a four-step framework to determine the state's liability for *Charter* damages:

The first step in the inquiry is to establish that a *Charter* right has been breached. The second step is to show why damages are a just and appropriate remedy, having regard to whether they would fulfill one or more of the related functions of compensation, vindication of the right, and/or deterrence of future breaches. At the third step, the state has the opportunity to demonstrate, if it can, that countervailing factors defeat the functional considerations that support a damage award and render damages inappropriate or unjust. The final step is to assess the quantum of the damages. [para. 4]

[37] Under this framework, the claimant bears the initial burden of making out a *prima facie* case. The claimant must demonstrate that the state has breached one of his or her *Charter* rights and that an award of damages would serve a compensation, vindication, or deterrence function. Once that burden is met, the onus shifts to the state to rebut the claimant's case based

violation de la *Charte*. Ces demandes sont présentées par une personne dans le cadre d'une action de droit public dirigée contre l'État pour violation des droits constitutionnels garantis à cette personne.

[35] Les dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte* constituent un outil puissant qui peut s'avérer une réponse concrète aux atteintes portées à des droits. Ils représentent également un domaine du droit qui évolue et qu'il faut laisser « se développer graduellement » : *Ward*, par. 21. Au moment de préciser les circonstances dans lesquelles l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* constituerait une réparation convenable et juste, les tribunaux doivent donc se garder de freiner l'émergence et le développement de cette importante réparation.

[36] L'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne constitue cependant pas une solution magique. Il ne s'agit que d'une des nombreuses réparations qui s'offrent aux victimes d'une violation des droits garantis par la *Charte*, et les cas d'ouverture à cette réparation ne sont pas illimités. Dans l'arrêt *Ward*, la Juge en chef propose un cadre d'analyse en quatre étapes pour déterminer la responsabilité de l'État en dommages-intérêts pour violation de la *Charte* :

À la première étape de l'analyse, il doit être établi qu'un droit garanti par la *Charte* a été enfreint. À la deuxième, il faut démontrer pourquoi les dommages-intérêts constituent une réparation convenable et juste, selon qu'ils peuvent remplir au moins une des fonctions interreliées suivantes : l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion contre toute nouvelle violation. À la troisième, l'État a la possibilité de démontrer, le cas échéant, que des facteurs faisant contrepoids l'emportent sur les considérations fonctionnelles favorables à l'octroi de dommages-intérêts, de sorte que ces derniers ne seraient ni convenables ni justes. La dernière étape consiste à fixer le montant des dommages-intérêts. [par. 4]

[37] Selon ce cadre d'analyse, le demandeur a le fardeau initial d'établir une preuve *prima facie*. Il doit démontrer que l'État a violé l'un des droits que lui garantit la *Charte* et que l'attribution de dommages-intérêts remplirait une des fonctions que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion. Une fois qu'il s'est acquitté de ce fardeau,

on countervailing considerations. The Chief Justice identified two important countervailing considerations, while maintaining that a “complete catalogue” of such considerations would be elaborated over time: *Ward*, at para. 33.

[38] The first countervailing consideration is the existence of alternative remedies. Section 24(1) is a broad remedial provision that provides a range of responses to *Charter* violations beyond a monetary award. In addition, there may be substantial overlap between private law and s. 24(1) actions against the government. Where the state can show that another remedy is available to effectively address a *Charter* breach — whether under the *Charter* or in private law — a damages claim may be defeated at the third step of *Ward*. For instance, if a declaration of a *Charter* breach would adequately achieve the objectives that would otherwise be served by a damages award, then granting damages as well as a declaration would be superfluous, and therefore inappropriate and unjust in the circumstances: *Ward*, at para. 37.

[39] The second countervailing consideration — and the one at issue in this case — relates to concerns over good governance. *Ward* does not define the phrase “[g]ood governance concerns” (para. 38), but it serves as a compendious term for the policy factors that will justify restricting the state’s exposure to civil liability. As the Chief Justice observed:

In some situations, . . . the state may establish that an award of *Charter* damages would interfere with good governance such that damages should not be awarded unless the state conduct meets a minimum threshold of gravity. [Emphasis added; para. 39.]

il revient à l’État de réfuter la preuve du demandeur en faisant valoir des facteurs qui font contre-poids. La Juge en chef a signalé deux importantes considérations pouvant faire contre-poids, tout en maintenant qu’une « liste exhaustive » de ces considérations serait établie au fil du temps : *Ward*, par. 33.

[38] L’existence d’autres recours constitue la première considération faisant contre-poids. Le paragraphe 24(1) est une vaste disposition réparatrice qui prévoit une panoplie de réponses aux violations de la *Charte*, en plus des réparations pécuniaires. En outre, il peut y avoir un chevauchement important entre les actions intentées contre l’État en vertu du droit privé et celles intentées en vertu du par. 24(1). Lorsque l’État peut démontrer l’existence d’un autre recours permettant de répondre efficacement à une violation de la *Charte* — sous le régime de la *Charte* ou en droit privé —, une demande de dommages-intérêts peut être rejetée à la troisième étape du cadre d’analyse de l’arrêt *Ward*. Par exemple, si un jugement déclarant qu’il y a eu violation de la *Charte* permettait d’atteindre les objectifs que réaliserait autrement l’attribution de dommages-intérêts, une condamnation à des dommages-intérêts en sus d’un jugement déclaratoire serait superflue et, partant, ne serait pas convenable et juste dans les circonstances : *Ward*, par. 37.

[39] La seconde considération qui fait contre-poids — et celle en cause dans la présente affaire — a trait aux préoccupations relatives au bon gouvernement. L’arrêt *Ward* ne définit pas l’expression « préoccupations relatives au bon gouvernement » (par. 38), mais cette expression sert de formule succincte pour désigner les facteurs de principe justifiant que l’on restreigne les possibilités de recours en responsabilité civile contre l’État. Ainsi que la Juge en chef l’a fait observer :

. . . dans certaines situations, l’État pourrait démontrer que l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* nuirait au bon gouvernement et devrait être limité aux cas où la conduite de l’État atteint un seuil minimal de gravité. [Je souligne; par. 39.]

This is precisely what the AGBC, the AGC, and the numerous intervening Attorneys General argue in this case. There is a common theme driving their submissions: if the threshold of gravity is set too low for a *Charter* damages claim alleging Crown misconduct, the ability of prosecutors to discharge their important public duties will be undermined, with adverse consequences for the administration of justice.

[40] This theme finds expression in a number of specific policy concerns. For example, the Attorneys General argue that the spectre of liability may influence the decision-making of prosecutors and make them more “defensive” in their approach. The public interest is not well served when Crown counsel are motivated by fear of civil liability, rather than their sworn duty to fairly and effectively prosecute crime. By the same token, the Attorneys General suggest that a low threshold would open up the floodgates of civil liability and force prosecutors to spend undue amounts of time and energy defending their conduct in court instead of performing their duties.

[41] As I will explain, these concerns are very real, and they provide compelling reasons why the availability of *Charter* damages should be circumscribed through the establishment of a high threshold.

[42] *Ward* provides an example of a prior case where a heightened *per se* liability threshold was justified by policy reasons. In *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, this Court held that *Charter* damages were unavailable for state action taken pursuant to a law, considered valid at the time but later declared invalid, unless the state action was “clearly wrong, in bad faith or an abuse of power” (para. 78). In other words, state actors were afforded a limited immunity for actions taken in good faith under a law they believed to be valid. Citing *Mackin*, the Chief Justice in *Ward* noted that, “absent threshold misconduct”,

C’est précisément l’argument que font valoir en l’espèce le PGCB, le PGC ainsi que les nombreux procureurs généraux qui sont intervenus à l’instance. Un thème commun se dégage de leur argumentation : si l’on fixe trop bas le seuil minimal de gravité dans le cas d’une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* qui allègue une conduite répréhensible du ministère public, la possibilité pour les avocats du ministère public de s’acquitter de leurs importantes fonctions publiques s’en trouvera compromise et l’administration de la justice en souffrira.

[40] Ce thème commun trouve son expression dans un certain nombre de préoccupations de principe précises. Par exemple, les procureurs généraux soutiennent que le spectre de la responsabilité peut influencer la prise de décision des poursuivants et les mettre davantage « sur la défensive ». L’intérêt public est mal servi lorsque les avocats du ministère public sont animés par la crainte de poursuites civiles plutôt que par leur serment de poursuivre les criminels de façon équitable et efficace. Dans la même veine, les procureurs généraux prétendent qu’un seuil peu élevé déclencherait une avalanche de poursuites civiles et obligerait les poursuivants à consacrer trop de temps et d’énergie à justifier leur conduite devant le tribunal au lieu d’exercer leurs fonctions.

[41] J’expliquerai plus loin que ces préoccupations sont très concrètes et démontrent de manière convaincante la nécessité d’établir un seuil élevé afin de limiter la possibilité de recours en dommages-intérêts en vertu de la *Charte*.

[42] L’arrêt *Ward* offre un exemple d’une décision dans laquelle des raisons de politique générale justifiaient l’application d’un seuil de responsabilité plus élevé. Dans l’arrêt *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, notre Cour a refusé d’accorder des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* dans le cas d’une mesure prise par l’État conformément à une loi tenue pour valide à l’époque, mais subséquentement déclarée invalide, en l’absence d’un comportement de l’État « clairement fautif, [entaché] de mauvaise foi ou d’abus de pouvoir » (par. 78). En d’autres mots, la Cour a reconnu aux agents de l’État

no cause of action for *Charter* damages will lie in these circumstances (para. 39).

[43] When a heightened *per se* liability threshold has been imposed, this will have consequences at the pleadings stage. To survive a motion to strike, a claimant must plead sufficient facts to disclose a reasonable cause of action: see *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45. If the alleged *Charter* violation occurs in a context where courts have imposed a heightened *per se* liability threshold, the claimant must particularize facts that, if proven, would be sufficient to establish that the state conduct met the required threshold of gravity. The failure to do so will be fatal to the claim. With these principles in mind, I turn to the applicable threshold for wrongful non-disclosure by prosecutors.

C. *Establishing the Charter Damages Threshold for Wrongful Non-disclosure by Prosecutors*

- (1) “Malice” Does Not Offer a Useful Liability Threshold for Wrongful Non-disclosure by Prosecutors

[44] The AGBC, the AGC, and the intervening Attorneys General unanimously submit that the Crown’s conduct must rise to the level of “malice” — as defined in the tort of malicious prosecution — to attract liability for *Charter* damages. I do not agree. As I will explain, the malice standard is ill suited to the task of adjudicating allegations of wrongful non-disclosure.

une immunité restreinte à l’égard de mesures prises de bonne foi en vertu d’une loi que l’on croyait valide. Citant l’arrêt *Mackin*, la Juge en chef a fait remarquer dans *Ward* que, « sauf en cas de conduite atteignant le seuil minimal », aucune cause d’action en dommages-intérêts fondée sur la *Charte* n’est retenue en pareilles circonstances (par. 39).

[43] L’imposition d’un seuil de responsabilité plus élevé aura des conséquences à l’étape des actes de procédure. Pour résister à une requête en radiation, le demandeur doit alléguer des faits suffisants pour révéler une cause d’action raisonnable : voir *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45. Si la prétendue violation de la *Charte* survient dans un contexte où les tribunaux ont imposé un seuil de responsabilité plus élevé, le demandeur doit préciser des faits qui, s’ils étaient prouvés, seraient suffisants pour établir que la conduite de l’État atteint le seuil de gravité requis. L’omission de préciser de tels faits sera fatale à la demande. Ayant ces principes à l’esprit, je passe au seuil applicable au défaut injustifié des poursuivants de communiquer des renseignements.

C. *Établissement du seuil d’attribution de dommages-intérêts en vertu de la Charte pour défaut injustifié des poursuivants de communiquer des renseignements*

- (1) La « malveillance » n’offre pas un seuil de responsabilité utile dans les cas de défaut injustifié des poursuivants de communiquer des renseignements

[44] Le PGCB, le PGC ainsi que les procureurs généraux intervenants affirment tous que la conduite du ministère public doit constituer de la « malveillance » — au sens du délit de poursuite abusive — pour engager la responsabilité ouvrant droit à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*. Je ne suis pas de cet avis. Comme je l’expliquerai, la norme de la malveillance se prête mal à la tâche de statuer sur des allégations de défaut injustifié de communiquer des renseignements.

(a) *The Malice Standard Articulated in the Malicious Prosecution Jurisprudence*

[45] The malice standard has been extensively canvassed in this Court’s malicious prosecution trilogy — *Nelles*, *Proulx*, and *Miazga*. In *Nelles*, the Court ruled that Crown prosecutors do not enjoy absolute immunity from civil claims. Lamer J. (as he then was) held that policy considerations favour only a qualified immunity, and that Crown prosecutors are not shielded from claims of malicious prosecution. He outlined the four necessary elements of the malicious prosecution tort as follows: (1) legal proceedings “must have been initiated by the defendant”; (2) those proceedings “must have terminated in favour of the plaintiff”; (3) the defendant did not have “reasonable and probable cause” to initiate the proceedings; and (4) the defendant’s conduct was characterized by “malice, or a primary purpose other than that of carrying the law into effect” (pp. 192-93).

[46] This final element was described by Lamer J. in the following terms:

The required element of malice is for all intents, the equivalent of “improper purpose”. It has . . . a “wider meaning than spite, ill-will, or a spirit of vengeance, and includes any other improper purpose, such as to gain a private collateral advantage” . . . To succeed in an action for malicious prosecution against the Attorney General or Crown Attorney, the plaintiff would have to prove both the absence of reasonable and probable cause in commencing the prosecution, and malice in the form of a deliberate and improper use of the office of the Attorney General or Crown Attorney, a use inconsistent with the status of “minister of justice”. In my view this burden on the plaintiff amounts to a requirement that the Attorney General or Crown Attorney perpetrated a fraud on the process of criminal justice and in doing so has perverted or abused his office and the process of criminal justice. [Emphasis in original; citation omitted.]

(*Nelles*, at pp. 193-94)

a) *La norme de la malveillance formulée dans la jurisprudence relative aux poursuites abusives*

[45] La norme de la malveillance a été examinée à fond dans la trilogie de notre Cour sur les poursuites abusives : les arrêts *Nelles*, *Proulx* et *Miazga*. Dans *Nelles*, la Cour a jugé que les procureurs de la Couronne ne jouissent pas d’une immunité absolue contre les réclamations civiles. Le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a estimé que des considérations de principe militent uniquement en faveur d’une immunité restreinte, et que les procureurs de la Couronne ne sont pas à l’abri des réclamations pour poursuite abusive. Il a énoncé comme suit les quatre éléments constitutifs du délit civil de poursuite abusive : (1) les procédures « ont été engagées par le défendeur »; (2) le tribunal « a rendu une décision favorable au demandeur »; (3) le défendeur n’avait pas « de motif raisonnable et probable » d’engager les procédures; et (4) la conduite du défendeur était caractérisée par une « intention malveillante ou un objectif principal autre que celui de l’application de la loi » (p. 192-193).

[46] C’est en ces termes que le juge Lamer a décrit le dernier élément :

L’élément obligatoire de malveillance équivaut en réalité à un « but illégitime ». [. . .] [L]a malveillance [TRADUCTION] « veut dire davantage que la rancune, le mauvais vouloir ou un esprit de vengeance, et comprend tout autre but illégitime, par exemple, celui de se ménager accessoirement un avantage personnel » [. . .] Pour avoir gain de cause dans une action pour poursuites abusives intentée contre le procureur général ou un procureur de la Couronne, le demandeur doit prouver à la fois l’absence de motif raisonnable et probable pour engager les poursuites et la malveillance prenant la forme d’un exercice délibéré et illégitime des pouvoirs de procureur général ou de procureur de la Couronne, et donc incompatible avec sa qualité de « représentant de la justice ». À mon avis, ce fardeau incombant au demandeur revient à exiger que le procureur général ou le procureur de la Couronne ait commis une fraude dans le processus de justice criminelle et que, dans la perpétration de cette fraude, il ait abusé de ses pouvoirs et perverti le processus de justice criminelle. [Souligné dans l’original; référence omise.]

(*Nelles*, p. 193-194)

[47] In *Proulx*, the Court applied this standard in the Quebec civil law context. *Iacobucci and Binnie JJ.* affirmed that malice requires “more than recklessness or gross negligence” (para. 35). Rather, the plaintiff must demonstrate “a willful and intentional effort on the Crown’s part to abuse or distort its proper role within the criminal justice system” (*ibid.*). *Proulx* was a case where the plaintiff was successful in proving malice on “highly exceptional” facts (para. 44). *Iacobucci and Binnie JJ.* found that the Crown made “an active effort to obtain a conviction at any price” by misleading the court, and thus stepped out of its proper role as minister of justice (paras. 41 and 45). Furthermore, the prosecutor’s actions were motivated by an improper purpose since he allowed his office to be used to the ends of a private individual. Given these circumstances, his conduct amounted to “an abuse of prosecutorial power” that crossed the boundary set out in *Nelles* (paras. 44-45).

[48] *Miazga* is this Court’s most recent decision involving the tort of malicious prosecution, in which Charron J. reiterated that “malice in the form of improper purpose is the key to proving malicious prosecution” (para. 8). This high standard was, in her view, justified by the need to give prosecutors a sphere of independence from judicial scrutiny:

It is readily apparent from its constituent elements that the tort of malicious prosecution targets the decision to initiate or continue with a criminal prosecution. When taken by a Crown prosecutor, this decision is one of the “core elements” of prosecutorial discretion, thus lying “beyond the legitimate reach of the court” under the constitutionally entrenched principle of independence . . . [Citation omitted; para. 6.]

[49] It is a bedrock principle that the exercise of core prosecutorial discretion is immune from judicial review, subject only to the doctrine of abuse of process: see *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, at para. 48; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372, at para. 32. Abuse of process may be found where the Crown’s

[47] Dans *Proulx*, la Cour a appliqué cette norme dans le contexte du droit civil québécois. Les juges *Iacobucci et Binnie* ont confirmé que la malveillance exige « plus que l’insouciance ou la négligence grave » (par. 35). Le demandeur doit plutôt démontrer « un effort délibéré de la part du ministère public pour abuser de son propre rôle ou de le dénaturer dans le cadre du système de justice pénale » (*ibid.*). Dans l’affaire *Proulx*, le demandeur était parvenu à établir la malveillance sur la base de faits « très exceptionnels » (par. 44). Selon les juges *Iacobucci et Binnie*, le ministère public avait fait « un effort conscient en vue d’obtenir une déclaration de culpabilité à tout prix » en trompant le tribunal, et a ainsi outrepassé son rôle de représentant de la justice (par. 41 et 45). En outre, les actes du poursuivant étaient motivés par un but illégitime, car il a permis que sa fonction serve les desseins d’un particulier. Vu ces circonstances, sa conduite représentait « un usage illégitime du pouvoir de poursuivre » qui a franchi la limite fixée dans *Nelles* (par. 44-45).

[48] *Miazga* est l’arrêt le plus récent de notre Cour portant sur le délit civil de poursuite abusive. La juge Charron y a rappelé que « l’élément de la malveillance sous forme de but illégitime est la clé pour prouver le caractère abusif des poursuites » (par. 8). Cette norme élevée lui semblait justifiée par le besoin d’accorder aux poursuivants une certaine indépendance vis-à-vis du contrôle judiciaire :

D’emblée, il appert de ses éléments constitutifs que le délit civil de poursuites abusives vise la décision d’engager ou de continuer une poursuite criminelle. Prise par un procureur de la Couronne, cette décision constitue l’un des éléments essentiels du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, de sorte qu’elle « ne relève pas de la compétence légitime du tribunal » suivant le principe de l’indépendance du ministère public consacré par la Constitution . . . [Référence omise; par. 6.]

[49] Un principe fondamental veut que l’exercice du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites échappe au contrôle judiciaire, sous réserve uniquement de la règle de l’abus de procédure : voir *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, par. 48; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372, par. 32. Il

conduct “shocks the community’s conscience” or “offends its sense of fair play and decency”: *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at para. 41. The presence of bad faith and improper motives may indicate this type of conduct: see *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566, at para. 68; *Anderson*, at para. 49.

[50] Seen in this light, the malice standard under the tort of malicious prosecution generally operates as an analogue in private law to the doctrine of abuse of process. The link between these two standards was made clear in *Miazga*:

Where an accused is wrongly prosecuted as a result of the prosecutor’s abusive actions, he or she may bring an action in malicious prosecution. Like the test for abuse of process, however, there is a stringent standard that must be met before a finding of liability will be made, in order to ensure that courts do not simply engage in the second-guessing of decisions made pursuant to a Crown’s prosecutorial discretion. [Emphasis added; para. 49.]

In highlighting this link, I should be clear that malice and abuse of process are distinct standards that have their respective areas of application in private and public law. That said, they have a similar purpose: they are high standards *deliberately designed* to capture only very serious conduct that undermines the integrity of the judicial process. By preserving this high bar for judicial intervention, the exercise of prosecutorial discretion can be properly protected.

[51] It is evident that the malice standard will only be met in exceptional cases where the plaintiff can prove, on a balance of probabilities, that a prosecutor’s decision to initiate or continue a prosecution was driven by an improper purpose or motive. To be improper, that purpose or motive must be wholly inconsistent with Crown counsel’s role as minister of justice. *Miazga* makes this point abundantly clear. As Charron J. observed, “[m]alice requires a plaintiff to prove that the prosecutor *wilfully* perverted

est possible de conclure à l’existence d’un abus de procédure lorsque la conduite du ministère public « choque la conscience de la communauté ou heurte son sens du franc-jeu et de la décence » : *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, par. 41. La présence de mauvaise foi et de motifs illégitimes peut signaler une conduite de ce genre : voir *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566, par. 68; *Anderson*, par. 49.

[50] Vue sous cet angle, la norme de la malveillance visée par le délit civil de poursuite abusive s’applique généralement comme pendant, en droit privé, de la règle de l’abus de procédure. La Cour a clairement établi le lien entre ces deux normes dans *Miazga* :

L’accusé poursuivi à tort au pénal par suite du comportement abusif du procureur de la Couronne dispose d’un recours au civil. Toutefois, comme dans le cas de l’abus de procédure, il doit satisfaire à des conditions strictes de façon que le tribunal ne mette pas simplement en doute rétrospectivement la décision prise à l’issue de l’exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public en matière de poursuites. [Je souligne; par. 49.]

En soulignant ce lien, je dois affirmer clairement que la malveillance et l’abus de procédure sont des normes distinctes ayant chacune son propre champ d’application en droit privé et en droit public. Cela dit, ils partagent le même objet : il s’agit de normes rigoureuses *conçues délibérément* pour s’appliquer uniquement dans les cas de comportement très grave qui mine l’intégrité du processus judiciaire. En préservant ce critère exigeant d’intervention judiciaire, on peut protéger convenablement l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites.

[51] De toute évidence, le demandeur ne satisfera à la norme de la malveillance que dans les cas exceptionnels où il peut établir, selon la prépondérance des probabilités, que la décision du poursuivant d’engager ou de continuer une poursuite était motivée par un but ou un motif illégitime. Ce but ou motif illégitime doit être tout à fait incompatible avec le rôle de l’avocat du ministère public en tant que représentant de la justice. C’est ce que précise clairement l’arrêt *Miazga*. Comme l’a fait

or abused the office of the Attorney General or the process of criminal justice” (para. 80 (emphasis in original)). She went on to emphasize that conduct merely reflecting “incompetence, inexperience, poor judgment, lack of professionalism, laziness, recklessness, honest mistake, negligence, or even gross negligence” will necessarily fall short (para. 81 (emphasis added)).

- (b) *The Malice Standard is Not Applicable to Claims for Charter Damages Alleging Wrongful Non-disclosure*

[52] The Attorneys General advance several arguments in favour of imposing malice as the liability threshold necessary to sustain a *Charter* damages award in this case. These arguments effectively boil down to a single core submission: the balancing of policy factors in *Nelles* — which led this Court to establish a qualified immunity shielding prosecutors from tort liability absent a showing of malice — is also dispositive here. Indeed, the heart of the AGBC’s submission is that “the specific cause of action alleged is immaterial to the policy rationale which underlies the immunity” (R.F., at para. 38). In other words, it is irrelevant that the claim at issue is brought under s. 24(1) of the *Charter*. If the qualified immunity in *Nelles* is to be effective, it must be treated as a general principle of law that applies equally to a claim for *Charter* damages as it does to an action in tort (*ibid.*, at paras. 69-71).

[53] The AGBC makes a number of points in support of this submission. First, it argues that *Nelles* “assumed that an immunity rule would equally apply to a claim for *Charter* damages”, and that “this was

observer la juge Charron, « [p]our établir la malveillance, le demandeur doit prouver que le poursuivant a *délibérément* abusé des pouvoirs du procureur général ou qu’il a perverti le processus de justice criminelle » (par. 80 (en italique dans l’original)). Elle a poursuivi en signalant que la conduite qui témoigne simplement de l’« incompétence, [l’]inexpérience, [du] manque de discernement ou de professionnalisme, de [la] paresse, de [l’]insouciance, [d’une] erreur de bonne foi, de [la] négligence ou même de [la] négligence grave » n’atteindra nécessairement pas le seuil de la malveillance (par. 81 (je souligne)).

- b) *La norme de la malveillance ne s’applique pas aux demandes de dommages-intérêts en vertu de la Charte pour défaut injustifié de communiquer des renseignements*

[52] Les procureurs généraux invoquent plusieurs arguments favorables à l’imposition de la malveillance comme seuil de responsabilité à atteindre pour justifier l’attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* en l’espèce. Ces arguments se résument en fait à une seule thèse fondamentale : la mise en balance des considérations de principe retenues dans *Nelles* — qui a amené notre Cour à établir une immunité restreinte protégeant les poursuivants contre toute responsabilité délictuelle en l’absence d’une démonstration de malveillance — tranche également la présente affaire. En fait, le PGCB soutient essentiellement que [TRADUCTION] « la cause d’action précise alléguée n’a rien à voir avec la raison de principe qui sous-tend l’immunité » (m.i., par. 38). Autrement dit, il importe peu que la demande en cause soit présentée en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Pour que l’immunité restreinte établie dans *Nelles* soit efficace, il faut la considérer comme un principe général de droit qui s’applique autant à une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* qu’à une action en responsabilité délictuelle (*ibid.*, par. 69-71).

[53] Le PGCB fait valoir un certain nombre d’éléments à l’appui de cette thèse. Premièrement, il soutient que, dans *Nelles*, la Cour [TRADUCTION] « a tenu pour acquis qu’une règle d’immunité s’appliquerait

one of the considerations that led the Court to reject absolute immunity” in favour of a qualified immunity based on malice (R.F., at para. 60). In support of this assertion, it cites the following passage from *Nelles*:

Granting an absolute immunity to prosecutors is akin to granting a license to subvert individual rights. Not only does absolute immunity negate a private right of action, but in addition, it seems to me, it may be that it would effectively bar the seeking of a remedy pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. [p. 195]

According to the AGBC, the choice of a qualified rather than absolute immunity was meant to preserve the availability of damages in tort *and* under the *Charter*, and it is therefore implicit in *Nelles* that the liability threshold required in relation to tort actions would necessarily extend to s. 24(1) claims.

[54] Second, the AGBC emphasizes that *Ward* expressly connected the availability of *Charter* damages for prosecutorial misconduct to the tort of malicious prosecution:

Different situations may call for different thresholds, as is the case at private law. Malicious prosecution, for example, requires that “malice” be proven because of the highly discretionary and quasi-judicial role of prosecutors When appropriate, private law thresholds and defences may offer guidance in determining whether s. 24(1) damages would be “appropriate and just”. While the threshold for liability under the *Charter* must be distinct and autonomous from that developed under private law, the existing causes of action against state actors embody a certain amount of “practical wisdom” concerning the type of situation in which it is or is not appropriate to make an award of damages against the state.

(*Ward*, at para. 43)

tout autant à une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* » et que « cette considération figurait parmi celles qui avaient amené la Cour à écarter l’immunité absolue » en faveur d’une immunité restreinte fondée sur la malveillance (m.i., par. 60). Pour appuyer cette affirmation, il cite le passage suivant de *Nelles* :

Accorder aux poursuivants une immunité absolue revient à leur donner toute latitude pour léser les droits individuels. Non seulement l’immunité absolue réduit à néant le droit des particuliers d’intenter des actions, mais en outre, me semble-t-il, il se peut qu’elle rende impossible l’exercice d’un recours en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. [p. 195]

Selon le PGCB, on a opté pour une immunité restreinte plutôt que l’immunité absolue afin de conserver la possibilité d’obtenir des dommages-intérêts en responsabilité délictuelle *et* en vertu de la *Charte*, et la Cour indique donc implicitement dans *Nelles* que le seuil de responsabilité à atteindre dans le cas des actions en responsabilité délictuelle s’appliquerait nécessairement aux demandes fondées sur le par. 24(1).

[54] Deuxièmement, le PGCB souligne que l’arrêt *Ward* fait expressément le lien entre la possibilité d’obtenir des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pour inconduite du poursuivant et le délit civil de poursuite abusive :

Différentes situations appelleront sans doute différents seuils, comme c’est le cas en droit privé. Par exemple, pour qu’une poursuite soit jugée abusive, il faut prouver une « intention malveillante », vu le pouvoir éminemment discrétionnaire et le rôle quasi judiciaire des procureurs [. . .] Dans certains cas pertinents, les seuils et les moyens de défense issus du droit privé peuvent aider à déterminer si l’octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) est « convenable et juste ». Certes, le seuil de responsabilité applicable sous le régime de la *Charte* est distinct et indépendant de celui établi en droit privé, mais les causes d’action existantes contre les représentants de l’État recèlent une certaine « sagesse pratique » à l’égard du genre de situations où il serait convenable ou non de contraindre l’État à verser des dommages-intérêts.

(*Ward*, par. 43)

The AGBC argues that the malice standard established in *Nelles* and elaborated in *Proulx* and *Miazga* has withstood the test of time, and is a sound and workable standard for civil claims against prosecutors. It embodies “practical wisdom” and represents a “careful balance” of competing concerns — on the one hand, “the need to ensure that the common law is responsive to claims of wrongful prosecution”, and on the other, the “the powerful policy considerations that support the existence of a qualified immunity” (R.F., at para. 72). In the AGBC’s view, there is no reason to depart from this careful balance when a claim alleging prosecutorial misconduct is framed as a claim for *Charter* damages under s. 24(1). While liability thresholds developed under the *Charter* are intended to be distinct from those in private law, it does not follow that common law immunities should simply be abandoned in the face of a *Charter* damages claim.

[55] Third, the AGBC argues that exempting s. 24(1) claims from the malice standard would have adverse consequences. If a claimant can prevail on a lower liability threshold in a *Charter* damages claim than under a related common law tort, the qualified immunity will lose much of its force and the careful balance of policy factors struck in *Nelles* will be destabilized.

[56] With respect, I do not find these points persuasive. In my view, *Nelles* and its progeny are not dispositive in this case, and malice does not provide a useful liability threshold for *Charter* damages claims alleging wrongful non-disclosure by prosecutors. I come to this conclusion for several reasons.

Selon le PGCB, la norme de la malveillance établie dans *Nelles* puis explicitée dans *Proulx* et *Miazga* a résisté à l’épreuve du temps et constitue une norme solide et pratique pour les poursuites civiles engagées contre les poursuivants. Elle recèle une « sagesse pratique » et représente un « juste équilibre » entre des préoccupations opposées — d’une part, [TRADUCTION] « la nécessité de veiller à ce que la common law soit adaptée aux réclamations pour poursuite abusive » et, d’autre part, « les considérations de principe puissantes qui appuient l’existence d’une immunité restreinte » (m.i., par. 72). De l’avis du PGCB, il n’y a aucune raison d’écarter ce juste équilibre lorsqu’une demande pour inconduite du poursuivant prend la forme d’une demande de dommages-intérêts fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*. Bien que les seuils de responsabilité élaborés sous le régime de la *Charte* soient censés être distincts de ceux en droit privé, les immunités de common law ne devraient pas pour autant être simplement abandonnées en présence d’une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*.

[55] Troisièmement, le PGCB soutient que le fait de soustraire les demandes fondées sur le par. 24(1) à la norme de la malveillance aurait des conséquences néfastes. Si un demandeur peut avoir gain de cause grâce à l’application, à une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*, d’un seuil de responsabilité moins élevé que le seuil applicable à un délit civil connexe en common law, l’immunité restreinte perdra une bonne partie de sa force et le juste équilibre des considérations de principe établi dans *Nelles* s’en trouvera ébranlé.

[56] Soit dit en tout respect, j’estime que ces éléments ne sont pas convaincants. À mon sens, l’arrêt *Nelles* et ceux rendus dans sa foulée ne permettent pas de trancher la présente affaire, et la malveillance ne fournit pas un seuil de responsabilité utile dans le cas des demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte* dans lesquelles on allègue le défaut injustifié des poursuivants de communiquer des renseignements. J’arrive à cette conclusion pour plusieurs raisons.

[57] First, the malice standard is firmly rooted in the tort of malicious prosecution, which has a distinctive history and purpose. The tort is a judicial creation of the 18th century, when prosecutions were carried out by private litigants: *Miazga*, at para. 42. This historical peculiarity should give us pause when we are called upon to transplant elements of this tort into new contexts far beyond those envisioned at the time of its creation. As Charron J. warned in *Miazga*:

Given that the tort of malicious prosecution predates the development of our contemporary system of public prosecutions, courts must take care not to simply transpose the principles established in suits between private parties to cases involving Crown defendants without necessary modification. [para. 44]

[58] Second, the purpose of the malicious prosecution tort must be kept in mind in determining whether to expand the reach of the malice standard. Recall that the wrongdoing targeted by this tort is the decision to initiate or continue an improperly motivated prosecution. In contrast, the alleged wrongdoing at issue in this case is markedly different — the Crown’s failure to discharge its constitutional obligations to disclose relevant information to Mr. Henry.

[59] The malice standard translates awkwardly into cases where the alleged misconduct is wrongful non-disclosure. Malice requires a showing of improper purpose on the part of the prosecutor. This “improper purpose” inquiry is apt when the impugned conduct is a highly discretionary decision such as the decision to initiate or continue a prosecution, because discretionary decision-making can best be evaluated by reference to the decision-maker’s motives. Unlike the decision to initiate or continue a prosecution, the decision to disclose relevant information is not discretionary. Rather, disclosure is a constitutional obligation which must be properly discharged by the Crown in accordance with an accused’s right to make full answer and defence, as guaranteed under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*: see

[57] En premier lieu, la norme de la malveillance est fermement enracinée dans le délit de poursuite abusive, qui a son propre historique et son propre objet. Le délit civil a été créé par les tribunaux au XVIII^e siècle, à une époque où les poursuites pénales étaient le fait de particuliers : *Miazga*, par. 42. Cette particularité de l’histoire devrait nous donner matière à réflexion lorsque nous sommes appelés à transposer des éléments de ce délit dans de nouveaux contextes qui vont bien au-delà de ceux envisagés au moment de sa création. La juge Charron a fait la mise en garde suivante dans *Miazga* :

Étant donné que le délit de poursuites abusives est antérieur à notre système actuel de poursuites pénales publiques, les tribunaux doivent se garder de simplement appliquer les principes issus d’affaires opposant des personnes privées aux litiges dans lesquels le ministère public est partie défenderesse, sans faire les adaptations nécessaires. [par. 44]

[58] En deuxième lieu, il faut garder à l’esprit l’objet du délit de poursuite abusive lorsqu’on décide s’il y a lieu d’élargir la portée de la norme de la malveillance. Rappelons que la faute visée par ce délit est la décision d’engager ou de continuer une poursuite au motif illégitime. Par contre, la faute reprochée en l’espèce est nettement différente — le défaut du ministère public de s’acquitter de son obligation constitutionnelle de communiquer à M. Henry des renseignements pertinents.

[59] La norme de la malveillance s’applique mal dans les affaires où l’inconduite alléguée est le défaut de communiquer des renseignements. Pour établir la malveillance, il faut démontrer que le poursuivant avait un but illégitime. Cet examen du « but illégitime » est approprié lorsque la conduite reprochée est une décision hautement discrétionnaire comme celle d’engager ou de continuer une poursuite, parce que la meilleure façon d’évaluer la prise d’une décision discrétionnaire est de le faire en fonction des motifs du décideur. Contrairement à la décision d’engager ou de continuer une poursuite, la décision de communiquer des renseignements pertinents n’est pas de nature discrétionnaire. La communication des renseignements est plutôt une obligation constitutionnelle dont doit s’acquitter convenablement

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 336; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 5.

[60] I readily acknowledge that disclosure decisions often involve difficult judgment calls. As the intervener Attorney General of Ontario observes, disclosure decisions may require consideration of numerous factors, such as whether the information is subject to special protections for sexual assault complainants, special considerations concerning highly sensitive material, or one of the various privileges that attach to information obtained in the course of a criminal prosecution. Even the basic question of relevance may be difficult to assess before the Crown is made aware of the defence theory of the case, and where disclosure requests are not explained or particularized. Furthermore, disclosure obligations are ongoing, which requires prosecutors to continuously evaluate the information in their possession.

[61] However, while I recognize that disclosure decisions pose challenges for prosecutors, they do not implicate the high degree of discretion involved in the decision to initiate or continue a prosecution. As described in Crown policy manuals throughout the country, the decision to lay charges is governed by two primary factors: first, whether there is a reasonable prospect of conviction and second, whether the prosecution would be in the public interest. Manifestly, the “public interest” factor puts substantial discretion in the hands of Crown counsel. That discretion gives prosecutors such a high degree of latitude that the only plausible way to contest it is to assess the underlying motives. No such discretion exists in the disclosure context, and it is therefore unhelpful to require proof of an improper purpose in an action alleging wrongful non-disclosure. Given that disclosure decisions are not a matter of discretion, the

le ministère public, en harmonie avec le droit d’un accusé de présenter une défense pleine et entière que garantissent l’art. 7 et l’al. 11*d*) de la *Charte* : voir *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, p. 336; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 5.

[60] Je reconnais volontiers que les décisions en matière de communication de renseignements sont souvent le fruit d’une réflexion ardue. Comme le fait remarquer l’intervenant le procureur général de l’Ontario, ces décisions peuvent exiger la prise en considération de nombreux facteurs, tels que la question de savoir si les renseignements font l’objet de protections particulières accordées aux plaignants dans des affaires d’agression sexuelle, des considérations particulières relatives à des documents très délicats, ou l’un des divers privilèges qui s’appliquent aux renseignements recueillis au cours d’une poursuite pénale. Même la question élémentaire de la pertinence peut être difficile à résoudre avant que le ministère public ne soit informé de la thèse de la défense et lorsque les demandes de communication ne sont ni expliquées, ni précisées. En outre, l’obligation de communication est constante, ce qui oblige les poursuivants à évaluer sans arrêt les renseignements en leur possession.

[61] Toutefois, bien que je reconnaisse que les décisions en matière de communication de renseignements posent des défis pour les poursuivants, elles n’ont pas le caractère hautement discrétionnaire de la décision d’engager ou de continuer une poursuite. Comme l’indiquent les guides en matière de poursuites partout au Canada, la décision de porter des accusations est régie par deux facteurs principaux : premièrement, l’existence d’une possibilité raisonnable d’obtenir une déclaration de culpabilité et, deuxièmement, l’opportunité de la poursuite eu égard à l’intérêt public. De toute évidence, le facteur de « l’intérêt public » confère un pouvoir discrétionnaire considérable aux avocats du ministère public. Ce pouvoir discrétionnaire leur donne une telle latitude que la seule façon plausible de le contester consiste à évaluer les motifs sous-jacents. Il n’y a aucun pouvoir discrétionnaire de ce genre dans le

motives of the prosecutor in withholding certain information from the accused are immaterial.

[62] Third, the decision to initiate or continue a prosecution falls within the core of prosecutorial discretion, whereas disclosure decisions do not. Whether in private or public law, the threshold to intrude upon that core discretion must be onerous, since it squarely implicates the independence of prosecutors. As this Court held in *Krieger*:

Prosecutorial discretion refers to the use of those powers that constitute the core of the Attorney General's office and which are protected from the influence of improper political and other vitiating factors by the principle of independence.

... these powers emanate from the office holder's role as legal advisor of and officer to the Crown. In our theory of government, it is the sovereign who holds the power to prosecute his or her subjects. A decision of the Attorney General, or of his or her agents, within the authority delegated to him or her by the sovereign is not subject to interference by other arms of government. An exercise of prosecutorial discretion will, therefore, be treated with deference by the courts . . . [paras. 43 and 45]

Both malice and abuse of process therefore represent very high thresholds deliberately chosen to insulate core prosecutorial functions from judicial scrutiny. In contrast, disclosure decisions are not part of core prosecutorial discretion:

In *Stinchcombe*, . . . the Court held that the Crown has an obligation to disclose all relevant information to the

contexte de la communication des renseignements, et il est donc inutile d'exiger la preuve d'un but illégitime dans le cadre d'une action pour défaut injustifié de communiquer des renseignements. Puisque les décisions en matière de communication des renseignements ne sont pas de nature discrétionnaire, les motifs du poursuivant qui ne dévoile pas certains renseignements à l'accusé n'ont aucune importance.

[62] Troisièmement, la décision d'engager ou de continuer une poursuite est prise dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire essentiel du poursuivant alors que ce n'est pas le cas des décisions en matière de communication. Que ce soit en droit privé ou en droit public, le seuil à atteindre pour s'immiscer dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire essentiel doit être élevé, car il met nettement en jeu l'indépendance des poursuivants. Comme l'a conclu notre Cour dans *Krieger* :

[L'expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites »] [. . .] vise l'exercice des pouvoirs qui sont au cœur de la charge de procureur général et que le principe de l'indépendance protège contre l'influence de considérations politiques inappropriées et d'autres vices.

... ces pouvoirs émanent du rôle du titulaire de la charge à titre de conseiller juridique et de représentant de l'État. Dans notre système gouvernemental, c'est le souverain qui a le pouvoir de poursuivre ses sujets. Les autres organes du gouvernement ne peuvent pas modifier une décision que le procureur général ou l'un de ses mandataires a prise dans l'exercice du pouvoir que le souverain lui a délégué. Par conséquent, les tribunaux [. . .] font preuve de retenue à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. [par. 43 et 45]

La malveillance et l'abus de procédure constituent donc tous deux des seuils très élevés qui ont été délibérément retenus pour soustraire les fonctions essentielles du poursuivant au contrôle judiciaire. Par contre, les décisions en matière de communication de renseignements ne ressortissent pas à son pouvoir discrétionnaire essentiel :

Dans l'arrêt *Stinchcombe*, [. . .] notre Cour a conclu que le ministère public est tenu de communiquer à la

defence. While the Crown Attorney retains the discretion not to disclose irrelevant information, disclosure of relevant evidence is not . . . a matter of prosecutorial discretion but, rather, is a prosecutorial duty. [*ibid.*, at para. 54]

[63] In *Anderson*, this Court held that “the Crown possesses no discretion to breach the *Charter* rights of an accused”, and that “prosecutorial discretion provides no shield to a Crown prosecutor who has failed to fulfill his or her constitutional obligations such as the duty to provide proper disclosure to the defence” (para. 45). This suggests that disclosure decisions will not necessarily warrant the same level of protection from judicial scrutiny as the decision to initiate or continue a prosecution. Indeed, in the course of criminal trials, disclosure is routinely subject to judicial review. This review is not predicated on a showing of abuse of process. Likewise, in an action for *Charter* damages, a threshold lower than malice is justified when a court is asked to determine whether the Crown is liable for wrongful non-disclosure.

[64] Finally, a purposive approach to s. 24(1) militates against the malice standard. As this Court held in *Dunedin*, “s. 24(1), like all *Charter* provisions, commands a broad and purposive interpretation” and “must be construed generously, in a manner that best ensures the attainment of its objects” (para. 18). Section 24(1) guarantees that rights are upheld by granting “effective remedies” to claimants, and is crucial to the overall structure of the *Charter* because “a right, no matter how expansive in theory, is only as meaningful as the remedy provided for its breach” (*ibid.*, at paras. 19-20).

défense tous les renseignements pertinents. [. . .] [B]ien que le procureur du ministère public conserve le pouvoir discrétionnaire de ne pas communiquer des renseignements non pertinents, la communication d’éléments de preuve pertinents est affaire non pas de pouvoir discrétionnaire, mais plutôt d’obligation de sa part. [*ibid.*, par. 54]

[63] Dans *Anderson*, notre Cour a déclaré que « le ministère public n’a pas le pouvoir discrétionnaire de porter atteinte aux droits que la *Charte* garantit à un accusé », et que « le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites ne protège aucunement le procureur du ministère public qui ne s’est pas acquitté de ses obligations constitutionnelles, par exemple celle de communiquer adéquatement la preuve à la défense » (par. 45). Il faut croire que les décisions en matière de communication de la preuve ne bénéficient pas nécessairement de la même protection contre le contrôle judiciaire que la décision d’engager ou de continuer une poursuite. D’ailleurs, la communication des renseignements fait couramment l’objet d’un contrôle judiciaire lors des procès criminels. Ce contrôle ne dépend pas de la démonstration d’un abus de procédure. De même, dans une action en dommages-intérêts fondée sur la *Charte*, un seuil inférieur à la malveillance est justifié lorsque le tribunal est appelé à décider si le ministère public doit être tenu responsable d’un défaut injustifié de communiquer des renseignements.

[64] Enfin, une interprétation téléologique du par. 24(1) milite à l’encontre de la norme de la malveillance. Notre Cour a conclu dans *Dunedin* que, « comme toutes les autres dispositions de la *Charte*, le par. 24(1) commande une interprétation large et téléologique [. . .] et doit être interprété de la manière la plus généreuse qui soit compatible avec la réalisation de son objet » (par. 18). En accordant aux demandeurs des « réparations efficaces », le par. 24(1) garantit la protection des droits et il est crucial pour la structure globale de la *Charte* parce qu’« un droit, aussi étendu soit-il en théorie, est aussi efficace que la réparation prévue en cas de violation, sans plus » (*ibid.*, par. 19-20).

[65] In *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, Iacobucci and Arbour JJ. stressed the importance of a purposive approach to remedies under s. 24(1):

A purposive approach to remedies in a *Charter* context gives modern vitality to the ancient maxim *ubi jus, ibi remedium*: where there is a right, there must be a remedy. More specifically, a purposive approach to remedies requires at least two things. First, the purpose of the right being protected must be promoted: courts must craft responsive remedies. Second, the purpose of the remedies provision must be promoted: courts must craft effective remedies. [Emphasis in original; para. 25.]

In my view, restricting the availability of *Charter* damages for wrongful non-disclosure to cases where the Crown acted with malice would offer neither a responsive nor effective remedy to claimants. A malice standard grounded in “improper purpose” sets too high a bar, and fails to respond adequately to the state conduct at issue. It is also not well suited to the disclosure context. A threshold specifically tailored to that context is preferable.

[66] For these reasons, I reject the application of the malice standard. In doing so, I do not in any way seek to undercut this Court’s malicious prosecution jurisprudence. The qualified immunity established in *Nelles* continues to govern tort actions for malicious prosecution. Furthermore, as I will explain, while the malice standard is not directly applicable, the policy factors outlined in *Nelles* inform the liability threshold in this case.

[65] Dans *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, les juges Iacobucci et Arbour ont souligné l’importance de donner une interprétation téléologique aux réparations fondées sur le par. 24(1) :

L’interprétation téléologique des réparations dans le contexte de la *Charte* actualise l’ancienne maxime *ubi jus, ibi remedium*, là où il y a un droit, il y a un recours. Plus particulièrement, cette interprétation comporte au moins deux exigences, à savoir, premièrement, favoriser la réalisation de l’objet du droit garanti (les tribunaux sont tenus d’accorder des réparations adaptées à la situation), et deuxièmement, favoriser la réalisation de l’objet des dispositions réparatrices (les tribunaux sont tenus d’accorder des réparations efficaces). [Souligné dans l’original; par. 25.]

Selon moi, le fait de restreindre aux cas où le ministère public a agi avec malveillance la possibilité d’obtenir des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pour défaut injustifié de communiquer des renseignements offrirait aux demandeurs une réparation qui n’est ni adaptée à la situation, ni efficace. Une norme de malveillance fondée sur un « but illégitime » place la barre trop haut et ne constitue pas une réponse adéquate à la conduite en cause de l’État. De même, elle ne convient pas dans le contexte de la communication de renseignements. Il est préférable d’appliquer un seuil adapté spécifiquement à ce contexte.

[66] Pour ces motifs, je rejette l’application de la norme de la malveillance. Ce faisant, je ne cherche aucunement à miner la jurisprudence de notre Cour sur les poursuites abusives. L’immunité restreinte établie dans *Nelles* régit toujours les actions en responsabilité délictuelle pour poursuite abusive. De plus, comme je l’expliquerai, bien que la norme de la malveillance ne s’applique pas directement, les considérations de principe énoncées dans *Nelles* éclairent le seuil de responsabilité applicable en l’espèce.

(2) Policy Concerns Informing the Liability Threshold for Wrongful Non-disclosure

[67] Disclosure is one of the Crown’s fundamental obligations in a criminal prosecution. The Crown is duty-bound to disclose relevant information to the defence, and this obligation is a continuing one. This stringent and, at times, heavy burden on the Crown guarantees an accused’s ability to make full answer and defence. Indeed, this was precisely the reason that the Court affirmed a *constitutional* right to disclosure more than two decades ago in *Stinchcombe*:

... there is [an] overriding concern that failure to disclose impedes the ability of the accused to make full answer and defence. This common law right has acquired new vigour by virtue of its inclusion in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as one of the principles of fundamental justice. ... The right to make full answer and defence is one of the pillars of criminal justice on which we heavily depend to ensure that the innocent are not convicted. [Citation omitted; p. 336.]

[68] Canadians thus rightly expect that the Crown will fulfill its disclosure obligations with diligence and rigour. By and large, Crown attorneys working on the front lines of our criminal justice system exceed these expectations on a daily basis. I pause here to note that Mr. Henry’s allegations of non-disclosure arise, in the main, from events that occurred during the pre-*Stinchcombe* era, when Crown disclosure practices were not as robust as they are today. Nevertheless, our system remains imperfect, and wrongful failure to disclose is not a mere hypothetical — it can, and does, happen, sometimes taking an extraordinary human toll and resulting in serious harm to the administration of justice.

(2) Les préoccupations de principe qui appuient le seuil de responsabilité applicable en cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements

[67] La communication de la preuve est l’une des obligations fondamentales incombant au ministère public dans une poursuite pénale. Le ministère public a le devoir de communiquer à la défense les renseignements pertinents et cette obligation est constante. Ce fardeau rigoureux et parfois lourd qui incombe au ministère public garantit la possibilité pour l’accusé de présenter une défense pleine et entière. D’ailleurs, c’est précisément la raison pour laquelle, il y a plus de 20 ans, la Cour a confirmé dans *Stinchcombe* le droit *constitutionnel* à la communication des renseignements :

... il y a surtout [une] crainte prépondérante que la non-divulgaration n’empêche l’accusé de présenter une défense pleine et entière. Ce droit reconnu par la common law a acquis une nouvelle vigueur par suite de son inclusion parmi les principes de justice fondamentale visés à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. [...] Le droit de présenter une défense pleine et entière constitue un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables. [Référence omise; p. 336.]

[68] Les Canadiens et les Canadiennes s’attendent donc, à juste titre, à ce que le ministère public s’acquitte de ses obligations de communication avec diligence et rigueur. Dans l’ensemble, les procureurs du ministère public qui œuvrent en première ligne de notre système de justice pénale dépassent chaque jour ces attentes. Je m’arrête ici pour souligner que les allégations de défaut de communiquer des renseignements formulées par M. Henry découlent principalement d’événements survenus avant l’arrêt *Stinchcombe*, à une époque où les pratiques du ministère public en matière de communication de renseignements étaient moins rigoureuses qu’elles ne le sont aujourd’hui. Néanmoins, notre système demeure imparfait et le défaut injustifié de communiquer des renseignements n’est pas qu’une simple hypothèse : il peut se produire et se produit effectivement, occasionnant parfois des coûts humains énormes et portant gravement atteinte à l’administration de la justice.

[69] At the same time, all failures to disclose are not made equal. Highly blameworthy conduct, such as the intentional suppression of crucial evidence to obtain a conviction at all costs, sits at one end of the spectrum. At the other, one finds good faith errors in judgment about the relevance of certain tangential information. Both scenarios constitute a breach of an accused's *Charter* rights. Yet, manifestly, these scenarios do not possess the same persuasive force in terms of justifying a *Charter* damages award under s. 24(1).

[70] Given the complex nature of many disclosure decisions, courts should be exceedingly wary of setting a liability threshold that would award *Charter* damages for even minor instances of wrongful non-disclosure. Crown counsel will, from time to time, make good faith errors. Exposing prosecutors to potential liability every time such errors are made would, in my view, interfere with the proper execution of prosecutorial functions. Setting the liability threshold too low would also pose a considerable risk that baseless damages claims against the Crown would proliferate.

[71] These compelling good governance concerns — raised in *Nelles* and its progeny — must be taken into account in determining the appropriate liability threshold for cases of wrongful non-disclosure. As the Chief Justice held in *Ward*, “the underlying policy considerations that are engaged when awarding private law damages against state actors may be relevant when awarding public law damages directly against the state” (para. 22). There are two policy considerations from the malicious prosecution trilogy that I wish to emphasize. First, the liability threshold must ensure that Crown counsel will not be diverted from their important public duties by having to defend against a litany of civil claims. Second, the liability threshold must avoid

[69] Par ailleurs, tous les manquements à la communication des renseignements n'ont pas la même gravité. Une conduite hautement blâmable, telle la suppression délibérée d'éléments de preuve cruciaux en vue de l'obtention d'une déclaration de culpabilité à tout prix, se situe à une extrémité du spectre. On trouve à l'autre extrémité les erreurs de jugement commises de bonne foi quant à la pertinence de certains renseignements indirects. Ces deux scénarios constituent des atteintes aux droits que la *Charte* garantit à l'accusé. Pourtant, ces scénarios n'ont manifestement pas la même force persuasive pour ce qui est de justifier l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

[70] Vu la complexité de nombreuses décisions en matière de communication de la preuve, les tribunaux doivent être excessivement réticents à fixer un seuil de responsabilité qui donnerait lieu à l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* même dans des cas mineurs de défaut injustifié de communiquer des renseignements. Les avocats du ministère public font parfois des erreurs de bonne foi. À mon avis, exposer les poursuivants au risque que leur responsabilité soit engagée chaque fois que pareilles erreurs sont commises nuirait au bon exercice de leurs fonctions. Fixer un seuil de responsabilité trop bas risquerait grandement d'entraîner la multiplication des poursuites en dommages-intérêts sans fondement contre le ministère public.

[71] Il faut tenir compte de ces préoccupations impérieuses relatives au bon gouvernement — évoquées dans l'arrêt *Nelles* et les jugements rendus dans sa foulée — pour établir le seuil de responsabilité qui convient aux cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements. Comme l'a déclaré la Juge en chef dans *Ward*, « les considérations sous-jacentes de politique générale qui interviennent dans la décision d'ordonner à des représentants de l'État de verser des dommages-intérêts de droit privé peuvent être pertinentes lorsqu'il s'agit de contraindre directement l'État à verser des dommages-intérêts de droit public » (par. 22). Je tiens à souligner deux préoccupations de politique générale qui se dégagent de la trilogie sur les poursuites abusives. Premièrement, le

a widespread “chilling effect” on the behaviour of prosecutors.

[72] The first concern — diversion from duties — underscores the need for a high liability threshold. In the disclosure process, mistakes are certainly the exception rather than the rule. That said, if every minor instance of wrongful non-disclosure were to expose prosecutors to liability for *Charter* damages, they would find themselves spending much of their limited time and energy responding to lawsuits rather than doing their jobs. They “would be constantly enmeshed in an avalanche of interlocutory civil proceedings and civil trials”, an outcome that “bode[s] ill for the efficiency of [Crown prosecutors] and the quality of our criminal justice system”: *Elgouzouli-Daf v. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1995] Q.B. 335 (C.A.), at p. 349. That avalanche would no doubt contain a few strong claims of serious wrongful non-disclosure, but would invariably bring with it scores of meritless claims, each of which would have to be defended at the expense of core Crown functions. The collective interest of Canadians is best served when Crown counsel are able to focus on their primary responsibility — the fair and effective prosecution of crime. In my view, the liability threshold must allow for strong claims to be heard on their merits, while guarding against a proliferation of marginal cases.

[73] The second policy concern — the chilling effect on Crown counsel — also supports a high liability threshold. Fear of civil liability may lead to defensive lawyering by prosecutors. One consequence of this defensive approach would be disclosure decisions motivated less by legal principle than by a calculated effort to ward off the spectre

seuil de responsabilité doit faire en sorte que les avocats du ministère public ne soient pas détournés de leurs fonctions publiques importantes par l’obligation de se défendre contre une multitude de poursuites civiles. Deuxièmement, ce seuil doit permettre d’éviter un « effet paralysant » généralisé sur le comportement des poursuivants.

[72] La première préoccupation — le détournement des fonctions — fait ressortir la nécessité d’un seuil de responsabilité élevé. Dans le processus de communication de la preuve, les erreurs sont assurément l’exception et non la règle. Cela dit, si chaque cas mineur de défaut injustifié de communiquer des renseignements exposait les poursuivants à la responsabilité à l’égard des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, ils consacraient beaucoup de leur temps et de leur énergie limités à se défendre contre des poursuites plutôt qu’à faire leur travail. Ils [TRADUCTION] « seraient constamment empêtrés dans une avalanche de procédures civiles interlocutoires et de procès civils », un résultat qui « n’augurerait rien de bon pour le rendement des [procureurs du ministère public] et la qualité de notre système de justice pénale » : *Elgouzouli-Daf c. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1995] Q.B. 335 (C.A.), p. 349. Cette avalanche comprendrait sans aucun doute quelques réclamations solides pour défaut injustifié de communiquer des renseignements, mais apporterait invariablement son lot de réclamations sans fondement dont chacune devrait être contestée au détriment des fonctions essentielles du ministère public. L’intérêt collectif des Canadiens et Canadiennes est mieux servi lorsque les avocats du ministère public peuvent se concentrer sur leur responsabilité première : la poursuite équitable et efficace des criminels. À mon sens, le seuil de responsabilité doit permettre l’audition sur le fond des demandes solides tout en empêchant une prolifération de demandes marginales.

[73] La deuxième préoccupation de principe — l’effet paralysant sur les avocats du ministère public — milite aussi en faveur d’un seuil de responsabilité élevé. La crainte de la responsabilité civile risque d’amener les poursuivants à adopter une approche défensive. Il en résulterait notamment des décisions en matière de communication de la preuve motivées

of liability. The public interest is undermined when prosecutorial decision-making is influenced by considerations extraneous to the Crown's role as a quasi-judicial officer.

[74] For these reasons, I conclude that good governance concerns mandate a threshold that substantially limits the scope of liability for wrongful non-disclosure. In my view, the standard adopted by the application judge, which is akin to gross negligence, does not provide sufficient limits. As I will explain, a negligence-type standard poses considerable problems, and ought to be rejected.

[75] Mr. Henry submits that an even lower threshold — a simple breach of the *Charter* without any additional element of fault — should apply in this context. The Chief Justice and Karakatsanis J. take this approach. Specifically, they adopt the *Ward* framework without modification and rely on case-by-case policy considerations at step three, rather than a heightened threshold, to limit liability. In my respectful view, this approach fails to address the compelling policy and practical concerns that justify limiting prosecutorial liability.

[76] For more than two decades, this Court has steadfastly affirmed the principle that prosecutorial liability should be carefully circumscribed. My colleagues reject the relevance of *Nelles* and its progeny to this case. In their view, our malicious prosecution jurisprudence has no bearing here, since “[t]he legal duty on the Crown to disclose relevant evidence does not involve prosecutorial discretion in the sense discussed in *Nelles* and *Miazga*” (para. 128). I grant that there are significant distinctions between the Crown's discretionary decision to initiate or continue a prosecution, and its disclosure obligations. However, the policy concerns raised in the malicious prosecution trilogy are not confined to the exercise of core prosecutorial discretion. In my view, those concerns have a broader reach and are implicated

moins par les principes juridiques que par des efforts calculés pour se prémunir contre le spectre de la responsabilité. L'intérêt public est compromis lorsque la prise de décisions en matière de poursuites est influencée par des considérations étrangères au rôle du poursuivant en tant qu'officier quasi judiciaire.

[74] Pour ces motifs, je conclus que les préoccupations relatives au bon gouvernement commandent un seuil qui limite sensiblement la portée de la responsabilité en cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements. À mon sens, la norme adoptée par le juge de première instance, laquelle s'apparente à la négligence grave, n'offre pas de limites suffisantes. Comme je l'expliquerai, une norme du type de celle de la négligence pose d'importants problèmes et doit être rejetée.

[75] M. Henry plaide qu'un seuil encore plus bas — une simple violation de la *Charte* sans autre élément de faute — devrait s'appliquer dans ce contexte. C'est la solution que proposent la Juge en chef et la juge Karakatsanis. Plus particulièrement, elles adoptent sans le modifier le cadre retenu dans *Ward* et, pour limiter la responsabilité, elles s'appuient à la troisième étape de l'analyse sur l'examen au cas par cas des considérations de principe, plutôt que sur un seuil de responsabilité plus élevé. J'estime, avec égards, que cette solution ne tient pas compte des préoccupations pratiques et de principe impérieuses qui justifient une limitation de la responsabilité du poursuivant.

[76] Durant plus de deux décennies, notre Cour a fermement affirmé le principe suivant lequel la responsabilité du poursuivant doit être soigneusement circonscrite. Selon mes collègues, l'arrêt *Nelles* et ceux rendus dans sa foulée ne sont pas pertinents à la présente affaire. Elles estiment que notre jurisprudence relative aux poursuites abusives n'a aucune incidence en l'espèce puisque « [l']obligation légale [en matière de communication de la preuve pertinente] qui incombe au ministère public ne fait pas intervenir le même pouvoir discrétionnaire que celui qu'a examiné la Cour dans les affaires *Nelles* et *Miazga* » (par. 128). Je conviens qu'il existe des distinctions importantes entre la décision discrétionnaire du ministère public d'engager ou de continuer une poursuite et ses obligations en matière

wherever there is a risk of undue interference with the ability of prosecutors to freely carry out their duties in furtherance of the administration of justice.

[77] My colleagues' proposal would permit claimants to pursue *Charter* damages based on *any* allegation that the Crown breached its disclosure obligations — whether the wrongful non-disclosure was intentional, negligent, or accidental. In my respectful view, this casts too wide a net, exposing prosecutors to an unprecedented scope of liability that would affect the exercise of their vital public function.

[78] No doubt many cases might be thwarted by countervailing considerations invoked at the third step of *Ward* — and in any event would attract a modest quantum of damages at step four, if the claimant were to succeed at trial. However, given the absence of a liability threshold, a claim alleging a relatively minor breach with minimal harm to the claimant might well survive a motion to strike at the pleadings stage, and could lead to an award of damages. With respect, I fear that my colleagues' approach runs the risk of opening the floodgates to scores of marginal claims.

[79] My colleagues suggest that their proposal would not divert Crown counsel from their duties. In their view, since the inquiry would be focused “on the existence and relevance of the [undisclosed] documents, [and] not on the more complex questions of how discretion should have or could have been exercised”, the role of the prosecutor in civil proceedings would be limited (para. 132). With

de communication de la preuve. Toutefois, les préoccupations de principe que soulève la trilogie des décisions relatives aux poursuites abusives ne se limitent pas à l'exercice du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites. Selon moi, ces préoccupations ont une portée plus vaste et elles entrent en jeu dès lors qu'il existe un risque d'entraver indûment la possibilité, pour les poursuivants, d'exercer en toute liberté leurs fonctions dans l'intérêt de l'administration de la justice.

[77] La proposition de mes collègues permettrait aux demandeurs de réclamer des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* en se fondant sur *toute* allégation que le ministère public a manqué à ses obligations en matière de communication de la preuve — que le défaut injustifié de communiquer des renseignements soit intentionnel, qu'il soit attribuable à la négligence ou qu'il soit accidentel. Soit dit en tout respect, cette proposition ratisse trop large et expose les poursuivants à une responsabilité d'une portée sans précédent susceptible de gêner l'exercice de leur fonction publique essentielle.

[78] Je ne doute pas que les considérations pouvant faire contrepoids invoquées à la troisième étape de l'analyse dans *Ward* puissent contrecarrer un bon nombre de demandes — qui n'aboutiraient en fin de compte qu'à des dommages-intérêts modestes à la quatrième étape, si le demandeur devait avoir gain de cause au procès. Toutefois, vu l'absence d'un seuil de responsabilité, une demande fondée sur un manquement relativement mineur qui a causé peu de tort au demandeur pourrait bien résister à une requête en radiation à l'étape des actes de procédure et pourrait mener à l'attribution de dommages-intérêts. Avec égards, je crains que la solution que proposent mes collègues risque de déclencher une avalanche de demandes marginales.

[79] Mes collègues laissent entendre que leur proposition ne détournerait pas les représentants du ministère public de leurs fonctions. Selon elles, puisque l'analyse porterait essentiellement sur « l'existence et la pertinence des documents [non communiqués] et non les questions plus complexes de savoir comment le ministère public aurait dû ou aurait pu exercer son pouvoir discrétionnaire », le rôle du poursuivant dans

respect, I disagree. In my view, a detailed examination of prosecutors' conduct is inevitable. Such an examination would be necessary, for example, to determine whether case-by-case considerations militate against an award of damages or to set the appropriate quantum of damages for a successful claim.

[80] Similarly, my colleagues imply that their proposal would not have a chilling effect — first, because Crown conduct is already tightly constrained by the obligation to disclose relevant information and second, because “it is the state and not the individual prosecutor who faces liability” (para. 129). With respect, I take a different view. As I have explained, while the obligation to disclose is non-discretionary, there are invariably difficult judgment calls to be made. Those difficult decisions should be motivated by legal principle, not the fear of incurring civil liability. Furthermore, the fact that damages claims lie against the state and not individual prosecutors does not mitigate this concern. Like all lawyers, Crown counsel are professionals who jealously guard their reputations and whose actions are motivated by more than personal financial consequences.

[81] I agree with my colleagues that Mr. Henry alleges very serious instances of wrongful non-disclosure that demonstrate a shocking disregard for his *Charter* rights. His claim as pleaded meets the threshold I would establish. However, we should be wary of using Mr. Henry's exceptional case to justify a substantial expansion of prosecutorial liability. It is only by keeping liability within strict bounds that we can ensure a reasonable balance between remedying serious rights violations and maintaining the efficient operation of our public prosecution system.

l'instance civile serait limité (par. 132). Avec égards, je ne suis pas d'accord. Selon moi, un examen détaillé de la conduite du poursuivant est inévitable. Un tel examen serait nécessaire, par exemple, pour déterminer si des considérations ponctuelles militent contre l'attribution de dommages-intérêts, ou pour fixer le montant des dommages-intérêts à accorder au demandeur qui a gain de cause.

[80] De même, mes collègues laissent entendre que leur solution n'aurait pas d'effet paralysant — premièrement, parce que la conduite du ministère public est déjà strictement encadrée par l'obligation de communiquer les renseignements pertinents, et deuxièmement, parce que « c'est l'État et non le poursuivant à titre individuel qui peut être tenu responsable » (par. 129). Avec égards, ce n'est pas mon avis. Comme je l'ai expliqué, même si l'obligation de communiquer les renseignements n'est pas discrétionnaire, il y a inévitablement des décisions exigeant une réflexion ardue. Ces décisions devraient être motivées par l'application des principes juridiques et non par la crainte de poursuites civiles. De plus, le fait que les demandes de dommages-intérêts soient présentées contre l'État et non contre les poursuivants à titre individuel n'atténue pas cette crainte. Comme tous les avocats, les représentants du ministère public sont des professionnels qui protègent jalousement leur réputation, et la motivation des gestes qu'ils posent ne se limite pas à des conséquences financières personnelles.

[81] Je suis d'accord avec mes collègues pour dire que M. Henry allègue des cas très graves de défaut de communiquer des renseignements qui manifestent une indifférence consternante à l'égard des droits que lui garantit la *Charte*. Les allégations de sa demande respectent le seuil de responsabilité que je propose. Toutefois, nous devons nous garder de retenir le cas exceptionnel de M. Henry pour justifier un élargissement important de la responsabilité du poursuivant. Ce n'est qu'en maintenant la responsabilité à l'intérieur de limites strictes que nous pouvons assurer un équilibre raisonnable entre la réparation de violations graves des droits et la préservation du bon fonctionnement de notre système de poursuites pénales.

D. *Applying the Charter Damages Threshold for Wrongful Non-disclosure by Prosecutors*

[82] As discussed, a cause of action for *Charter* damages will lie where the Crown, in breach of its constitutional obligations, causes harm to the accused by intentionally withholding information when it knows, or would reasonably be expected to know, that the information is material to the defence and that the failure to disclose will likely impinge on the accused's ability to make full answer and defence. I now turn to how this standard will operate in practice.

(1) Policy Concerns May Still Be Considered on a Case-by-Case Basis

[83] In setting a heightened *per se* threshold, I should not be taken as saying that there are no additional good governance concerns that could negate a claim for *Charter* damages in the wrongful non-disclosure context. There may be case-specific policy concerns that militate against an award, even if the claimant has made out the heightened *per se* threshold. For example, the claimant may have an adequate alternative remedy under the *Charter* or in private law. Where a case-specific policy concern tips the balance against a *Charter* damages award, this remedy may properly be denied.

(2) What a Claimant Must Show to Meet the Liability Threshold in Cases of Wrongful Non-disclosure

[84] The liability threshold is tailored to the wrongful non-disclosure context. There is no inquiry into the Crown's motive or purpose, which are concepts

D. *L'application du seuil relatif à l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la Charte en cas de défaut injustifié des poursuivants de communiquer des renseignements*

[82] Comme nous l'avons vu, une cause d'action en dommages-intérêts fondée sur la *Charte* existe lorsque le ministère public, en violation de ses obligations constitutionnelles, cause un préjudice à l'accusé en retenant délibérément des renseignements alors qu'il sait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements étaient importants pour la défense et que le défaut injustifié de les communiquer porterait vraisemblablement atteinte à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière. J'examine maintenant la question de savoir comment cette norme s'appliquera en pratique.

(1) Les préoccupations de principe peuvent encore être prises en compte au cas par cas

[83] Il ne faut pas croire qu'en fixant un seuil de responsabilité plus élevé, j'affirme qu'il n'y pas d'autres préoccupations relatives au bon gouvernement susceptibles de faire échec à une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* dans le contexte du défaut injustifié de communiquer des renseignements. Des préoccupations de principe propres à une affaire donnée peuvent militer contre l'attribution de dommages-intérêts, et ce, même si le demandeur a satisfait au seuil de responsabilité plus élevé. À titre d'exemple, le demandeur peut disposer d'une autre réparation appropriée en vertu de la *Charte* ou en droit privé. Lorsqu'une préoccupation de principe propre à l'affaire milite contre l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, une telle réparation peut à bon droit être refusée.

(2) Ce que doit établir le demandeur pour qu'il soit satisfait au seuil de responsabilité dans les cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements

[84] Le seuil de responsabilité est adapté au contexte du défaut injustifié de communiquer des renseignements. On ne s'interroge pas sur le mobile

better-suited to cases where the exercise of core prosecutorial discretion is challenged. Rather, the focus is on two key elements: the prosecutor's intent, and his or her actual or imputed knowledge. Specifically, a cause of action will lie against the state — subject to proof of causation — where a prosecutor breaches an accused's *Charter* rights by intentionally withholding information when he or she knows, or would reasonably be expected to know, that the information is material to the defence and that the failure to disclose will likely impinge on the accused's ability to make full answer and defence.

[85] Whether considered at the pleadings stage or at trial, the same formulation of the test applies. At trial, a claimant would have to convince the fact finder on a balance of probabilities that (1) the prosecutor intentionally withheld information; (2) the prosecutor knew or ought reasonably to have known that the information was material to the defence and that the failure to disclose would likely impinge on his or her ability to make full answer and defence; (3) withholding the information violated his or her *Charter* rights; and (4) he or she suffered harm as a result. To withstand a motion to strike, a claimant would only need to plead facts which, taken as true, would be sufficient to support a finding on each of these elements.

[86] Nothing in the formulation of this test alters the methods by which finders of fact assess intent. The common sense inference that individuals intend the natural and probable consequences of their actions applies: *R. v. Walle*, 2012 SCC 41, [2012] 2 S.C.R. 438, at paras. 58-63, citing *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523. As a result, the evidentiary burden on the claimant is not a high one. To demonstrate that the Crown intentionally withheld information, a claimant need only prove that prosecutors were actually in possession of the information and failed to disclose it. Alternatively, a

du ministère public ou sur l'objectif poursuivi par celui-ci, s'agissant là de concepts qui conviennent mieux aux situations où l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites est contesté. L'accent porte plutôt sur deux éléments clés : l'intention du poursuivant et sa connaissance de fait ou présumée. Plus particulièrement, le demandeur aura une cause d'action contre l'État — sous réserve de la preuve du lien de causalité — lorsqu'un poursuivant porte atteinte aux droits que la *Charte* garantit à l'accusé, en retenant délibérément des renseignements alors qu'il sait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements sont importants pour la défense et que le fait de ne pas les communiquer portera vraisemblablement atteinte à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

[85] Que l'examen ait lieu au stade des actes de procédure ou au procès, la même formulation du critère s'applique. Au procès, un demandeur doit convaincre le juge des faits, selon la prépondérance des probabilités (1) que le poursuivant a retenu délibérément des renseignements, (2) que le poursuivant savait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements étaient importants pour la défense du demandeur et que le fait de ne pas les communiquer porterait vraisemblablement atteinte à la possibilité de présenter une défense pleine et entière, (3) que la rétention de ces renseignements a porté atteinte aux droits garantis par la *Charte* au demandeur, et (4) que le demandeur a subi un préjudice en conséquence. Pour résister à une requête en radiation, un demandeur n'a qu'à alléguer des faits qui, tenus pour avérés, seraient suffisants pour étayer une conclusion sur chacun de ces éléments.

[86] Rien dans la formulation de ce critère ne modifie les méthodes qu'utilisent les juges des faits pour évaluer l'intention. La déduction conforme au bon sens suivant laquelle une personne a voulu les conséquences naturelles et probables de ses actes s'applique : *R. c. Walle*, 2012 CSC 41, [2012] 2 R.C.S. 438, par. 58-63, citant *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523. Par conséquent, le fardeau de preuve qui incombe au demandeur n'est pas très élevé. Pour démontrer que le ministère public a délibérément retenu des renseignements, le demandeur n'a qu'à prouver que les poursuivants étaient effectivement en

claimant could show that prosecutors were put on notice of the existence of the information and failed to obtain possession of it, in contravention of their disclosure obligations: see *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66, at para. 49. In both of these circumstances, the intention to withhold may be inferred. This inference is available to the finder of fact, but is not mandatory. Furthermore, it is always open to the Crown to lead rebuttal evidence to show that the withholding was not intentional.

[87] The next element of the test relates to the Crown’s knowledge of the materiality of the information and the consequences of withholding it. Under this element, to be *material*, the information must be relevant and “directed at a matter in issue in the case”: *R. v. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35 (C.A.), at p. 44. That said, the mere fact that information is material to the defence does not necessarily mean that the failure to disclose it will likely impinge on the accused’s ability to make full answer and defence. While related, the two concepts are distinct, and each must be established.

[88] Knowledge of the materiality of the information and the consequences of a failure to disclose can be imputed based on what a reasonable prosecutor would know in the circumstances. Once it is found that information was intentionally withheld which any prosecutor, acting reasonably, should have disclosed, I see no reason why an accused who has suffered harm should be denied a cause of action. I stress, however, that by incorporating a reasonableness aspect into the knowledge element, I am not endorsing a negligence-based standard as the applicable liability threshold. Taken together, the two elements I have described — intent, and actual or imputed knowledge — rise above a purely objective “reasonableness” or “marked departure” standard grounded in a duty of care paradigm.

possession des renseignements et ne les ont pas communiqués. Subsidiairement, un demandeur pourrait démontrer que les poursuivants ont été informés de l’existence des renseignements et n’ont pas tenté de les obtenir, en contravention de leurs obligations en matière de communication de la preuve : voir *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66, par. 49. Dans chacun de ces cas, l’intention de ne pas communiquer peut être déduite. Le juge des faits peut faire cette déduction, mais n’y est pas tenu. De plus, le ministère public peut toujours présenter une contre-preuve pour démontrer que la rétention des renseignements n’était pas intentionnelle.

[87] L’élément suivant du critère a trait à la connaissance qu’avait le ministère public de l’importance des renseignements et des conséquences du défaut de les communiquer. Pour le besoin de cet élément, des renseignements seront *importants* s’ils sont pertinents et s’ils [TRADUCTION] « portent sur une question en litige » : *R. c. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35 (C.A.), p. 44. Cela dit, le simple fait que les renseignements sont importants pour la défense ne signifie pas nécessairement que le défaut de les communiquer portera atteinte à la possibilité, pour l’accusé, de présenter une défense pleine et entière. Bien qu’ils soient reliés, ces deux éléments demeurent distincts et chacun d’eux doit être établi.

[88] La connaissance de l’importance des renseignements en cause et des conséquences du défaut de les communiquer peut être présumée à partir de ce qu’un poursuivant raisonnable aurait su dans les circonstances. Une fois que l’on a conclu que des renseignements ont été délibérément retenus — des renseignements que tout poursuivant agissant de manière raisonnable aurait dû communiquer —, je ne vois pas pourquoi l’accusé qui a subi un préjudice n’aurait pas de cause d’action. Je souligne toutefois que le fait d’intégrer un aspect de raisonabilité à l’élément relatif à la connaissance ne signifie pas que j’accepte une norme fondée sur la négligence en tant que seuil de responsabilité applicable. Considérés ensemble, les deux éléments que je viens de décrire — l’intention et la connaissance réelle ou présumée — s’élèvent au-delà d’une norme purement objective de « raisonabilité » ou d’« écart marqué » qui prend appui sur un paradigme fondé sur l’obligation de diligence.

[89] The purpose of the intent and knowledge elements is not to shield prosecutors from liability by placing an undue burden on claimants to prove subjective mental states. Rather, these elements are designed to set a sufficiently high threshold to address good governance concerns, while preserving a cause of action for serious instances of wrongful non-disclosure. As pleaded, the facts of Mr. Henry's case would meet this threshold.

[90] One final point on the liability threshold bears mentioning. It is not uncommon in the course of a criminal prosecution for disclosure decisions to be challenged, and for a court to determine the lawfulness of the Crown withholding certain information. If a court rules that information sought by the defence need not be disclosed, then the Crown's failure to disclose will have the benefit of a judicial imprimatur. It would not be accurate to say, in these circumstances, that the Crown intentionally "withheld" information from the accused. Even if the judicial determination is later overturned, no liability for *Charter* damages will lie for non-disclosure.

(3) Policy Implications of the Liability Threshold

[91] It may seem harsh to deny *Charter* damages for cases of wrongful non-disclosure which, while less serious, still result in a violation of an accused's *Charter* rights. However, it is a reality that wrongful non-disclosures will cover a spectrum of blameworthiness, ranging from the good faith error, quickly rectified, to the rare cases of egregious failures to disclose exculpatory evidence. Given the policy concerns associated with exposing prosecutors to civil liability, it is necessary that the liability threshold be set near the high end of the blameworthiness spectrum. In reaching this conclusion, I do not purport to create silos of *Charter* violations, classifying some as worthy of concern and others as

[89] Les éléments relatifs à l'intention et à la connaissance ne visent pas à protéger les poursuivants contre toute responsabilité en imposant aux demandeurs le fardeau excessif de prouver des états d'esprit subjectifs. Ils visent plutôt à établir un seuil suffisamment élevé qui permette à la fois de tenir compte des préoccupations relatives au bon gouvernement et de préserver une cause d'action dans les cas graves de défaut injustifié de communiquer des renseignements. Les faits allégués de la cause de M. Henry pourraient satisfaire à ce seuil.

[90] Un dernier point mérite d'être mentionné sur la question du seuil de responsabilité. Il n'est pas rare dans le cadre d'une poursuite criminelle que des décisions en matière de communication de renseignements soient contestées, et qu'un tribunal se prononce sur la légalité de la décision du ministère public de ne pas communiquer certains renseignements. Si un tribunal estime qu'il n'est pas nécessaire de communiquer des renseignements demandés par la défense, le défaut du ministère public de les communiquer bénéficiera de l'aval judiciaire. Il serait inexact d'affirmer, en pareilles circonstances, que le ministère public a délibérément « retenu » des renseignements. Même si la décision du tribunal est ultérieurement infirmée, le défaut de communiquer les renseignements n'entraînera aucune responsabilité en dommages-intérêts fondée sur la *Charte*.

(3) Répercussions générales du seuil de responsabilité

[91] Il peut paraître dur de refuser d'accorder des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* dans des cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements, lorsque ces cas, bien que moins graves, entraînent néanmoins une violation des droits que la *Charte* garantit à l'accusé. Le fait est, toutefois, que les cas de défaut injustifié peuvent découler d'un éventail de comportements répréhensibles, allant de l'erreur de bonne foi — corrigée rapidement — aux rares cas où l'on a, de façon tout à fait inacceptable, fait défaut de communiquer une preuve disculpatoire. Vu les préoccupations de principe liées au fait d'exposer des poursuivants à une responsabilité civile, le seuil de responsabilité doit se situer

inconsequential. Courts should endeavour, as much as possible, to rectify *Charter* breaches with appropriate and just remedies. Nevertheless, when it comes to awarding *Charter* damages, courts must be careful not to extend their availability too far.

[92] Indeed, the consequences of setting a lower threshold in this context — simple negligence, or even the gross negligence standard adopted by the application judge — would be serious. This type of threshold implicates a duty of care paradigm that ignores the basic realities of conducting a criminal prosecution. Mr. Henry’s case illustrates the fact that the information ultimately disclosed to an accused is not simply a product of what prosecutors decide to disclose on their own initiative. Rather, disclosure depends on the interplay of a number of factors, including the rigour of the police investigation, the forthrightness of the police in communicating information to prosecutors, and the disclosure decisions taken by the Crown.

[93] A duty of care paradigm risks opening up a Pandora’s box of potential liability theories. For example, if prosecutors were subject to a duty of care, a claimant could allege that they failed to probe the police forcefully enough to ensure that relevant information was not being suppressed. Such an approach would effectively impose an obligation on prosecutors to “police” the police. In my view, widening the Crown’s exposure to liability in this way would be unwarranted. If police act improperly, then a civil claim can and should lie against them: see *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129.

près de l’extrémité supérieure de l’échelle de culpabilité morale. Loin de moi l’idée, en tirant cette conclusion, de créer des catégories étanches de violations de la *Charte* et de considérer certaines d’entre elles comme étant dignes d’intérêt et d’autres comme étant sans conséquence. Les tribunaux doivent, dans la mesure du possible, s’efforcer de rectifier les violations de la *Charte* en accordant des réparations convenables et justes. Toutefois, lorsqu’il s’agit d’accorder des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, ils doivent se garder d’en permettre trop largement l’attribution.

[92] En fait, imposer un seuil peu élevé dans un tel contexte — la norme de la négligence simple, ou même celle de la négligence grave retenue par le juge de première instance — entraînerait de graves conséquences. Ce type de seuil fait intervenir un paradigme fondé sur l’obligation de diligence qui ne tient pas compte des réalités fondamentales du déroulement d’une poursuite criminelle. La cause de M. Henry montre que les renseignements que les poursuivants finissent par communiquer à l’accusé ne sont pas le simple produit de ce que ceux-ci décident de communiquer de leur propre initiative. Cette communication dépend de l’interaction d’un certain nombre de facteurs, notamment la rigueur de l’enquête policière, la franchise dont fait preuve la police lorsqu’elle transmet des renseignements aux poursuivants et les décisions du ministère public en matière de communication de la preuve.

[93] Un paradigme fondé sur l’obligation de diligence risque d’ouvrir une boîte de Pandore de théories potentielles sur la responsabilité. À titre d’exemple, si les poursuivants étaient assujettis à une obligation de diligence, un demandeur pourrait prétendre qu’ils ne se sont pas enquis avec suffisamment de détermination auprès de la police pour empêcher la suppression de renseignements pertinents. Une telle approche obligerait dans les faits les poursuivants à contrôler le travail de la police. À mon avis, il serait injustifié d’élargir ainsi les risques que le ministère public voie sa responsabilité engagée. Si la police n’agit pas correctement, sa responsabilité civile peut et devrait être engagée : voir *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129.

[94] The problems with a negligence-based standard are even more apparent when considering how this lower threshold would operate at the pleadings stage. The lower the threshold, the greater the number of claims that would have to be defended. The mere fact of having to respond to an onslaught of litigation, even if ultimately unsuccessful, would chill the actions of prosecutors and divert them from their proper functions. It would be far too easy for a claimant with a weak claim to plead facts disclosing a cause of action for negligence — *simpliciter* or gross — and thus drive prosecutors into civil court. Bringing a *Charter* damages claim for prosecutorial misconduct should not be a mere exercise in artful pleading. In contrast, the threshold I have outlined ensures that many unmeritorious claims will be weeded out at an early stage, either on a motion to strike or on a motion for summary judgment.

(4) The Causation Requirement

[95] In addition to establishing a *Charter* breach and the requisite intent and knowledge, a claimant must prove that, as a result of the wrongful non-disclosure, he or she suffered a legally cognizable harm. Liability attaches to the Crown only upon a finding of “but for” causation. In cases involving wrongful convictions, this “but for” test avoids the thorny issue of whether or not factual innocence is required — that is, proof that the accused did not in fact commit the crimes alleged. Instead, the focus of the inquiry is on the proceedings that occurred at the time of the intentional failure to disclose. That said, without deciding the issue, I would not foreclose the possibility that evidence of factual innocence or guilt could go to the quantum of damages.

[96] Harm can be shown by the claimant in different ways. I do not propose an exhaustive list, but

[94] Les problèmes que présente une norme fondée sur la négligence ressortent davantage lorsqu’on se demande comment ce seuil moins élevé pourrait s’appliquer à l’étape des actes de procédure. Plus ce seuil est bas, plus grand est le nombre d’actions qu’il faudrait contester. Le simple fait d’avoir à réagir à une avalanche de poursuites, même si celles-ci sont finalement rejetées, paralyserait les travaux des poursuivants et les détournerait des fonctions qu’ils doivent exercer. Il serait beaucoup trop facile pour un demandeur dont la cause est difficilement justifiable de plaider des faits qui révèlent une cause d’action fondée sur la négligence — simple ou grave — et donc, de traîner les poursuivants devant les tribunaux civils. Le fait d’intenter en vertu de la *Charte* une action en dommages-intérêts pour inconduite du poursuivant ne devrait pas constituer un simple exercice pour un plaideur habile. Au contraire, le seuil que je viens de décrire fait en sorte que bon nombre de poursuites frivoles seront écartées tôt dans le processus, que ce soit au moyen d’une requête en radiation ou d’une requête en jugement sommaire.

(4) L’exigence relative au lien de causalité

[95] En plus d’avoir à établir une violation de la *Charte* ainsi que l’intention et la connaissance requises, le demandeur doit prouver que le défaut injustifié de communiquer des renseignements lui a causé un préjudice reconnu en droit. Le ministère public n’engage sa responsabilité que si l’on conclut à l’existence d’un lien de causalité fondé sur un « facteur déterminant ». Dans les cas de déclarations de culpabilité injustifiées, ce critère du « facteur déterminant » permet d’éviter la question épineuse de savoir si l’innocence factuelle est exigée ou non — c’est-à-dire la preuve que l’accusé n’a pas commis les crimes reprochés. L’analyse porte plutôt sur les procédures au moment où l’on a intentionnellement omis de communiquer des renseignements. Cela dit, sans trancher cette question, je n’écarte pas la possibilité que la preuve de l’innocence ou de la culpabilité factuelle puisse être pertinente en ce qui concerne le montant des dommages-intérêts accordé.

[96] Le demandeur peut prouver le préjudice de différentes façons. J’en présente ici plusieurs

offer several examples. A historical wrongful conviction would certainly qualify. *Charter* damages would also be available where the wrongful non-disclosure led to a conviction at trial that was later overturned on appeal, and ultimately replaced by an acquittal — either entered directly on appeal or following a new trial. Even if the claimant was acquitted at trial, a *Charter* damages award would be available where it could be shown that the charges would have been dismissed or withdrawn at an earlier stage of proceedings had proper disclosure been made. In such a case, damages might serve to compensate for time wrongfully spent in custody and any consequential harm suffered as a result of the criminal proceedings.

[97] Regardless of the nature of the harm suffered, a claimant would have to prove, on a balance of probabilities, that “but for” the wrongful non-disclosure he or she would not have suffered that harm. This guarantees that liability is restricted to cases where the intentional failure to disclose was actually the cause of the harm to the accused.

[98] The “but for” causation test may, however, be modified in situations involving multiple alleged wrongdoers. For example, where the claimant alleges that a wrongful conviction was caused in part by the failure of police to provide material information to prosecutors, and in part by the Crown’s failure to disclose, then a showing of “but for” causation will not be necessary. In this scenario, the causation requirement will be satisfied if the claimant can prove that the prosecutorial misconduct materially contributed to the harm suffered: *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181.

exemples, mais la liste n’est pas exhaustive. Une déclaration de culpabilité injustifiée prononcée dans le passé constituerait certainement une telle preuve. L’attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pourrait également être justifiée lorsque le défaut injustifié de communiquer des renseignements a mené, au procès, à une déclaration de culpabilité qui a ultérieurement été annulée en appel pour être finalement remplacée par un verdict d’acquiescement — inscrit directement en appel ou à l’issue d’un nouveau procès. Même si le demandeur a été acquitté au procès, des dommages-intérêts pourraient être accordés en vertu de la *Charte* s’il est possible d’établir que les accusations auraient été rejetées ou retirées plus tôt dans les procédures si les renseignements avaient dûment été communiqués. Dans un tel cas, l’attribution de dommages-intérêts pourrait permettre d’indemniser l’accusé pour la période qu’il a passée injustement en détention et pour tout préjudice indirect que lui a causé la poursuite criminelle.

[97] Quelle que soit la nature du préjudice subi, le demandeur devrait établir selon la prépondérance des probabilités que « n’eût été » le défaut injustifié de communiquer des renseignements, il n’aurait pas subi ce préjudice. Cela garantit que la responsabilité n’est engagée que dans les cas où l’omission intentionnelle de communiquer des renseignements constitue bel et bien la cause du préjudice subi par l’accusé.

[98] Le critère du « facteur déterminant » peut toutefois être modifié dans les cas où la faute est attribuée à plusieurs personnes. À titre d’exemple, lorsque le demandeur allègue qu’une déclaration de culpabilité injustifiée résulte en partie du fait que la police n’a pas communiqué certains renseignements importants aux poursuivants et en partie de l’omission du ministère public de communiquer des renseignements, il ne sera pas nécessaire d’établir la causalité fondée sur un « facteur déterminant ». Dans ce scénario, le lien de causalité sera établi si le demandeur peut prouver que l’inconduite de la poursuite a contribué de façon appréciable au préjudice subi : *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181.

V. Conclusion

[99] I would allow the appeal. Proof of malice is not required to make out a cause of action for *Charter* damages against the provincial Crown in this case. Mr. Henry may seek to amend his pleadings to include a claim for *Charter* damages against the AGBC alleging that the Crown, in breach of its constitutional obligations, caused him harm by intentionally withholding information when it knew, or should reasonably have known, that the information was material to his defence and that the failure to disclose would likely impinge on his ability to make full answer and defence.

[100] As success is divided in this appeal, I would order costs in the cause throughout.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND KARAKATSANIS J. —

I. Introduction

[101] This case raises questions about the availability of damages under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a remedy for the breach of the Crown's constitutional disclosure obligations.

[102] The notice of civil claim in this case alleges egregious violations of an accused's right to disclosure, with devastating consequences. In 1983, Mr. Henry was convicted of 10 counts of sexual assault, declared a dangerous offender, and sentenced to an indefinite period of incarceration. Before, during, and in the many years after his trial, Mr. Henry repeatedly sought disclosure of exculpatory evidence held by the police and prosecution, to no avail. In

V. Conclusion

[99] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. En l'espèce, une preuve de malveillance n'est pas nécessaire pour établir contre l'État provincial l'existence d'une cause d'action en dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. M. Henry peut demander de modifier ses actes de procédure afin d'y inclure une demande en dommages-intérêts fondée sur la *Charte* contre le PGCB dans laquelle il allègue que le ministère public, en violation de ses obligations constitutionnelles, lui a causé un préjudice en retenant délibérément des renseignements alors qu'il savait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements étaient importants pour sa défense et que le défaut de les communiquer porterait vraisemblablement atteinte à la possibilité, pour M. Henry, de présenter une défense pleine et entière.

[100] Comme le succès est mitigé en l'espèce, je suis d'avis d'accorder les dépens devant toutes les cours suivant l'issue de la cause.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE EN CHEF ET LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Introduction

[101] La présente affaire soulève des questions quant à la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* à titre de réparation accordée pour manquement aux obligations constitutionnelles du ministère public en matière de communication de la preuve.

[102] En l'espèce, la déclaration allègue des violations flagrantes du droit de l'accusé à la communication de la preuve qui ont entraîné des conséquences dévastatrices. En 1983, M. Henry a été reconnu coupable de 10 chefs d'accusation d'agression sexuelle, déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée. Avant et pendant son procès, de même qu'au cours des nombreuses années qui ont suivi ce

2002, police began re-investigating a series of unsolved sexual assaults. Ultimately, a Special Prosecutor was appointed to review Mr. Henry's convictions, leading to the 2008 disclosure of substantial police file materials. In 2010, the British Columbia Court of Appeal acquitted Mr. Henry on all counts, on the basis that the evidence as a whole was incapable of proving the element of identification: 2010 BCCA 462, 294 B.C.A.C. 96. He served nearly 27 years in prison. He now seeks an award of damages under s. 24(1) of the *Charter*, for the breach of the Crown's constitutional disclosure obligations.

[103] This appeal asks: What facts must Mr. Henry plead in order to be able to advance such a claim in court? In particular, must he allege malice or fault on the part of state officials who violated his rights?

[104] The Attorney General of British Columbia argues that claims for damages resulting from prosecutorial misconduct require, at a minimum, that the claimant establish malice. In our view, the Attorney General's argument is misplaced. Imposing a fault requirement for *Charter* damages, where the Crown has breached its duty to disclose, is inconsistent with the purpose of s. 24(1) and with the principled framework established in *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, for assessing whether an award of damages would be appropriate and just in the circumstances of a particular case.

dernier, M. Henry a maintes fois réclamé, mais en vain, la communication de la preuve disculpatoire dont disposaient les policiers et le poursuivant. En 2002, la police a entrepris une nouvelle enquête relative à une série d'agressions sexuelles non résolues. Plus tard, un procureur spécial a été désigné pour réexaminer les condamnations de M. Henry à qui, en 2008, un grand nombre de documents du dossier de la police ont ensuite été communiqués. En 2010, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a acquitté M. Henry relativement à tous les chefs, au motif que la preuve, dans son ensemble, ne permettait pas d'établir l'élément d'identification : 2010 BCCA 462, 294 B.C.A.C. 96. M. Henry a néanmoins purgé une peine d'emprisonnement de presque 27 ans et il réclame maintenant des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte* pour manquement aux obligations constitutionnelles du ministère public en matière de communication de la preuve.

[103] Le présent pourvoi soulève la question suivante : quels faits M. Henry doit-il invoquer afin de pouvoir présenter une telle réclamation à la Cour? Plus particulièrement, doit-il alléguer la malveillance ou la faute des représentants de l'État qui ont violé ses droits?

[104] Selon le procureur général de la Colombie-Britannique, les réclamations en dommages-intérêts découlant de la conduite répréhensible du poursuivant exigent, à tout le moins, que le demandeur établisse la malveillance. À notre avis, l'argument du procureur général n'est pas à propos. L'obligation de prouver l'existence d'une faute pour obtenir des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* — dans le cas où le ministère public a manqué à son obligation en matière de communication de la preuve — est incompatible avec l'objet du par. 24(1) et avec le cadre d'analyse rationnel énoncé dans l'arrêt *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, pour déterminer si l'attribution de dommages-intérêts serait convenable et juste eu égard aux circonstances de l'affaire.

II. The Purpose of Section 24(1) and the Ward Framework

[105] The *Charter* guarantee of rights and freedoms is meaningful only to the extent that breaches are appropriately remedied. To this end, s. 52 of the *Constitution Act, 1982* provides for the nullification of laws which are inconsistent with the Constitution, including the *Charter*. It is complemented by s. 24 which authorizes courts to grant remedies where an individual's *Charter* rights have been infringed by state action. These remedial provisions, like all *Charter* provisions, should be given a generous and purposive interpretation: *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595.

[106] In *Ward*, this Court examined the broad grant of powers provided in s. 24(1) of the *Charter*, which empowers courts of competent jurisdiction to grant remedies that are “appropriate and just in the circumstances”. Quoting *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, the Court observed that “[i]t is impossible to reduce this wide discretion to some sort of binding formula for general application in all cases, and it is not for appellate courts to preempt or cut down this wide discretion”: *Ward*, at para. 18, citing *Mills*, at p. 965. While the court's discretion is not unfettered, “[w]hat is appropriate and just will depend on the facts and circumstances of the particular case”: *Ward*, at para. 19. To determine whether damages are an appropriate and just remedy, a court must be empowered to look at and balance all relevant considerations arising in a given case.

[107] *Ward* provides a framework for evaluating these competing considerations. The *Ward* test for an award of damages under s. 24(1) of the *Charter* consists of four steps:

- (1) The applicant must establish a *Charter* breach by the state;

II. L'objet du par. 24(1) et le cadre d'analyse énoncé dans l'arrêt Ward

[105] La protection des droits et libertés garantie par la *Charte* n'a de sens que dans la mesure où les violations donnent lieu à une mesure réparatrice convenable. C'est la raison pour laquelle l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit l'invalidation des lois qui sont incompatibles avec la Constitution, dont la *Charte*. L'article 24, qui autorise les tribunaux à accorder une réparation lorsque les droits d'une personne ont été violés par suite d'une mesure prise par l'État, complète l'art. 52. Ces dispositions réparatrices, comme toutes les dispositions de la *Charte*, doivent faire l'objet d'une interprétation généreuse et téléologique : *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595.

[106] Dans l'arrêt *Ward*, la Cour a examiné les larges pouvoirs conférés par le par. 24(1) de la *Charte*, qui habilite les tribunaux compétents à accorder la réparation qu'ils estiment « convenable et juste eu égard aux circonstances ». Citant l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, la Cour a fait observer que « [c]e large pouvoir discrétionnaire n'est tout simplement pas réductible à une espèce de formule obligatoire d'application générale à tous les cas, et les tribunaux d'appel ne sont nullement autorisés à s'approprier ce large pouvoir discrétionnaire ni à en restreindre la portée » : *Ward*, par. 18, citant *Mills*, p. 965. Bien que le pouvoir discrétionnaire des tribunaux ne soit pas absolu, « [c]e qui est convenable et juste dépendra des faits et des circonstances de chaque affaire » : *Ward*, par. 19. Pour décider si les dommages-intérêts constituent une réparation convenable et juste, le tribunal doit être habilité à examiner et à mettre en balance toutes les considérations pertinentes d'une affaire donnée.

[107] L'arrêt *Ward* fournit un cadre pour l'évaluation de ces considérations concurrentes et le test qu'il énonce quant à l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte* comporte quatre étapes :

- (1) Le demandeur doit démontrer que l'État a violé un droit protégé par la *Charte*;

- | | |
|---|--|
| <p>(2) The applicant must establish that damages would serve at least one of the functions of compensation, vindication or deterrence;</p> <p>(3) If (1) and (2) are established, the onus shifts to the state to show that there are countervailing considerations (such as alternative remedies or good governance concerns) that would make <i>Charter</i> damages inappropriate or unjust;</p> <p>(4) Finally, if the government fails to establish that countervailing considerations make <i>Charter</i> damages inappropriate or unjust, the last step in the <i>Ward</i> analysis is to determine the quantum of damages.</p> | <p>(2) Le demandeur doit établir que l'attribution de dommages-intérêts remplirait au moins l'une des fonctions que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion;</p> <p>(3) Si les première et deuxième étapes sont franchies, il revient à l'État de démontrer l'existence de considérations pouvant faire contrepoids (p. ex., l'existence d'autres recours ou de préoccupations relatives au bon gouvernement) qui feraient en sorte que l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la <i>Charte</i> ne serait pas convenable et juste;</p> <p>(4) Enfin, si le gouvernement échoue à démontrer que les considérations faisant contrepoids feraient en sorte que l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la <i>Charte</i> ne serait pas convenable et juste, la dernière étape de l'analyse prescrite par l'arrêt <i>Ward</i> consiste à fixer le montant des dommages-intérêts.</p> |
|---|--|

[108] Applying these principles to this case, Mr. Henry must plead facts that, if true, establish (1) a breach of his *Charter* rights and (2) that damages constitute an appropriate and just remedy to advance the purposes of compensation, vindication or deterrence. It is for the state to plead facts on the third step of countervailing factors, should it choose to do so.

III. Application of the *Ward* Framework to This Case

A. *Step One: Breach of Charter Rights*

[109] The first step in the *Ward* analysis requires that the claimant establish a breach of his or her *Charter* rights. Mr. Henry makes a number of specific allegations about the failure of the Crown to disclose evidence before, during and after his criminal trial on sexual assault charges. These allegations, if true, amount to blatant violations of his

[108] Si l'on applique ces principes à la présente affaire, M. Henry doit alléguer des faits qui, s'ils s'avèrent, devront établir (1) qu'il y a eu atteinte à ses droits garantis par la *Charte* et (2) que les dommages-intérêts constituent une réparation convenable et juste qui favorise la réalisation d'au moins une des fonctions que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion. Il appartient ensuite à l'État, à la troisième étape, relative aux facteurs faisant contrepoids, d'alléguer des faits, s'il le souhaite.

III. Application à la présente affaire du cadre d'analyse énoncé dans l'arrêt *Ward*

A. *Première étape : Violations des droits garantis par la Charte*

[109] La première étape de l'analyse décrite dans l'arrêt *Ward* exige du demandeur qu'il fasse la preuve d'une atteinte à ses droits garantis par la *Charte*. M. Henry fait plusieurs allégations précises concernant le défaut du ministère public de lui communiquer des éléments de preuve tant avant que pendant et après son procès criminel relatif à des

right to full disclosure, as protected under s. 7 of the *Charter*.

[110] For instance, according to Mr. Henry, the Crown withheld a large number of victim statements despite repeated defence requests for full disclosure of these statements. No victim statements, police reports or forensic reports were disclosed prior to the commencement of trial. Many victim statements remained undisclosed throughout the trial and, according to Mr. Henry, contain material inconsistencies that would have been helpful for his defence. Mr. Henry also alleges that forensic evidence relating to the perpetrator's spermatozoa remained undisclosed throughout the trial, again despite repeated specific requests. On the contrary, the Crown adduced evidence to the effect that no forensic evidence was located at any of the crime scenes that could be used to help identify the perpetrator. Further, police reports relating to another suspect were not disclosed. The sole issue at trial was the identity of the perpetrator and the Crown's case rested on victim identifications.

[111] If proven at trial, these facts would indisputably establish a breach of Mr. Henry's disclosure rights under s. 7 of the *Charter*. The government does not appear to dispute the violation of Mr. Henry's *Charter* rights.

B. *Step Two: A Functional Justification of Damages*

[112] The second step in the *Ward* analysis requires that the claimant establish that an award of *Charter* damages would serve one or more of the objectives of compensation, vindication, and deterrence. Compensation is about remedying personal loss (para. 25). Vindication is about remedying the

accusations d'agression sexuelle. Ces allégations, si elles sont avérées, décrivent des violations flagrantes de son droit à la communication intégrale de la preuve que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*.

[110] Par exemple, selon M. Henry, le ministère public a refusé de lui faire part d'un grand nombre de déclarations des victimes, malgré les demandes répétées de la défense pour qu'elles lui soient intégralement communiquées. Aucune déclaration de victimes ni aucun rapport de police ou d'expertise médico-légale ne lui ont été communiqués avant l'ouverture du procès. De nombreuses déclarations des victimes n'ont pas non plus été communiquées pendant le procès et, selon M. Henry, celles-ci comportaient des contradictions importantes qui auraient pu aider sa défense. M. Henry allègue, en outre, que des éléments de preuve médico-légale concernant le sperme de l'auteur des agressions n'ont pas été communiqués pendant le procès, là encore, malgré des demandes précises à cet effet formulées à maintes reprises. Non seulement cela, mais selon les éléments de preuve présentés par le ministère public, aucune preuve médico-légale permettant d'identifier l'auteur des crimes n'avait été relevée sur les lieux des agressions. Les rapports de police concernant un autre suspect n'ont par ailleurs pas été communiqués. La seule question en litige lors du procès portait sur l'identité de l'auteur des agressions et la preuve du ministère public reposait sur l'identification de l'agresseur faite par les victimes.

[111] Si ces faits sont prouvés lors du procès, ils établiront incontestablement que les droits de M. Henry à la communication de la preuve, garantis par l'art. 7 de la *Charte*, ont été violés. Le gouvernement ne semble pas contester qu'il y a eu violation des droits que M. Henry tire de la *Charte*.

B. *Deuxième étape : Justification fonctionnelle des dommages-intérêts*

[112] Selon la deuxième étape de l'analyse décrite dans l'arrêt *Ward*, le demandeur doit établir que l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* servirait un ou plusieurs des objectifs que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion : l'indemnisation vise à réparer une

harm the infringement causes society (para. 28). Deterrence is forward-looking and serves a preventative function (para. 29).

[113] By any measure, the facts alleged by Mr. Henry are egregious. The Crown allegedly withheld highly relevant and exculpatory evidence, despite repeated and specific defence requests for disclosure. The impact on Mr. Henry's ability to make full answer and defence is obvious. Mr. Henry was convicted on all charges at trial, was declared a dangerous offender, and spent 27 years behind bars. Following his convictions in 1983, Mr. Henry continued to proclaim his innocence and seek review of his case. His pleas were finally heard after the police reopened its investigation into a string of unsolved sexual assaults similar to those for which Mr. Henry was convicted. This investigation resulted in the conviction of a man who had been a suspect in Mr. Henry's case. As a result, a Special Prosecutor was appointed to review Mr. Henry's convictions, leading to the 2008 disclosure of substantial police file materials. In 2010, he was finally acquitted on all counts by the British Columbia Court of Appeal. The court held that no properly instructed jury, acting reasonably, could have rendered a guilty verdict on any of the counts (para. 142).

[114] Mr. Henry was wrongfully convicted and imprisoned by the state for 27 years. On the facts alleged, the fairness of his trial was directly and seriously compromised by the breach of his s. 7 right to full disclosure. In these circumstances, an award of *Charter* damages under s. 24(1) may provide some compensation for the hardships Mr. Henry has endured. Obviously, no amount of money can restore to him the decades he has spent behind bars. However, a monetary award may offer some compensation for

perte personnelle (par. 25); la défense du droit en cause vise à réparer le préjudice que l'atteinte cause à la société (par. 28); la dissuasion est de nature prospective et elle joue un rôle préventif (par. 29).

[113] Quoi qu'il en soit, les faits qu'allègue M. Henry sont graves. Le ministère public aurait refusé de communiquer des éléments de preuve très pertinents et disculpatoires, malgré les demandes de communication précises présentées par la défense à maintes reprises. Ce refus a manifestement eu une incidence sur la possibilité pour M. Henry de présenter une défense pleine et entière. D'ailleurs, il a été reconnu coupable de tous les chefs d'accusation à l'issue du procès, il a été déclaré délinquant dangereux et il a été incarcéré pendant 27 ans. Après ses condamnations en 1983, M. Henry a continué de proclamer son innocence et de chercher à faire réexaminer sa cause. Ses demandes ont finalement été entendues après que la police a procédé à la réouverture de l'enquête portant sur une série d'agressions sexuelles non résolues semblables à celles à l'égard desquelles M. Henry avait été déclaré coupable. Au terme de cette enquête, un homme qui avait été un suspect dans le dossier de M. Henry a été reconnu coupable. Un procureur spécial a en conséquence été désigné pour réexaminer les condamnations de M. Henry et un grand nombre de documents du dossier de la police lui ont ensuite été communiqués en 2008. En 2010, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique l'a enfin acquitté relativement à tous les chefs d'accusation, après avoir conclu qu'aucun jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement n'aurait pu prononcer un verdict de culpabilité à l'égard de l'un ou l'autre des chefs d'accusation (par. 142).

[114] M. Henry a été condamné à tort et l'État l'a injustement emprisonné pendant 27 ans. Selon les faits allégués, la violation de son droit à la communication intégrale de la preuve que lui garantit l'art. 7 a directement et gravement compromis l'équité de son procès. Dans les circonstances, l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte* pourrait permettre à M. Henry d'être indemnisé pour les épreuves qu'il a vécues. À l'évidence, aucune somme d'argent ne peut lui redonner

this long period of wrongful imprisonment and the many lost life opportunities it entails.

[115] An award of *Charter* damages may also help vindicate the *Charter* rights that the Crown is alleged to have breached in Mr. Henry's case. As explained in *Ward*, vindication in this context refers to repairing the damage done to the public through the state's violation of *Charter* rights. There are few scenarios that can shake the public's confidence in the justice system more deeply than those alleged by Mr. Henry. According to the allegations, state action in breach of the *Charter* seriously undermined the fairness of Mr. Henry's trial and the state subsequently imprisoned him for nearly three decades. In these circumstances, an award of *Charter* damages may help to publicly vindicate such a serious violation of *Charter* rights. Such an award would recognize the state's responsibility for the miscarriage of justice that occurred in Mr. Henry's case, and the importance of respecting *Charter* rights in order to guarantee trial fairness.

[116] Finally, in the context of *Charter* damages under s. 24(1), “[d]eterrence seeks to regulate government behaviour, generally, in order to achieve compliance with the Constitution”: *Ward*, at para. 29. An award of *Charter* damages might also serve the objective of “influencing government behaviour in order to secure state compliance with the *Charter* in the future”: *ibid*. Proper disclosure of Crown evidence is obviously a matter under the control of the state and its agents, primarily Crown prosecutors. The objective of deterrence may be served by an award of damages that highlights the need for the state to remain vigilant in meeting its constitutional obligations.

les décennies qu’il a passées derrière les barreaux. Cependant, une réparation pécuniaire pourrait lui permettre d’être indemnisé dans une certaine mesure pour cette longue période d’emprisonnement injustifié et pour toutes les possibilités qu’il a perdues du fait de cette incarcération.

[115] L’attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pourrait également soutenir la défense des droits garantis par la *Charte* que le ministère public aurait violés dans le cas de M. Henry. Comme la Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Ward*, la défense du droit en cause dans ce contexte sert à réparer les préjudices que la violation des droits garantis par la *Charte* a causés au public. Peu de situations ébranlent la confiance du public dans le système de justice autant que celles qu’allègue M. Henry. D’après les allégations, les mesures prises par l’État en contravention à la *Charte* ont gravement compromis l’équité du procès de M. Henry, et l’État l’a ensuite emprisonné pendant presque trois décennies. Dans les circonstances, l’attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pourrait contribuer à condamner publiquement une violation aussi grave des droits garantis par la *Charte*. Une telle attribution permettrait de reconnaître la responsabilité de l’État pour l’erreur judiciaire commise dans le dossier de M. Henry ainsi que l’importance de respecter les droits garantis par la *Charte* pour que se tiennent des procès équitables.

[116] Enfin, dans le contexte de l’attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, « [la dissuasion] cherche à régir la conduite du gouvernement, de manière générale, afin d’assurer le respect de la Constitution » : *Ward*, par. 29. L’attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pourrait également remplir l’objectif d’« influencer sur la conduite du gouvernement de sorte que l’État respecte la *Charte* à l’avenir » : *ibid*. La communication adéquate de la preuve du ministère public est manifestement une question qui relève du contrôle de l’État et de ses représentants, principalement les procureurs de la Couronne. L’objectif de dissuasion peut être réalisé par l’attribution de dommages-intérêts qui souligne la nécessité pour l’État de demeurer vigilant quant au respect de ses obligations constitutionnelles.

[117] Step two of *Ward* establishes a functional approach to determining whether *Charter* damages would constitute, in the language of s. 24(1), an “appropriate and just” remedy for a given *Charter* breach: *Ward*, at paras. 24-31. Moreover, *Ward* holds explicitly that damages may be appropriate and just even where no causal connection is established between a *Charter* breach and harm suffered by the claimant: “. . . the fact that the claimant has not suffered personal loss does not preclude damages where the objectives of vindication or deterrence clearly call for an award” (para. 30).

[118] The objective of compensation, however, requires a causal connection between the *Charter* breach and the loss suffered by the claimant; this objective aims “to compensate the claimant for the loss caused by the *Charter* breach”: *Ward*, at para. 27. As the issue of causation was neither addressed in the decisions below nor argued before us, we prefer to leave any detailed discussion for another day. This said, we are not convinced that the “but for” test proposed by Moldaver J. is appropriate here.

C. *Step Three: Countervailing Considerations — Has the Government Shown That Damages Are Inappropriate or Unjust?*

[119] At step three of the *Ward* analysis, the government has an opportunity to advance any countervailing considerations that would make it inappropriate or unjust to award damages under s. 24(1).

[120] The first countervailing consideration discussed at the third stage of the *Ward* test is whether there are remedies other than s. 24(1) that

[117] La deuxième étape énoncée dans l’arrêt *Ward* prévoit une approche fonctionnelle visant à déterminer si l’attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* constituerait, pour reprendre les termes employés au par. 24(1), une réparation « convenable et juste » pour une violation donnée de la *Charte* : *Ward*, par. 24-31. Par ailleurs, toujours dans cet arrêt, la Cour a expressément conclu que les dommages-intérêts peuvent constituer une réparation convenable et juste même lorsqu’il n’existe aucun lien de causalité entre la violation de la *Charte* et le préjudice subi par le demandeur : « . . . l’absence de préjudice personnel subi par le demandeur n’empêche pas l’attribution de dommages-intérêts si ceux-ci sont par ailleurs manifestement exigés par les objectifs de défense du droit ou de dissuasion » (par. 30).

[118] L’objectif d’indemnisation, lui, requiert l’existence d’un lien de causalité entre la violation de la *Charte* et la perte subie par le demandeur; il vise à « indemniser le demandeur des pertes occasionnées par la violation de la *Charte* » : *Ward*, par. 27. Puisque la question du lien de causalité n’a été ni soulevée dans les décisions des tribunaux d’instances inférieures ni plaidée devant nous, nous préférons laisser toute discussion détaillée à ce sujet en suspens et qu’il en soit traité à une autre occasion. Cela dit, nous ne sommes pas convaincues que le critère du facteur déterminant proposé par le juge Moldaver convient en l’espèce.

C. *Troisième étape : Considérations qui font contrepoids — Le gouvernement a-t-il démontré que l’attribution de dommages-intérêts constituerait une réparation qui ne serait pas convenable et juste?*

[119] À la troisième étape de l’analyse prescrite par l’arrêt *Ward*, le gouvernement a la possibilité de présenter toutes les considérations faisant contrepoids qui pourraient démontrer que l’attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) constituerait une réparation qui ne serait pas convenable et juste.

[120] La première considération faisant contrepoids examinée à la troisième étape établie dans l’arrêt *Ward* consiste à se demander s’il existe des

“adequately meet the need for compensation, vindication and/or deterrence” (para. 34) in the particular case before the court. This is an individualized inquiry, not an abstract one. The question is not whether the law in the abstract provides a remedy for the wrong, but whether it is available in the particular case:

The claimant must establish basic functionality having regard to the objects of constitutional damages. The evidentiary burden then shifts to the state to show that the engaged functions can be fulfilled through other remedies. The claimant need not show that she has exhausted all other recourses. Rather, it is for the state to show that other remedies are available in the particular case that will sufficiently address the breach. [Emphasis added; para. 35.]

[121] The Court in *Ward* went on to state:

... it is conceivable that another *Charter* remedy may, in a particular case, fulfill the function of *Charter* damages. [Emphasis added; para. 35.]

[122] At the current stage of proceedings in this case, it is far from clear that there is an alternative remedy that will fulfill the functional objectives of *Charter* damages. The alleged wrong occurred decades ago. The lead prosecutor is dead. An action for damages under s. 24(1) may ultimately be the only remedy that will function to provide compensation, vindication or deterrence.

[123] The second set of countervailing considerations discussed in *Ward* — and the set relied on by the Attorney General of British Columbia — concerns good governance. *Ward* states:

réparations, autres que celles prévues au par. 24(1), qui « répondent adéquatement aux objectifs d’indemnisation, de défense du droit ou de dissuasion » (par. 34) dans l’affaire particulière dont la cour est saisie. Cette analyse est individualisée et non abstraite. Il ne faut pas chercher à savoir si, théoriquement, le droit prévoit un recours pour le préjudice subi, mais plutôt si ce recours peut offrir une réparation dans l’affaire en cause :

La demanderesse doit établir que les dommages-intérêts jouent un rôle fonctionnel minimal, eu égard aux objectifs des dommages-intérêts en matière constitutionnelle. Le fardeau de la preuve passe ensuite à l’État, qui doit démontrer que d’autres réparations permettraient de servir les fonctions en cause. La demanderesse n’est pas tenue de prouver qu’elle a épuisé tous les autres recours. Au contraire, c’est à l’État de démontrer que d’autres recours possibles dans l’affaire offriraient une réparation suffisante pour remédier à la violation. [Nous soulignons; par. 35.]

[121] La Cour a ensuite indiqué dans l’arrêt *Ward* :

... il se peut qu’une autre réparation accordée en vertu de la *Charte*, dans une affaire donnée, accomplisse la fonction de l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte*. [Nous soulignons; par. 35.]

[122] Au stade où en est l’instance en l’espèce, l’existence d’une autre mesure de réparation qui réaliserait les objectifs fonctionnels de l’attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* est loin d’être certaine. Le préjudice allégué est survenu il y a quelques dizaines d’années. Le procureur principal est décédé. Une action en dommages-intérêts fondée sur le par. 24(1) pourrait être au bout du compte le seul recours qui puisse permettre de réaliser les objectifs d’indemnisation, de défense du droit ou de dissuasion.

[123] Le deuxième ensemble de considérations faisant contrepoids examinées dans l’arrêt *Ward* — et celui sur lequel le procureur général de la Colombie-Britannique s’est fondé — concerne le bon gouvernement. La Cour a affirmé ce qui suit dans l’arrêt *Ward* :

In some situations, however, the state may establish that an award of *Charter* damages would interfere with good governance such that damages should not be awarded unless the state conduct meets a minimum threshold of gravity. [para. 39]

[124] By way of example, the Court in *Ward* opined that a claim for damages under s. 24(1) ought not to be permitted for the state's enforcement of a law until it is declared invalid, unless the state conduct under the law was "clearly wrong, in bad faith or an abuse of power": para. 39, citing *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, at para. 78. This elevated fault threshold is justified because "[t]he rule of law would be undermined if governments were deterred from enforcing the law by the possibility of future damage awards in the event the law was, at some future date, to be declared invalid" (para. 39).

[125] The Attorney General of British Columbia argues that permitting Mr. Henry's s. 24(1) claim to proceed: (1) will inappropriately interfere with prosecutorial discretion; (2) will inappropriately lower the standard for prosecutorial liability; and (3) will divert prosecutors from their day-to-day work by involving them in claims in the courts for prosecutorial misfeasance. The Attorney General says that these countervailing considerations mean that claims such as Mr. Henry's should be completely barred; or alternatively that a high fault threshold should be set.

[126] *Ward* recognizes that there may be a need for limited immunity from s. 24(1) damages for a *Charter* breach that arises from the exercise of discretion. This is "because the law does not wish to chill the exercise of policy-making discretion" (para. 40). In this context, *Ward* mentions malice as a possible threshold for exercise of prosecutorial discretion. Our colleague, Moldaver J., in a

En revanche, dans certaines situations, l'État pourrait démontrer que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* nuirait au bon gouvernement et devrait être limité aux cas où la conduite de l'État atteint un seuil minimal de gravité. [par. 39]

[124] Par exemple, selon la Cour dans l'arrêt *Ward*, il ne devrait pas être permis d'intenter une action en dommages-intérêts fondée sur le par. 24(1) lorsque l'État a appliqué une loi, tant que celle-ci n'est pas frappée d'invalidité, en l'absence de comportement « clairement fautif, de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir » de la part de l'État : par. 39, citant *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, par. 78. Ce seuil élevé de faute serait justifié parce qu'« [i]l serait néfaste pour la primauté du droit que la crainte d'être éventuellement tenus de verser des dommages-intérêts par suite de l'invalidation d'une loi dissuade les gouvernements d'en assurer l'application alors qu'elle est encore valide » (par. 39).

[125] Le procureur général de la Colombie-Britannique soutient que permettre la poursuite de la demande de M. Henry fondée sur le par. 24(1) : (1) toucherait de manière inappropriée à l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites; (2) abaisserait de manière inappropriée la norme applicable à la responsabilité du ministère public; et (3) ferait en sorte que les poursuivants soient détournés de leurs tâches quotidiennes parce qu'ils auraient à répondre à des poursuites en justice pour les fautes qu'aurait commises le ministère public. Selon le procureur général, ces considérations faisant contrepoids signifient qu'il devrait être absolument interdit de présenter des demandes comme celle de M. Henry; ou, subsidiairement, qu'il y a lieu d'établir un seuil élevé de faute.

[126] La Cour reconnaît dans l'arrêt *Ward* qu'une immunité restreinte pourrait devoir être accordée à l'État à l'égard des dommages-intérêts attribués en vertu du par. 24(1) pour une violation de la *Charte* qui découle de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Il en est ainsi « car le droit ne saurait paralyser l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière d'élaboration de politiques » (par. 40). Dans

variation on this, would reduce the threshold for s. 24(1) damages in this case to intentional conduct.

[127] In our view, however, the countervailing concerns raised by the Attorney General of British Columbia are misplaced in this case. Mr. Henry's case does not involve the exercise of prosecutorial discretion in the usual sense of the term or as it was discussed in cases such as *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, and *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339. The discretion at issue in those cases is the discretion to commence and pursue a prosecution. This is a wide discretion long acknowledged by the law. It is as difficult to exercise as it is vital to the effective prosecution of criminal cases. The common law has struck a balance that reflects these complex concerns by allowing claims to be brought against prosecutors for misuse of this discretion, but only if malice can be shown: *Miazga*, at para. 7.

[128] However, none of this applies to the prosecution's disclosure obligation. The legal duty on the Crown to disclose relevant evidence does not involve prosecutorial discretion in the sense discussed in *Nelles* and *Miazga*. This duty is not a discretionary function but a *legal obligation*: *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 333; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66, at paras. 17-18. This obligation is absolute, not discretionary, and it is one that Crown prosecutors take seriously. The only discretion left to the prosecutor is a limited operational discretion relating to timing, relevance in borderline cases, privilege and protection of witness identity. *Stinchcombe* states that matters falling within this limited discretion are

ce contexte, la Cour a indiqué dans l'arrêt *Ward* que l'intention malveillante pourrait constituer le seuil qui convient quand il s'agit de juger de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Notre collègue, le juge Moldaver, présente une variante qui abaisserait le seuil applicable à l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) en l'espèce à une conduite intentionnelle.

[127] Or, nous estimons que les préoccupations soulevées par le procureur général de la Colombie-Britannique pour faire contrepoids sont hors de propos en l'espèce. La cause de M. Henry ne porte pas sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public au sens où on l'entend normalement ou tel qu'il a été examiné dans des affaires comme *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, et *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339. Le pouvoir discrétionnaire en cause dans ces affaires était celui d'engager et de mener une poursuite. Il s'agit d'un large pouvoir discrétionnaire que le droit reconnaît depuis longtemps. L'exercice de ce pouvoir est difficile, mais il est vital pour assurer que les infractions criminelles sont efficacement poursuivies. La common law a trouvé un point d'équilibre qui tient compte de ces préoccupations complexes en permettant que des poursuites soient engagées contre les poursuivants qui exercent mal leur pouvoir discrétionnaire, mais uniquement dans les cas où la malveillance pourrait être établie : *Miazga*, par. 7.

[128] Aucun de ces principes ne s'applique toutefois à l'obligation du ministère public en matière de communication de la preuve pertinente. En effet, cette obligation légale qui incombe au ministère public ne fait pas intervenir le même pouvoir discrétionnaire que celui qu'a examiné la Cour dans les affaires *Nelles* et *Miazga*. En effet, cette obligation n'est pas une fonction discrétionnaire, mais une *obligation en droit* : *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, p. 333; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66, par. 17-18. Il s'agit d'une obligation absolue, et non discrétionnaire, que les procureurs de la Couronne prennent au sérieux. Le seul pouvoir discrétionnaire dont dispose le poursuivant est celui qui, sur le plan opérationnel, s'applique au moment

to be resolved by the trial judge. In other words, prosecutorial discretion with respect to the disclosure of evidence is limited in scope (to operational issues) and duration (the judge, not the prosecutor will make the final decision). It may be helpful to quote the relevant passages from *Stinchcombe*:

The prosecutor must retain a degree of discretion in respect of these matters. The discretion, which will be subject to review, should extend to such matters as excluding what is clearly irrelevant, withholding the identity of persons to protect them from harassment or injury, or to enforce the privilege relating to informers. The discretion would also extend to the timing of disclosure in order to complete an investigation. . . .

The discretion of Crown counsel is . . . reviewable by the trial judge. Counsel for the defence can initiate a review when an issue arises with respect to the exercise of the Crown's discretion. On a review the Crown must justify its refusal to disclose. Inasmuch as disclosure of all relevant information is the general rule, the Crown must bring itself within an exception to that rule. [pp. 335-36 and 340]

[129] Thus any prosecutorial discretion in the process is both limited and judicially controlled. An action for failure to disclose relevant evidence to the defence is different from an action for misuse of prosecutorial discretion in bringing or pursuing a prosecution. It is not an action for abuse of discretion, but an action for breach of a legal duty imposed by the *Charter*. Where this *Charter* duty is breached, it is the state and not the individual prosecutor who faces liability: *Ward*, at para. 22. The

où la preuve sera communiquée, à la pertinence dans les cas limites, au privilège et à la protection de l'identité des témoins. La Cour a affirmé dans l'arrêt *Stinchcombe* qu'il appartient au juge du procès de régler les questions qui relèvent de ce pouvoir discrétionnaire restreint. Autrement dit, le pouvoir discrétionnaire du ministère public en matière de communication de la preuve a une portée (questions d'ordre opérationnel) et une durée (le juge, et non le poursuivant, est celui qui prend la décision définitive) limitées. Il peut être utile de citer les extraits pertinents de l'arrêt *Stinchcombe* :

Il faut que le poursuivant conserve un certain pouvoir discrétionnaire en la matière. Ce pouvoir discrétionnaire, qui est d'ailleurs susceptible de contrôle, devrait s'étendre notamment à l'exclusion des éléments qui ne sont manifestement pas pertinents, à la non-divulgation de l'identité de certaines personnes afin de les protéger contre le harcèlement ou des lésions corporelles, ou à l'application du privilège relatif aux indicateurs. Le pouvoir discrétionnaire s'exercerait en outre pour décider du moment de la divulgation afin que l'enquête puisse être menée à bonne fin. . .

Le pouvoir discrétionnaire du substitut du procureur général peut [. . .] faire l'objet d'un contrôle de la part du juge du procès. L'avocat de la défense a la possibilité d'exiger un tel contrôle dans chaque cas où se pose une question concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Dans le cadre de ce contrôle, le ministère public doit justifier son refus de divulguer les renseignements en question. Comme la règle générale consiste à divulguer tous les renseignements pertinents, il faut alors que le ministère public invoque l'application d'une exception à cette règle. [p. 336 et 340]

[129] En conséquence, tout exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public dans le processus de communication de la preuve est à la fois limité et contrôlé par les tribunaux. Il faut faire une distinction entre l'action pour défaut de communiquer à la défense la preuve pertinente et l'action dans laquelle le demandeur allègue que le ministère public a mal exercé son pouvoir discrétionnaire d'engager et de mener une poursuite : la première ne vise pas l'abus de pouvoir discrétionnaire, mais

focus is accordingly not on the fault of any particular individual, but on the failure to disclose. Where breaches of the duty to disclose occur, *Charter* liability flows from the constitutionally entrenched mechanisms that permit individuals to hold the state to account. This is distinct from tort liability, which imposes conduct-based thresholds to regulate tortious conduct as between individuals. Good governance is strengthened, not undermined, by holding the state to account where it fails to meet its *Charter* obligations. As Kent Roach has noted, “routine arguments that *Charter* damage awards adversely affect good governance discount the fact both deterrence and compliance with the *Charter* ‘is a foundation principle of good governance’”: “A Promising Late Spring for Charter Damages: *Ward v. Vancouver*” (2011), 29 *N.J.C.L.* 135, at p. 150, quoting *Ward*, at para. 38.

[130] Against this background, we return to the arguments of the Attorneys General of British Columbia and Canada that to allow damages for failure to disclose will chill the exercise of prosecutorial discretion, undermine the high threshold of malice for actions against prosecutors, and divert prosecutors from their proper functions by requiring them to participate in s. 24(1) actions. We conclude it would not.

[131] The concerns raised by the Attorneys General are all based on the assumption that disclosure is a matter of prosecutorial discretion as discussed in *Nelles* and *Miazga* — the discretion to commence and pursue a prosecution. But, as just discussed, this assumption is false. Prosecutors do not have discretion as to whether to disclose relevant evidence

plutôt le non-respect d’une obligation légale imposée par la *Charte*. Lorsqu’il y a manquement à cette obligation découlant de la *Charte*, c’est l’État et non le poursuivant à titre individuel qui peut être tenu responsable : *Ward*, par. 22. L’élément à examiner n’est donc pas une faute commise par un quelconque individu, mais le fait de ne pas avoir communiqué la preuve. Lorsqu’il y a manquement à l’obligation de communiquer la preuve, la responsabilité fondée sur la *Charte* découle des mécanismes protégés par la Constitution qui permettent à quiconque de tenir l’État responsable. Cette responsabilité se distingue de la responsabilité délictuelle dont les seuils établis en fonction de la conduite régissent les rapports délictueux entre individus. Tenir l’État responsable de ses manquements aux obligations découlant de la *Charte* renforce le bon gouvernement plutôt que de l’affaiblir. Ainsi que l’a souligné Kent Roach, [TRADUCTION] « les arguments usuels selon lesquels l’attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* nuit au bon gouvernement ne tiennent pas compte du fait que la dissuasion et le respect de la *Charte* “constitue[nt] un principe fondamental de bon gouvernement” » : « A Promising Late Spring for Charter Damages : *Ward v. Vancouver* » (2011), 29 *R.N.D.C.* 135, p. 150, citant *Ward*, par. 38.

[130] Sur cette toile de fond, revenons aux arguments des procureurs généraux de la Colombie-Britannique et du Canada portant que l’attribution de dommages-intérêts pour défaut de communiquer des éléments de preuve aurait pour effet de paralyser l’exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public, de réduire le seuil élevé de la malveillance appliqué aux actions intentées contre les poursuivants et de détourner les poursuivants des fonctions qu’ils doivent exercer vu leur participation aux actions fondées sur le par. 24(1). Nous concluons que ce ne serait pas le cas.

[131] Les préoccupations soulevées par les procureurs généraux reposent toutes sur l’hypothèse que la communication des renseignements relève du pouvoir discrétionnaire du ministère public examiné dans les arrêts *Nelles* et *Miazga* — soit le pouvoir discrétionnaire d’engager et de mener une poursuite. Or, comme nous venons de le voir, cette

— they have a *legal duty* to disclose it. Their only discretion concerns peripheral matters relating to the timing of disclosure, privilege and whether a particular document is relevant — matters which are promptly resolved by trial judges.

[132] Recognizing Mr. Henry’s claim will not chill the exercise of prosecutorial discretion. Nor will it change the high standard of malice for tort actions for misuse of prosecutorial discretion, since those actions are concerned with true exercises of prosecutorial discretion. And there is no reason to suppose that recognizing Mr. Henry’s claim will divert prosecutors from their day-to-day work. Most issues of disclosure are settled at trial. In the rare case, like this one, where they arise after conviction, the prosecutor, if alive, may be called on to testify. The involvement of prosecutors is nonetheless likely to be limited. Since the prosecution is under a *legal duty* to disclose all relevant documents, the focus would be on the existence and relevance of the documents, not on the more complex questions of how discretion should have or could have been exercised.

[133] In summary, we are not persuaded that recognizing the right of Mr. Henry to claim damages for failure to disclose relevant documents will interfere with prosecutorial discretion, imperil the high threshold for suing prosecutors in cases like *Nelles* or *Miazga*, or divert prosecutors from their day-to-day work. The Attorney General of British Columbia’s contention that these concerns constitute a countervailing consideration that should prevent Mr. Henry from bringing his action for *Charter* damages must, in our view, be rejected. There is

hypothèse est erronée. Les poursuivants n’ont pas le pouvoir discrétionnaire de décider s’ils doivent communiquer les éléments de preuve pertinents — ils ont l’*obligation légale* de le faire. Le seul pouvoir discrétionnaire dont ils disposent porte sur les questions accessoires relatives au moment où la preuve est communiquée, au privilège et à la pertinence d’un document donné — questions que règlent rapidement les juges de première instance.

[132] Admettre la demande de M. Henry ne paralysera pas l’exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Cela ne changera pas non plus la norme élevée de malveillance qui s’applique aux actions en responsabilité délictuelle découlant du fait que le ministère public a mal exercé son pouvoir discrétionnaire, vu que ces actions s’intéressent à l’exercice véritable du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Rien ne permet non plus de croire qu’admettre la demande de M. Henry détournera les poursuivants de leurs tâches quotidiennes. La plupart des questions liées à la communication de la preuve sont réglées lors du procès. Dans les rares cas, comme en l’espèce, où elles sont soulevées après la condamnation, le poursuivant, en supposant qu’il soit toujours en vie, pourrait être appelé à témoigner. Il n’en reste pas moins que la participation des poursuivants sera vraisemblablement limitée. Vu l’*obligation légale* de la poursuite de communiquer tous les documents pertinents, les éléments à examiner sont l’existence et la pertinence des documents et non les questions plus complexes de savoir comment le ministère public aurait dû ou aurait pu exercer son pouvoir discrétionnaire.

[133] Bref, nous ne croyons pas que la reconnaissance du droit de M. Henry de réclamer des dommages-intérêts pour défaut de communiquer des éléments de preuve pertinents aura pour effet de toucher au pouvoir discrétionnaire du ministère public, de mettre en péril le seuil élevé requis pour engager des poursuites contre les poursuivants conformément aux arrêts *Nelles* et *Miazga*, ou de détourner les poursuivants de leurs tâches quotidiennes. L’argument du procureur général de la Colombie-Britannique selon lequel ces préoccupations constituent

thus no principled basis for imposing any threshold of fault or intention on Mr. Henry's claim for *Charter* damages, as our colleague Moldaver J. proposes to do.

[134] In our view, this is the right result in law and justice. Mr. Henry has suffered egregiously as a result, he alleges, of the state's breach of its legal obligation under the *Charter* to disclose all relevant documents to him when it should have. If he is denied the right to bring a claim for damages under s. 24(1) of the *Charter*, he may be denied any remedy. The legally desirable goals of compensation for wrong, vindication and deterrence elaborated in *Ward* will be unrealized.

[135] This result also upholds Canada's international obligations. Canada has committed itself internationally to compensating those who have been wrongfully convicted. Canada has ratified the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171 ("ICCPR"), which provides, at art. 14(6):

When a person has by a final decision been convicted of a criminal offence and when subsequently his conviction has been reversed or he has been pardoned on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice, the person who has suffered punishment as a result of such conviction shall be compensated according to law, unless it is proved that the non-disclosure of the unknown fact in time is wholly or partly attributable to him.

[136] Parliament has not passed legislation to implement this obligation domestically. The obligation expressed in the ICCPR is therefore not directly enforceable in Canadian courts. However, our Court has stated many times that the *Charter* should be interpreted consistently with Canada's international obligations. This was reaffirmed most

des considérations faisant contrepoids qui devraient empêcher M. Henry d'intenter son action en dommages-intérêts en vertu de la *Charte* doit, à notre avis, être rejeté. Aucune raison de principe ne permet donc d'imposer un seuil fondé sur la faute ou l'intention à la réclamation en dommages-intérêts présentée par M. Henry en vertu de la *Charte*, comme notre collègue le juge Moldaver propose de le faire.

[134] Nous sommes d'avis que ce résultat est celui qui s'impose en droit et que commande la justice. Le grave préjudice qu'a subi M. Henry découle, à son avis, du fait que l'État ne s'est pas acquitté des obligations légales qui lui incombent en application de la *Charte* de lui communiquer tous les documents pertinents au moment opportun. S'il était privé du droit de présenter une réclamation en dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, il risquerait de n'obtenir aucune réparation et les objectifs souhaitables en droit d'indemnisation, de défense du droit en cause et de dissuasion dont il est question dans l'arrêt *Ward* ne seraient pas réalisés.

[135] Ce résultat respecte également les obligations internationales du Canada qui s'est engagé sur le plan international à indemniser les personnes injustement condamnées. En effet, il a ratifié le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171 (le « PIDCP »), lequel dispose au par. 14(6) que :

Lorsqu'une condamnation pénale définitive est ultérieurement annulée ou lorsque la grâce est accordée parce qu'un fait nouveau ou nouvellement révélé prouve qu'il s'est produit une erreur judiciaire, la personne qui a subi une peine à raison de cette condamnation sera indemnisée, conformément à la loi, à moins qu'il ne soit prouvé que la non-révélation en temps utile du fait inconnu lui est imputable en tout ou partie.

[136] Le législateur n'a édicté aucune loi pour intégrer cette obligation dans notre droit interne. L'obligation exprimée dans le PIDCP n'est donc pas directement susceptible d'exécution devant les tribunaux canadiens. Toutefois, la Cour a affirmé à plusieurs reprises que la *Charte* doit être interprétée d'une manière qui s'accorde avec les obligations

recently in *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 401, at para. 64:

LeBel J. confirmed in *R. v. Hape*, [2007] 2 S.C.R. 292, that in interpreting the *Charter*, the Court “has sought to ensure consistency between its interpretation of the *Charter*, on the one hand, and Canada’s international obligations and the relevant principles of international law, on the other”: para. 55. And this Court reaffirmed in *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, [2013] 3 S.C.R. 157, at para. 23, “the *Charter* should be presumed to provide at least as great a level of protection as is found in the international human rights documents that Canada has ratified”.

[137] Canada has committed itself to providing compensation to those who have been wrongfully convicted, as expressed in art. 14(6) of the *ICCPR*. Mr. Henry alleges that he was wrongfully convicted following a trial that was rendered unfair through violation of his right to disclosure. Section 24(1) authorizes the courts to award damages to compensate Mr. Henry for the harm suffered as a result of this *Charter* breach. It would be inconsistent with the international obligation undertaken by Canada through art. 14(6) of the *ICCPR* to predicate an award of damages under s. 24(1) on Mr. Henry’s ability to establish an intentional violation of his *Charter* rights. To require proof of intention would be to lower *Charter* protection below the level of protection found in an international human rights instrument that Canada has ratified. The commitment embodied in art. 14(6) thus further supports our conclusion that Mr. Henry need not establish fault to justify an award of damages under s. 24(1).

IV. Conclusion

[138] We would allow Mr. Henry’s appeal and grant his application to amend his pleadings to include a claim for *Charter* damages against the Attorney General of British Columbia in accordance

internationales du Canada, un principe qu’elle a réaffirmé tout récemment au par. 64 de l’arrêt *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 401 :

Dans *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, le juge LeBel confirme que, en interprétant la *Charte*, la Cour « a tenté d’assurer la cohérence entre son interprétation de la *Charte*, d’une part, et les obligations internationales du Canada et les principes applicables du droit international, d’autre part » (par. 55). Puis, dans *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2013] 3 R.C.S. 157, par. 23, la Cour confirme « qu’il faut présumer que la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne ».

[137] Le Canada s’est engagé à indemniser les personnes injustement condamnées, comme le prévoit le par. 14(6) du PIDCP. M. Henry allègue qu’il a été injustement condamné au terme d’un procès rendu inéquitable en raison de la violation de son droit à la communication de la preuve. Le paragraphe 24(1) permet aux tribunaux de lui attribuer des dommages-intérêts afin de l’indemniser pour le préjudice qu’il a subi en raison de cette violation de la *Charte*. Faire reposer l’attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) sur la capacité de M. Henry d’établir que ses droits garantis par la *Charte* ont été intentionnellement violés serait contraire à l’obligation internationale contractée par le Canada et exprimée au par. 14(6) du PIDCP. Exiger une telle preuve d’intention réduirait la protection offerte par la *Charte* à un niveau moindre que celui qui figure dans un instrument international de défense des droits de la personne que le Canada a ratifié. L’engagement formulé au par. 14(6) étaye en outre notre conclusion portant que M. Henry n’a pas à prouver l’existence d’une faute pour justifier l’attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1).

IV. Conclusion

[138] Nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi de M. Henry et de faire droit à sa demande d’autorisation visant à modifier ses actes de procédure de manière à y inclure une réclamation en

with these reasons. It is sufficient for Mr. Henry to allege that the Crown breached its constitutional obligation to disclose relevant information and that *Charter* damages would be an appropriate and just remedy, serving one or more of the functions of compensation, vindication and deterrence. Mr. Henry need not allege that the Crown breached its constitutional obligation intentionally, or with malice, in order to access *Charter* damages. His pleadings allege that significant non-disclosure resulted in wrongful convictions and 27 years of incarceration. There can be little doubt that, if these allegations are proven, damages would be “appropriate and just” under s. 24(1) of the *Charter*.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Farris Vaughan Wills & Murphy, Vancouver; Ritchie Sandford, Vancouver; A. Cameron Ward & Company, Vancouver.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia as represented by the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

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

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, Montréal.

dommages-intérêts fondée sur la *Charte* et présentée contre le procureur général de la Colombie-Britannique, conformément aux présents motifs. Il suffira à M. Henry d’alléguer que le ministère public a contrevenu à son obligation constitutionnelle de communiquer les renseignements pertinents, et que l’attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* constituerait une réparation convenable et juste qui remplirait au moins l’une des fonctions que sont l’indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion. M. Henry n’a pas à alléguer que le ministère public a contrevenu intentionnellement, ou avec malveillance, à son obligation constitutionnelle pour réclamer des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*. Selon les allégations de M. Henry, le refus de lui communiquer de nombreux éléments de preuve a donné lieu à des condamnations injustifiées et à 27 années d’incarcération. Si ces allégations sont prouvées, il est presque certain que des dommages-intérêts constitueront une réparation « convenable et juste » suivant le par. 24(1) de la *Charte*.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l’appelant : Farris Vaughan Wills & Murphy, Vancouver; Ritchie Sandford, Vancouver; A. Cameron Ward & Company, Vancouver.

Procureur de l’intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique représentée par le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureur de l’intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Vancouver.

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

Procureur de l’intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

Solicitors for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted: Dewart Gleason, Toronto.

Solicitors for the interveners the David Asper Centre for Constitutional Rights and the British Columbia Civil Liberties Association: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Blake Cassels Graydon, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Stevensons, Toronto; Breese Davies Law, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Crown Counsel: Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Procureurs de l'intervenante Association in Defence of the Wrongly Convicted : Dewart Gleason, Toronto.

Procureurs des intervenants David Asper Centre for Constitutional Rights et l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Blake Cassels Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association : Stevensons, Toronto; Breese Davies Law, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des juristes de l'État : Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto.

**Yukon Francophone School Board,
Education Area #23** *Appellant*

v.

**Attorney General of the
Yukon Territory** *Respondent*

and

**Attorney General of Quebec,
Attorney General of British Columbia,
Attorney General for Saskatchewan,
Attorney General of the Northwest
Territories, Commissioner of
Official Languages of Canada,
Conseil scolaire francophone de la
Colombie-Britannique,
Fédération des parents francophones
de Colombie-Britannique,
Fédération des parents francophones
de l'Alberta, Fédération nationale
des conseils scolaires francophones and
Fédération des communautés francophones
et acadienne du Canada** *Interveners*

**INDEXED AS: YUKON FRANCOPHONE SCHOOL
BOARD, EDUCATION AREA #23 v. YUKON
(ATTORNEY GENERAL)**

2015 SCC 25

File No.: 35823.

2015: January 21; 2015: May 14.

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

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

Courts — Judges — Impartiality — Reasonable apprehension of bias — Allegation that judge's comments and interventions at trial as well as his community involvement before and after appointment as a judge gave rise to reasonable apprehension of bias — Whether judge's conduct and community involvement raised reasonable apprehension of bias.

**Commission scolaire francophone du Yukon,
district scolaire #23** *Appelante*

c.

**Procureure générale du Territoire
du Yukon** *Intimée*

et

**Procureure générale du Québec, procureur
général de la Colombie-Britannique,
procureur général de la Saskatchewan,
procureur général des Territoires
du Nord-Ouest, commissaire aux
langues officielles du Canada,
Conseil scolaire francophone de la
Colombie-Britannique,
Fédération des parents francophones
de Colombie-Britannique,
Fédération des parents francophones
de l'Alberta, Fédération nationale
des conseils scolaires francophones et
Fédération des communautés francophones
et acadienne du Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : COMMISSION SCOLAIRE
FRANCOPHONE DU YUKON, DISTRICT SCOLAIRE #23
c. YUKON (PROCUREURE GÉNÉRALE)**

2015 CSC 25

N° du greffe : 35823.

2015 : 21 janvier; 2015 : 14 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU YUKON

Tribunaux — Juges — Impartialité — Crainte raisonnable de partialité — Allégation que les commentaires et les interventions du juge au procès ainsi que son engagement dans la communauté tant avant qu'après sa nomination à titre de juge suscitaient une crainte raisonnable de partialité — Le comportement du juge et son engagement dans la communauté suscitaient-ils une crainte raisonnable de partialité?

Constitutional law — Charter of Rights — Whether school board can unilaterally decide to admit students who are not covered by s. 23 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

The Yukon Francophone School Board is the first and only school board in the Yukon. It has responsibility for one school, École Émilie-Tremblay, a French-language school founded in 1984. In 2009, the Board sued the Yukon government for what it claimed were deficiencies in the provision of minority language education. The trial judge ruled in the Board's favour on most issues.

The Court of Appeal concluded that there was a reasonable apprehension of bias on the part of the trial judge based on a number of incidents during the trial as well as the trial judge's involvement as a governor of a philanthropic francophone community organization in Alberta. Accordingly, it ordered a new trial except on three issues, only two of which were appealed to this Court: the trial judge's conclusion that, under s. 23 of the *Charter*, the Board had the unilateral right to set admission criteria so as to include students who are not covered by s. 23; and the trial judge's decision that the Yukon is required to communicate with the Board in French.

Held: The appeal from the Court of Appeal's conclusion that there was a reasonable apprehension of bias requiring a new trial is dismissed, but the Board's claims pursuant to the *Languages Act* should be joined with the other issues remitted by the Court of Appeal for determination at a new trial.

The test for a reasonable apprehension of bias is what would a reasonable, informed person think. The objective is to protect public confidence in the legal system by ensuring not only the reality, but the appearance of a fair adjudicative process. Impartiality and the absence of bias have developed as both legal and ethical requirements. Judges are required — and expected — to approach every case with impartiality and an open mind. Because there is a presumption of judicial impartiality, the test for a reasonable apprehension of bias requires a real likelihood or probability of bias. Judicial impartiality and neutrality do not mean that a judge must have no prior conceptions, opinions or sensibilities. Rather, they require that the judge's identity and experiences not close his or her mind to the evidence and issues. The reasonable apprehension of bias test recognizes that while judges must strive for impartiality, they are not required to abandon who they are or what

Droit constitutionnel — Charte des droits — La commission scolaire peut-elle décider unilatéralement d'admettre des élèves qui ne sont pas visés par l'art. 23 de la Charte canadienne des droits et libertés?

La Commission scolaire francophone du Yukon est la première et la seule commission scolaire de ce territoire. Elle ne gère qu'une seule école, l'école Émilie-Tremblay, une école de langue française fondée en 1984. En 2009, la Commission a intenté une poursuite contre le gouvernement du Yukon pour ce qui, selon elle, constituait des failles dans la prestation de l'instruction dans la langue de la minorité. Le juge du procès a tranché en faveur de la Commission sur la plupart des points.

La Cour d'appel a conclu qu'il y avait une crainte raisonnable de partialité de la part du juge du procès en raison de plusieurs incidents survenus durant le procès ainsi que de l'engagement du juge à titre de gouverneur d'un organisme communautaire philanthropique francophone en Alberta. Par conséquent, elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès sauf à l'égard de trois questions, dont seulement deux font l'objet du pourvoi devant notre Cour : la conclusion du juge du procès selon laquelle l'art. 23 de la *Charte* accorde à la Commission le droit unilatéral de fixer les critères d'admission de manière à ce que ceux-ci s'appliquent aux élèves non visés par l'art. 23; la décision du juge du procès que le Yukon est tenu de communiquer avec la Commission en français.

Arrêt : L'appel interjeté à l'encontre de la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle il existe une crainte raisonnable de partialité nécessitant la tenue d'un nouveau procès est rejeté, mais les demandes de la Commission fondées sur la *Loi sur les langues* doivent être jointes aux autres questions renvoyées à la Cour d'appel pour décision à l'issue d'un nouveau procès.

Le critère applicable pour déterminer s'il existe une crainte raisonnable de partialité est de savoir à quelle conclusion en arriverait une personne raisonnable et bien renseignée. L'objectif est de préserver la confiance du public dans le système juridique en assurant non seulement l'existence, mais l'apparence d'un processus décisionnel juste. Les notions d'impartialité et d'absence de préjugé sont devenues des exigences tant juridiques qu'éthiques. Les juges doivent — et sont censés — aborder toute affaire avec impartialité et un esprit ouvert. Puisqu'il y a une présomption d'impartialité judiciaire, le critère servant à déterminer s'il existe une crainte raisonnable de partialité exige une réelle probabilité de partialité. L'impartialité et la neutralité judiciaires ne signifient pas que le juge ne doit avoir aucune conception, opinion ou sensibilité préexistante. Ces notions requièrent plutôt que l'identité et l'expérience du juge ne l'empêchent pas de

they know. A judge's identity and experiences are an important part of who he or she is, and neither neutrality nor impartiality is inherently compromised by them. Judges should be encouraged to experience, learn and understand "life" — their own and those whose lives reflect different realities. The ability to be open-minded is enhanced by such knowledge and understanding. Impartiality thus demands not that a judge discount or disregard his or her life experiences or identity, but that he or she approach each case with an open mind, free from inappropriate and undue assumptions.

In the present case, the threshold for a finding of a reasonable apprehension of bias has been met. In addition to several disparaging and disrespectful remarks made by the trial judge and directed at counsel for the Yukon, several incidents occurred which, when viewed in the circumstances of the entire trial, lead inexorably to this conclusion.

The first was the trial judge's conduct during an incident where counsel for the Yukon attempted to cross-examine a witness based on confidential information contained in student files. After hearing some argument on the confidentiality issue, the trial judge told counsel he would entertain additional arguments on the matter the following day. However, he started the next day's proceedings with a ruling unfavourable to the Yukon and without giving the parties an opportunity to present further argument. While this by itself is unwise, the trial judge's refusal to hear the Yukon's arguments after his ruling, and his reaction to counsel, are more disturbing. He both characterized the Yukon's behaviour as reprehensible and accused counsel for the Yukon of playing games. Viewed in the context of the entire record, the trial judge's conduct was troubling and problematic.

The trial judge's treatment of the Yukon's request to submit affidavit evidence from a witness who had suffered a stroke was also improper. The judge accused counsel for the Yukon of trying to delay the trial, criticized him for waiting half-way through the trial to make the application, suggested that the incident amounted to bad faith on the part of the government, and warned counsel for the Yukon that he could be ordered to pay costs personally if he brought the application. There was no basis for the accusations and criticism levelled at counsel and, viewed in the

faire preuve d'ouverture d'esprit à l'égard de la preuve et des questions en litige. Le critère de la crainte raisonnable de partialité reconnaît que, bien que les juges doivent s'efforcer d'atteindre l'impartialité, ils ne sont pas tenus d'abandonner ce qu'ils savent. L'identité et l'expérience du juge forment une partie importante de qui il est, et ces deux aspects ne compromettent intrinsèquement ni la neutralité ni l'impartialité. Les juges devraient être encouragés à expérimenter, à apprendre et à saisir la « vie » : la leur et celles d'autrui qui témoignent d'autres réalités. La capacité d'être ouvert d'esprit est renforcée par ces connaissances et cette compréhension. L'impartialité exige donc, non pas qu'un juge passe sous silence ou néglige son vécu ou son identité, mais qu'il aborde chaque affaire avec un esprit ouvert, sans supposition inopportune et injustifiée.

En l'espèce, le critère applicable pour conclure à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité a été satisfait. Outre les commentaires désobligeants et irrespectueux que le juge du procès a faits envers l'avocat du Yukon, il s'est produit plusieurs incidents qui, lorsqu'examinés dans les circonstances du procès en entier, mènent inexorablement à cette conclusion.

Tout d'abord, il y a le comportement du juge du procès au cours d'un incident durant lequel l'avocat du Yukon a tenté de contre-interroger un témoin sur la foi des renseignements confidentiels figurant dans les dossiers d'élèves. Après avoir entendu quelques arguments sur la question de la confidentialité, le juge du procès a dit aux avocats qu'il entendrait d'autres arguments sur cette question le lendemain. Il a cependant ouvert l'audience le jour suivant en rendant une décision défavorable au Yukon et sans donner aux parties l'occasion de présenter d'autres arguments. Ce comportement est peu judicieux en soi, mais le refus du juge du procès d'entendre les arguments du Yukon après le prononcé de sa décision et sa réaction envers l'avocat sont plus troublants. Il a non seulement qualifié de répréhensible le comportement du Yukon, mais aussi accusé l'avocat du Yukon de jouer un petit jeu. Au vu de l'ensemble du dossier, le comportement du juge du procès était troublant et posait problème.

Le juge du procès a également réagi de manière inconvenante à la demande du Yukon visant à présenter par voie d'affidavit la déposition d'un témoin qui avait été victime d'un accident vasculaire cérébral. Le juge a accusé l'avocat du Yukon de tenter de retarder le procès, l'a réprimandé pour avoir attendu le milieu du procès avant de présenter la demande, a laissé entendre que l'incident équivalait à de la mauvaise foi de la part du gouvernement et averti l'avocat du Yukon qu'il pourrait être condamné personnellement aux dépens s'il présentait la demande.

context of the rest of the trial, this incident provides further support for a finding of a reasonable apprehension of bias.

Moreover, the trial judge's refusal to allow the Yukon to file a reply on costs is highly problematic in the overall context of the trial. After the release of his reasons on the merits, the trial judge required each party to file their costs submissions on the same day. To the Yukon's surprise, the Board sought not only solicitor-client costs, but also punitive damages and solicitor-client costs retroactive to 2002. The trial judge's refusal to allow the Yukon to file a reply factum is questionable, particularly in light of the fact that the Yukon could not have known the quantum of costs sought by the Board at the time it filed its factum. The judge's refusal is made all the more worrisome by his decision to award a lump-sum payment to the Board, in addition to retroactive costs.

All of these incidents, taken together and viewed in their context, would lead a reasonable and informed person to see the trial judge's conduct as giving rise to a reasonable apprehension of bias.

However, the Court of Appeal erred when it concluded that the trial judge's current service as a governor of the Fondation franco-albertaine substantially contributed to a reasonable apprehension of bias. Membership in an association affiliated with the interests of a particular race, nationality, religion, or language is not, without more, a basis for concluding that a perception of bias can reasonably be said to arise. Canada has devoted a great deal of effort to creating a more diverse bench. That very diversity should not operate as a presumption that a judge's identity closes the judicial mind.

In the present case, it is difficult to see how, based on the evidence, one could conclude that the Fondation franco-albertaine's vision could be said to "clearly align" with certain positions taken by Board in this case or that the trial judge's involvement in the organization foreclosed his ability to approach this case with an open mind. Standing alone, vague statements about the organization's mission and vision do not displace the presumption of impartiality. Although consideration of the trial judge's current role as governor of the Fondation franco-albertaine was a valid part of the contextual bias inquiry in this case, his involvement with an organization whose

Le juge n'avait aucune raison de préférer des accusations et des réprimandes à l'endroit de l'avocat et, lorsqu'on examine cet incident dans le contexte de la suite du procès, il étaye davantage la conclusion qu'il existe une crainte raisonnable de partialité.

De plus, le refus du juge du procès de permettre au Yukon de déposer une réponse concernant les dépens est très problématique dans le contexte global du procès. Après le prononcé de ses motifs sur le fond, le juge du procès a enjoint aux parties de présenter leurs mémoires des dépens le même jour. À la surprise du Yukon, la Commission a sollicité non seulement les dépens avocat-client, mais aussi des dépens punitifs et des dépens avocat-client remontant à 2002. Le refus du juge du procès de permettre au Yukon de présenter un mémoire en réplique est contestable, surtout compte tenu du fait que le Yukon ne pouvait connaître le montant des dépens sollicités par la Commission au moment où il a déposé son mémoire. Le refus du juge est d'autant plus inquiétant qu'il a décidé d'accorder une somme forfaitaire à la Commission, en plus des dépens rétroactifs.

Pris ensemble et situés dans leur contexte, tous ces incidents amèneraient une personne raisonnable et bien renseignée à estimer que le comportement du juge du procès fait naître une crainte raisonnable de partialité.

Cependant, la Cour d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que l'exercice actuel, par le juge du procès, de la fonction de gouverneur de la Fondation franco-albertaine a largement contribué à une crainte raisonnable de partialité. L'appartenance à une association affiliée aux intérêts d'une race, d'une nationalité, d'une religion ou d'une langue en particulier ne peut servir de fondement, sans plus, pour conclure raisonnablement qu'il y a apparence de partialité. Le Canada a déployé beaucoup d'efforts pour se doter d'une magistrature plus diversifiée. Cette même diversité ne devrait pas faire office de présomption que l'identité du juge ferme l'esprit judiciaire.

En l'espèce, il est difficile de voir comment, au vu de la preuve, on pourrait conclure que la vision de la Fondation franco-albertaine pourrait « très bien s'harmoniser » avec certaines positions mises de l'avant par la Commission dans la présente affaire ou que l'engagement du juge du procès au sein de l'organisme l'empêchait d'aborder l'affaire avec un esprit ouvert. À elles seules, les déclarations vagues concernant la mission et la vision de l'organisme ne réfutent pas la présomption d'impartialité. Même si la prise en compte de la fonction de gouverneur de la Fondation franco-albertaine exercée présentement par le juge du procès faisait partie à juste

functions are largely undefined on the evidence cannot be said to give rise to a reasonable apprehension of bias.

The Court of Appeal's conclusion that the Board could not unilaterally decide whom to admit to its school should not be disturbed. There is no doubt that a province or territory can delegate the function of setting admission criteria for children of non-rights holders to a school board. This delegation can include granting a minority language school board wide discretion to admit the children of non-rights holders. In this case, however, the Yukon has not delegated the function of setting admission criteria for the children of non-rights holders to the Board. In the absence of any such delegation, there is no authority for the Board to unilaterally set admission criteria which are different from what is set out in the territorial regulation applicable to French-language instruction.

This, however, does not preclude the Board from claiming that the Yukon has insufficiently ensured compliance with s. 23, and nothing stops the Board from arguing that the Yukon's approach to admissions prevents the realization of s. 23's purpose.

Finally, it is unclear why the Court of Appeal decided that this case was not a suitable vehicle for determination of rights under the Yukon's *Languages Act*. The Board's claims raise significant factual issues that may well lead to a finding that parts of the claims were justified and should be determined at the new trial with the benefit of a full evidentiary record.

Cases Cited

Discussed: *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; **referred to:** *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2003 SCC 45, [2003] 2 S.C.R. 259; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539; *Miglin v. Miglin*, 2003 SCC 24, [2003] 1 S.C.R. 303, rev'g on other grounds (2001), 53 O.R. (3d) 641; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Cojocar v. British Columbia Women's Hospital and Health Centre*, 2013 SCC 30, [2013] 2 S.C.R. 357; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [1999] 3 S.C.R. 851; *Brouillard v. The Queen*, [1985]

titre de l'analyse contextuelle de la partialité en l'espèce, son engagement dans un organisme, dont les attributions sont en grande partie indéfinies d'après la preuve, ne saurait faire naître une crainte raisonnable de partialité.

Il n'y a pas lieu de modifier la conclusion de la Cour d'appel que la Commission n'était pas habilitée à décider unilatéralement qui pouvait être admis à son école. Il ne fait aucun doute qu'une province ou un territoire puisse déléguer à une commission scolaire la fonction de fixer les critères d'admission à l'égard des enfants de non-ayants droit. Par cette délégation, on peut conférer à une commission scolaire de la minorité linguistique un large pouvoir discrétionnaire pour admettre les enfants de non-ayants droit. En l'espèce, toutefois, le Yukon n'a pas délégué à la Commission la fonction de fixer les critères d'admission à l'égard des enfants de non-ayants droit. À défaut d'une telle délégation, la Commission n'a pas le pouvoir de fixer unilatéralement des critères d'admission différents de ceux établis dans le règlement territorial applicable à l'instruction en français.

La Commission n'est pas pour autant empêchée de faire valoir que le Yukon n'a pas assuré suffisamment le respect de l'art. 23 et rien ne l'empêche de soutenir que l'approche adoptée par le Yukon à l'égard des admissions fait obstacle à la réalisation de l'objet de l'art. 23.

Enfin, on ne voit pas pourquoi la Cour d'appel a décidé que la présente affaire ne se prêtait pas à la définition des droits conférés par la *Loi sur les langues* du Yukon. Les demandes de la Commission fondées sur la *Loi sur les langues* soulèvent des questions de fait importantes qui pourraient fort bien mener à la conclusion que des parties des demandes étaient justifiées et que ces demandes devraient être tranchées lors du nouveau procès à la lumière d'un dossier de preuve complet.

Jurisprudence

Arrêt analysé : *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; **arrêts mentionnés :** *Committee for Justice and Liberty c. Office nationale de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2003 CSC 45, [2003] 2 R.C.S. 259; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539; *Miglin c. Miglin*, 2003 CSC 24, [2003] 1 R.C.S. 303, inf. pour d'autres motifs (2001), 53 O.R. (3d) 641; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Cojocar c. British Columbia Women's Hospital and Health Centre*, 2013 CSC 30, [2013] 2 R.C.S. 357; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [1999]

1 S.C.R. 39; *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155; *Take and Save Trading CC v. Standard Bank of SA Ltd.*, 2004 (4) S.A. 1; *South African Commercial Catering and Allied Workers Union v. Irvin & Johnson Ltd. (Seafoods Division Fish Processing)*, 2000 (3) S.A. 705; *Locabail (U.K.) Ltd. v. Bayfield Properties Ltd.*, [2000] Q.B. 451; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Quebec (Education, Recreation and Sports) v. Nguyen*, 2009 SCC 47, [2009] 3 S.C.R. 208; *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66; *Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 14, [2005] 1 S.C.R. 201; *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v. British Columbia*, 2013 SCC 42, [2013] 2 S.C.R. 774.

Statutes and Regulations Cited

Access to Information and Protection of Privacy Act, R.S.Y. 2002, c. 1.
Alberta Act, S.C. 1905, c. 3 (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 20), s. 17.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 23.
Constitution Act, 1867, ss. 93, 93A.
Constitution Act, 1982, s. 59.
Constitution Amendment, 1997 (Quebec), SI/97-141, s. 1.
Constitution Amendment, 1998 (Newfoundland Act), SI/98-25, s. 1(2).
Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, s. 293.
Education Act, R.S.Y. 2002, c. 61.
Education Act, 1995, S.S. 1995, c. E-0.2, s. 144.
French First Language Instruction Regulations, P.E.I. Reg. EC480/98, s. 10.
French Language Instruction Regulation, Y.O.I.C. 1996/99, ss. 2, 9.
Languages Act, R.S.Y. 2002, c. 133, s. 6.
Manitoba Act, 1870, S.C. 1870, c. 3 (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 8), s. 22.
Northwest Territories Act, S.C. 2014, c. 2 [as en. by the *Northwest Territories Devolution Act*, S.C. 2014, c. 2, s. 2], s. 18(1)(o).
Nunavut Act, S.C. 1993, c. 28, s. 23(1)(m).
Public Schools Act, R.S.M. 1987, c. P250, s. 21.15(5).
Saskatchewan Act, S.C. 1905, c. 42 (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 21), s. 17.
School Act, R.S.B.C. 1996, c. 412, s. 166.24.
Yukon Act, S.C. 2002, c. 7, s. 18(1)(o).

3 R.C.S. 851; *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39; *Jones c. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155; *Take and Save Trading CC c. Standard Bank of SA Ltd.*, 2004 (4) S.A. 1; *South African Commercial Catering and Allied Workers Union c. Irvin & Johnson Ltd. (Seafoods Division Fish Processing)*, 2000 (3) S.A. 705; *Locabail (U.K.) Ltd. c. Bayfield Properties Ltd.*, [2000] Q.B. 451; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen*, 2009 CSC 47, [2009] 3 R.C.S. 208; *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66; *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 R.C.S. 201; *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2013 CSC 42, [2013] 2 R.C.S. 774.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 23.
French First Language Instruction Regulations, P.E.I. Reg. EC480/98, art. 10.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 93, 93A.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 59.
Loi de 1870 sur le Manitoba, S.C. 1870, c. 3 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 8), art. 22.
Loi de 1995 sur l'éducation, L.S. 1995, c. E-0.2, art. 144.
Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.Y. 2002, c. 1.
Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, c. 3 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 20), art. 17.
Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, c. E.2, art. 293.
Loi sur l'éducation, L.R.Y. 2002, c. 61.
Loi sur la Saskatchewan, S.C. 1905, c. 42 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 21), art. 17.
Loi sur le Nunavut, L.C. 1993, c. 28, art. 23(1)m).
Loi sur le Yukon, L.C. 2002, c. 7, art. 18(1)o).
Loi sur les écoles publiques, L.R.M. 1987, c. P250, art. 21.15(5).
Loi sur les langues, L.R.Y. 2002, c. 133, art. 6.
Loi sur les Territoires du Nord-Ouest, L.C. 2014, c. 2 [éd. par la *Loi sur le transfert de responsabilités aux Territoires du Nord-Ouest*, L.C. 2014, c. 2, art. 2], art. 18(1)o).
Modification constitutionnelle de 1997 (Québec), TR/97-141, art. 1.
Modification constitutionnelle de 1998 (Loi sur Terre-Neuve), TR/98-25, art. 1(2).
Règlement sur l'instruction en français, Y.D. 1996/99, art. 2, 9.
School Act, R.S.B.C. 1996, c. 412, art. 166.24.

Authors Cited

- Barak, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- Canadian Judicial Council. *Commentaries on Judicial Conduct*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991.
- Canadian Judicial Council. *Ethical Principles for Judges*. Ottawa: The Council, 1998.
- Cardozo, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*. New Haven: Yale University Press, 1921.
- Laskin, Bora. “The Common Law is Alive and Well — And, Well?” (1975), 9 *L. Soc’y Gaz.* 92.
- Minow, Martha. “Stripped Down Like a Runner or Enriched by Experience: Bias and Impartiality of Judges and Jurors” (1992), 33 *Wm. & Mary L. Rev.* 1201.
- Webber, Jeremy. “The Limits to Judges’ Free Speech: A Comment on the Report of the Committee of Investigation into the Conduct of the Hon. Mr Justice Berger” (1984), 29 *McGill L.J.* 369.

APPEAL from a judgment of the Yukon Court of Appeal (Groberman, Bennett and MacKenzie JJ.A.), 2014 YKCA 4, 351 B.C.A.C. 216, 599 W.A.C. 216, [2014] Y.J. No. 6 (QL), 2014 CarswellYukon 10 (WL Can.), setting aside a decision of Ouellette J., 2011 YKSC 57, [2011] Y.J. N° 132 (QL), 2011 CarswellYukon 67 (WL Can.), and ordering a new trial. Appeal largely dismissed.

Roger J. F. Lepage, Francis P. Poulin and André Poulin-Denis, for the appellant.

François Baril, Maxime Faille and Mark Pindera, for the respondent.

Dominique A. Jobin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Karrie Wolfe, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Alan F. Jacobson and Barbara C. Mysko, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Guy Régimbald, for the intervener the Attorney General of the Northwest Territories.

Doctrine et autres documents cités

- Barak, Aharon. *The Judge in a Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006.
- Cardozo, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1921.
- Conseil canadien de la magistrature. *Principes de déontologie judiciaire*, Ottawa, le Conseil, 1998.
- Conseil canadien de la magistrature. *Propos sur la conduite des juges* (trad. par E. Didier), Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1991.
- Laskin, Bora. « The Common Law is Alive and Well — And, Well? » (1975), 9 *L. Soc’y Gaz.* 92.
- Minow, Martha. « Stripped Down Like a Runner or Enriched by Experience : Bias and Impartiality of Judges and Jurors » (1992), 33 *Wm. & Mary L. Rev.* 1201.
- Webber, Jeremy. « The Limits to Judges’ Free Speech : A Comment on the Report of the Committee of Investigation into the Conduct of the Hon. Mr Justice Berger » (1984), 29 *R.D. McGill* 369.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Yukon (les juges Groberman, Bennett et MacKenzie), 2014 YKCA 4, 351 B.C.A.C. 216, 599 W.A.C. 216, [2014] Y.J. n° 110 (QL), 2014 CarswellYukon 11 (WL Can.), qui a annulé une décision du juge Ouellette, 2011 YKSC 57, [2011] Y.J. n° 132 (QL), 2011 CarswellYukon 64 (WL Can.), et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi rejeté en grande partie.

Roger J. F. Lepage, Francis P. Poulin et André Poulin-Denis, pour l’appelante.

François Baril, Maxime Faille et Mark Pindera, pour l’intimée.

Dominique A. Jobin, pour l’intervenante la procureure générale du Québec.

Karrie Wolfe, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Alan F. Jacobson et Barbara C. Mysko, pour l’intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Guy Régimbald, pour l’intervenant le procureur général des Territoires du Nord-Ouest.

Pascale Giguère and Mathew Croitoru, for the interveners the Commissioner of Official Languages of Canada.

Robert W. Grant, Q.C., Maxine Vincelette and David P. Taylor, for the interveners Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique and Fédération des parents francophones de Colombie-Britannique.

Nicolas M. Rouleau and Sylvain Rouleau, for the interveners Fédération des parents francophones de l'Alberta.

Mark C. Power and Justin Dubois, for the interveners Fédération nationale des conseils scolaires francophones and Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — After a trial involving claims by the Yukon Francophone School Board about minority language education rights, the trial judge found that the Yukon government had failed to comply with its obligations under s. 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Based largely on the conduct of the trial judge, the Court of Appeal concluded that there was a reasonable apprehension of bias and ordered a new trial. That conduct is at the centre of this appeal.

Background

[2] The Yukon Francophone School Board was established in 1996 and is the first and only school board in the Yukon. Public schools are generally administered directly by the Yukon government in consultation with school councils. Under the *Education Act*, R.S.Y. 2002, c. 61, school boards have considerably more authority than school councils. The Yukon Francophone School Board has responsibility for one school, École Émilie-Tremblay, a French-language school founded in 1984.

Pascale Giguère et Mathew Croitoru, pour l'intervenant le commissaire aux langues officielles du Canada.

Robert W. Grant, c.r., Maxine Vincelette et David P. Taylor, pour les intervenants le Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique et la Fédération des parents francophones de Colombie-Britannique.

Nicolas M. Rouleau et Sylvain Rouleau, pour l'intervenante la Fédération des parents francophones de l'Alberta.

Mark C. Power et Justin Dubois, pour les intervenantes la Fédération nationale des conseils scolaires francophones et la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — À l'issue d'un procès portant sur des demandes de la Commission scolaire francophone du Yukon concernant les droits à l'instruction dans la langue de la minorité, le juge du procès a conclu que le gouvernement du Yukon n'avait pas respecté les obligations que lui imposait l'art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Compte tenu en grande partie du comportement du juge du procès, la Cour d'appel a conclu qu'il y avait une crainte raisonnable de partialité et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Ce comportement est au cœur du présent pourvoi.

Contexte

[2] La Commission scolaire francophone du Yukon a été créée en 1996. C'est la première et la seule commission scolaire au Yukon. En général, les écoles publiques sont administrées directement par le gouvernement du Yukon en consultation avec les conseils scolaires. Selon la *Loi sur l'éducation*, L.R.Y. 2002, c. 61, les commissions scolaires ont beaucoup plus de pouvoirs que les conseils scolaires. La Commission scolaire francophone du Yukon ne gère qu'une seule école, l'école Émilie-Tremblay, une école de langue française fondée en 1984.

[3] In 2009, the Board sued the Yukon government for what it claimed were deficiencies in the provision of minority language education. The trial took place in two phases. A number of incidents occurred during the trial which set the stage for the bias argument in the Court of Appeal. It is worth noting that, even during the course of the trial, the Yukon was concerned about bias and brought a recusal motion on the ground that certain comments and decisions by the trial judge, as well as his involvement in the francophone community in Alberta both before and during his time as a judge, gave rise to a reasonable apprehension of bias. The trial judge dismissed the motion, finding that many of the acts complained of by the Yukon were procedural in nature and involved decisions of a discretionary nature. He also concluded that his involvement in the francophone community created no reasonable apprehension of bias, observing that counsel for the Yukon did not raise the issue when the case was assigned nor at an earlier point in the proceedings.

[4] The trial judge's decision on the merits touched on a number of issues, only two of which remain relevant in this appeal. He concluded that the Yukon had failed to give the Board adequate management and control of French-language education in accordance with s. 23 of the *Charter* and the *Education Act*, and that the Board had the authority to determine which students would be admitted to the French school, including those not expressly contemplated by s. 23 of the *Charter*. He also ordered the Yukon to communicate with and provide services to the Board in French, in compliance with s. 6 of the *Languages Act*, R.S.Y. 2002, c. 133. The Yukon government appealed.

[5] On appeal, the Court of Appeal noted that an apprehension of bias can arise either from what a judge says or does during a hearing, or from extrinsic evidence showing that the judge is likely to have strong predispositions preventing him or her from impartially considering the issues in the case.

[3] En 2009, la Commission a intenté une poursuite contre le gouvernement du Yukon pour ce qui, selon elle, constituait des failles dans la prestation de l'instruction dans la langue de la minorité. Le procès s'est déroulé en deux volets. Plusieurs incidents survenus durant le procès ont ouvert la voie à l'allégation de partialité faite en Cour d'appel. Il convient de noter que, même durant le procès, le Yukon craignait que le juge du procès ne soit partial et a présenté une requête en récusation au motif que des commentaires et décisions du juge du procès ainsi que son engagement dans la communauté francophone de l'Alberta tant avant que pendant la période où il était juge suscitaient une crainte raisonnable de partialité. Le juge du procès a rejeté la requête, concluant que bon nombre des actes que lui reprochait le Yukon étaient de nature procédurale et touchaient des décisions discrétionnaires. Il a également conclu que son engagement dans la communauté francophone ne créait aucune crainte raisonnable de partialité et a fait remarquer que l'avocat du Yukon n'avait pas soulevé la question au moment où l'affaire lui avait été confiée, ni plus tôt durant l'instance.

[4] La décision du juge du procès sur le fond abordait plusieurs points, dont seulement deux demeurent pertinents en l'espèce. Il a conclu que le Yukon n'avait pas accordé à la Commission le niveau suffisant de gestion et de contrôle à l'égard de l'instruction en français conformément à l'art. 23 de la *Charte* et à la *Loi sur l'éducation*, et que la Commission avait le pouvoir de choisir les élèves qui seraient admis à l'école de langue française, y compris ceux qui ne sont pas expressément visés par l'art. 23 de la *Charte*. Il a également ordonné au Yukon de communiquer avec la Commission en français et de lui fournir des services dans cette langue, conformément à l'art. 6 de la *Loi sur les langues*, L.R.Y. 2002, c. 133. Le gouvernement du Yukon a interjeté appel de cette décision.

[5] En appel, la Cour d'appel a indiqué qu'une crainte de partialité peut découler soit des propos ou des actes d'un juge au cours d'une audience, soit d'une preuve extrinsèque démontrant que le juge, selon toute probabilité, a des prédispositions profondes qui l'empêchent d'examiner avec impartialité

After reviewing the transcript and the trial judge's written rulings, the Court of Appeal concluded that, based on a number of incidents as well as on the trial judge's involvement in the francophone community, the threshold for a finding that there was a reasonable apprehension of bias had been met. It referred to a number of problematic occurrences during the trial.

[6] The first related to an incident involving the confidentiality of student files. At one point during the trial, counsel for the Yukon, using information in student files, attempted to cross-examine a parent who testified that his children had transferred from the French school because it lacked special needs resources. Counsel for the Board objected, arguing in part that the files were confidential.

[7] The trial judge heard general submissions on the issue and expressed concern that the Yukon may have breached its confidentiality obligations by sharing the files with its counsel. He indicated, however, that the issue was very important and that he would entertain additional arguments the following morning. The next morning, rather than invite further submissions, the trial judge instead immediately commenced the proceedings by ruling that, by sharing the files, the Yukon appeared to have violated the *Education Act* and the *Access to Information and Protection of Privacy Act*, R.S.Y. 2002, c. 1. In the trial judge's view, such conduct was [TRANSLATION] "objectionable and reprehensible".

[8] After the ruling, counsel for the Yukon, who had intended to present further argument on the issue, reminded the trial judge that he had indicated the previous day that he would entertain additional submissions. The trial judge, however, refused to hear further argument, instead repeatedly asking counsel whether he had obtained consent to use the files. When counsel reminded the judge that both parties had disclosed many student records during the discovery process, the trial judge accused him of playing games.

les questions dont il est saisi. Après avoir lu la transcription du procès et les décisions écrites du juge du procès, la Cour d'appel a conclu qu'étant donné certains incidents et l'engagement du juge du procès dans la communauté francophone, le critère applicable pour conclure à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité avait été satisfait. Elle a fait état de nombreuses situations problématiques survenues pendant le procès.

[6] La première concernait un incident relatif à la confidentialité des dossiers d'élèves. À un moment donné durant le procès, l'avocat du Yukon, à l'aide de renseignements contenus dans les dossiers d'élèves, a tenté de contre-interroger un parent qui avait témoigné que ses enfants avaient quitté l'école de langue française car celle-ci manquait de ressources pour répondre aux besoins spéciaux. L'avocat de la Commission s'y est opposé, faisant notamment valoir que les dossiers étaient confidentiels.

[7] Le juge du procès a entendu des observations générales sur la question et s'est dit préoccupé par la possibilité que le Yukon ait manqué à ses obligations de confidentialité en communiquant les dossiers à son avocat. Il a toutefois indiqué que la question était très importante et qu'il entendrait d'autres arguments le lendemain matin. Le matin suivant, plutôt que d'inviter les avocats à présenter d'autres observations, le juge du procès a immédiatement ouvert l'audience en décidant que, par sa communication des dossiers, le Yukon avait semble-t-il violé la *Loi sur l'éducation* et la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.Y. 2002, c. 1. Aux dires du juge du procès, ce comportement était « reprochable et répréhensible ».

[8] À la suite de cette décision, l'avocat du Yukon, qui souhaitait présenter d'autres arguments sur la question, a rappelé au juge du procès qu'il avait indiqué la veille qu'il entendrait d'autres observations. Le juge du procès a toutefois refusé d'entendre d'autres arguments, demandant plutôt maintes fois à l'avocat s'il avait obtenu le consentement d'utiliser les dossiers. Lorsque l'avocat a rappelé au juge que les parties avaient toutes deux divulgué de nombreux dossiers d'élèves pendant les interrogatoires préalables, le juge du procès l'a accusé de jouer un petit jeu.

[9] In reviewing the incident, the Court of Appeal found that although there was no obvious explanation for the trial judge's decision to start the proceedings before hearing from counsel with a ruling suggesting that the Yukon had breached its confidentiality obligations by sharing the files, this by itself did not necessarily reflect an animus against the Yukon and its counsel. But his reaction to counsel's subsequent attempt to raise concerns and draw his attention to statutory provisions which had been overlooked, was more troubling. In the Court of Appeal's view, "[i]t [did] not appear that the judge's questions were genuinely directed at obtaining information; rather the impression left by the transcript is that the judge was, in effect, taunting counsel."

[10] Similarly, when another issue involving the confidentiality of student files arose again later in the trial, the Court of Appeal found that the trial judge's criticism that counsel's submissions lacked conviction and sincerity, was not justified. It was also concerned more generally that the trial judge's treatment of counsel "with a lack of respect on many occasions during the trial" contributed to the conclusion that there was a reasonable apprehension of bias.

[11] In another rebuke, the Court of Appeal was of the view that the trial judge's treatment of the Yukon's request to submit affidavit evidence from one of its witnesses was unwarranted. The Yukon anticipated calling Gordon DeBruyn, an employee with the Department of Education, to testify at the trial. Mr. DeBruyn, however, suffered a stroke just before the trial was to begin. The trial judge refused to grant the Yukon an adjournment, deciding instead to divide the trial into two phases, with the issues related to Mr. DeBruyn's anticipated evidence deferred to the second phase.

[12] Shortly after the second phase of the trial began, counsel for the Yukon told the trial judge that he would be seeking to submit the evidence of Mr. DeBruyn by affidavit because he had not yet fully recovered from his stroke. A letter from a speech

[9] En examinant l'incident, la Cour d'appel a conclu que, même si rien n'expliquait clairement pourquoi le juge du procès avait choisi d'ouvrir l'audience avant d'entendre l'avocat en rendant une décision qui porte à croire que le Yukon avait manqué à ses obligations de confidentialité en communiquant les dossiers, ce comportement ne témoignait pas en soi d'animosité envers le Yukon et son avocat. Mais sa réaction à la tentative ultérieure de l'avocat d'exprimer des préoccupations et de porter à son attention certaines dispositions législatives dont il n'avait pas tenu compte était plus troublante. Selon la Cour d'appel, « [i]l semble que les questions ne visaient pas véritablement l'obtention d'information; on dirait plutôt, d'après la transcription, que le juge défiait l'avocat. »

[10] De même, la Cour d'appel a conclu que, quand une autre question concernant la confidentialité des dossiers d'élèves a été soulevée plus tard au cours du procès, le juge du procès n'était pas fondé à reprocher à l'avocat le manque de conviction et de sincérité de ses observations. De façon plus générale, elle était également d'avis que le fait que le juge du procès ait « manqué de respect envers l'avocat du [Yukon] à de nombreuses reprises au cours du procès » a contribué à la conclusion qu'il existait une crainte raisonnable de partialité.

[11] Autre rebuffade, la Cour d'appel a estimé que la façon dont le juge du procès avait traité la demande du Yukon en vue de présenter la déposition d'un de ses témoins par voie d'affidavit était injustifiée. Le Yukon prévoyait appeler Gordon DeBruyn, un fonctionnaire du ministère de l'Éducation, à témoigner au procès. Toutefois, M. DeBruyn a été victime d'un accident vasculaire cérébral (AVC) juste avant l'ouverture du procès. Le juge du procès a refusé d'accorder un ajournement au Yukon et a plutôt décidé de diviser le procès en deux volets et de reporter l'étude des questions liées au témoignage prévu de M. DeBruyn au deuxième volet.

[12] Peu après le début du second volet du procès, l'avocat du Yukon a informé le juge du procès qu'il demanderait l'autorisation de présenter le témoignage de M. DeBruyn par voie d'affidavit parce que ce dernier ne s'était pas complètement remis de

pathologist confirmed that Mr. DeBruyn continued to experience mild residual aphasia and that being confronted with questions during cross-examination could cause stress that would exacerbate his communication difficulties.

[13] Criticizing counsel for not having determined the witness's condition earlier, the trial judge saw no basis for granting the request based on the letter from the speech pathologist. He noted that Mr. DeBruyn had returned to work and was present in the courtroom, and questioned whether he was, in fact, a necessary witness. While he told counsel that he could still bring the application, he also warned him that it could be viewed as an attempt to cause a delay in the proceedings which could result in an order for costs against him personally. Counsel accordingly decided not to make the application and Mr. DeBruyn did not testify. In describing the situation in his subsequent costs ruling, the trial judge found that the incident amounted to bad faith on the Yukon's part.

[14] The Court of Appeal disagreed. It found that there was no basis for concluding that Mr. DeBruyn was not an important witness or, given Mr. DeBruyn's ongoing recovery from his stroke, for criticizing counsel for waiting until the beginning of the second phase before indicating that he would be seeking to submit affidavit evidence. In accusing counsel of engaging in delaying tactics and threatening him with a personal order for costs, the trial judge's conduct was suggestive of bias.

[15] Moreover, the Court of Appeal found the trial judge's refusal to allow the Yukon to file reply costs submissions and his procedure for awarding costs to be "grossly unfair". After the release of his reasons on the merits, the trial judge gave each party 14 days to make costs submissions, to be submitted at the same time. When the Yukon got the Board's submissions, it asked the trial judge if it could file a reply because the Board sought not only solicitor-client costs, but, in addition, [TRANSLATION] "punitive costs" and costs

son AVC. La lettre d'une orthophoniste a confirmé que M. DeBruyn souffrait toujours d'une aphasie résiduelle légère et que se faire poser des questions pendant un contre-interrogatoire pourrait lui causer un stress qui aggraverait ses problèmes de communication.

[13] Réprimandant l'avocat pour ne pas avoir déterminé plus tôt l'état de santé du témoin, le juge du procès n'a vu aucune raison d'accueillir la demande sur le fondement de la lettre de l'orthophoniste. Il a fait remarquer que M. DeBruyn était retourné au travail et se trouvait dans la salle d'audience, et a mis en doute le fait même qu'il soit un témoin essentiel. Bien que le juge du procès ait dit à l'avocat qu'il pouvait tout de même présenter sa demande, il l'a également averti que cette demande pouvait être perçue comme une tentative de prolonger l'instance, ce qui pourrait donner lieu à une condamnation aux dépens contre lui personnellement. L'avocat a donc décidé de ne pas présenter sa demande et M. DeBruyn n'a pas témoigné. En décrivant la situation dans son jugement subséquent sur les dépens, le juge du procès a conclu que cet incident était un exemple de mauvaise foi de la part du Yukon.

[14] La Cour d'appel ne partageait pas cet avis. Selon elle, le juge du procès n'avait aucune raison de conclure que M. DeBruyn n'était pas un témoin important ni, compte tenu du rétablissement en cours de M. DeBruyn à la suite de son AVC, de critiquer l'avocat pour avoir attendu le début du second volet avant de faire savoir qu'il demanderait l'autorisation de présenter le témoignage par voie d'affidavit. En accusant l'avocat de se livrer à des tactiques dilatoires et en le menaçant de le condamner personnellement aux dépens, le juge du procès a agi de manière à laisser croire qu'il était partial.

[15] Par ailleurs, la Cour d'appel a conclu que le refus du juge du procès de permettre au Yukon de déposer une réponse concernant les dépens et la procédure qu'il a adoptée dans l'octroi des dépens étaient « nettement injuste[s] ». Après le prononcé de ses motifs sur le fond, le juge du procès a accordé aux parties 14 jours pour présenter leurs mémoires des dépens, et elles devaient les présenter en même temps. Lorsque le Yukon a reçu le mémoire de la Commission, il a demandé au juge

retroactive to 2002. The trial judge refused the request to make further submissions, instead asking the government provide him with [TRANSLATION] “the details of and schedule for the concessions [the Yukon] will still make to the [Board]”. Based in part on his view that the evidence demonstrated bad faith and numerous breaches of s. 23 of the *Charter*, the trial judge awarded the Board \$969,190 in costs on a solicitor-client basis as well as an additional “lump sum” of \$484,595 (50% of the solicitor-client costs).

[16] The Court of Appeal set aside the costs order. Acknowledging that a reasonable apprehension of bias with respect to the costs proceeding did not necessarily amount to a reasonable apprehension of bias at trial, it was nonetheless of the view that the Yukon should have been given the opportunity to reply because it could not reasonably have anticipated the unusually expansive costs claim advanced by the Board.

[17] As for the Yukon’s bias argument about the trial judge’s involvement in the francophone community in Alberta, the Court of Appeal concluded that the trial judge’s background *before* becoming a judge did not raise a reasonable apprehension of bias:

The fact that the judge in this case had experience in the provision of minority language education was, in fact, a positive attribute. He was able to approach the issues with important insights gained from his experience. [para. 181]

[18] On the other hand, the Court of Appeal found his involvement as a governor of the Fondation franco-albertaine while he was a judge on this case to be inappropriate. The Fondation franco-albertaine promoted a particular vision of the francophone community which, according to the Court of Appeal, would “clearly align it with some of the positions taken by the [Board] in this case”. If the trial judge wanted to

du procès s’il pouvait déposer une réponse parce que la Commission sollicitait non seulement les dépens procureur-client, mais aussi des « dépens punitifs » et des dépens remontant à 2002. Le juge du procès a refusé la demande de présentation d’une réponse, demandant plutôt au gouvernement de lui remettre « les détails et l’échéancier des concessions que [le Yukon] va toujours accorder à la [Commission scolaire] ». Le juge du procès a accordé à la Commission 969 190 \$ en dépens sur la base avocat-client ainsi qu’un « montant forfaitaire » additionnel de 484 595 \$ (50 % des dépens avocat-client), en partie parce qu’il estimait que la preuve démontrait la mauvaise foi du Yukon et l’existence de nombreuses violations de l’art. 23 de la *Charte*.

[16] La Cour d’appel a annulé l’ordonnance relative aux dépens. Reconnaissant qu’une crainte raisonnable de partialité à l’égard des dépens ne constituait pas nécessairement une crainte raisonnable de partialité lors du procès, elle était néanmoins d’avis que le Yukon aurait dû avoir l’occasion de répondre parce qu’il ne pouvait raisonnablement prévoir l’ampleur inhabituelle des dépens réclamés par la Commission.

[17] Quant à l’allégation de partialité présentée par le Yukon au sujet de l’engagement du juge du procès dans la communauté francophone de l’Alberta, la Cour d’appel a conclu que les antécédents du juge du procès *précédant* son accession à la magistrature ne suscitaient aucune crainte raisonnable de partialité :

L’expérience du juge de première instance dans l’instruction dans la langue de la minorité est, en l’espèce, un attribut positif. Il était en mesure d’aborder les questions avec une connaissance qui lui est propre et qui découle de son expérience. [par. 181]

[18] En revanche, la Cour d’appel a conclu que son engagement à titre de gouverneur de la Fondation franco-albertaine alors qu’il était saisi de la présente affaire était inconvenant. La Fondation franco-albertaine défendait une vision précise de la communauté francophone qui, selon la Cour d’appel, pourrait « très bien s’harmoniser avec certaines positions mises de l’avant par la [Commission] en

remain involved in the Fondation franco-albertaine, he had to refrain from sitting on cases such as the one under appeal. While there was nothing in the record suggesting that the Yukon knew or ought to have known about the judge's background, in the Court of Appeal's view, parties are not expected to research a judge's history and are entitled to assume that the judge will disclose anything of relevant concern about his or her background.

[19] Ultimately, the Court of Appeal concluded that the trial judge's conduct during the trial and his association with the Fondation franco-albertaine gave rise to a reasonable apprehension of bias. A new trial was therefore ordered on most issues. The Court of Appeal, however, did not send back all the legal issues, making determinations about two of them which were appealed to this Court. First, it held that the trial judge erred in interpreting s. 23 of the *Charter* to give the Board the unilateral right to set admission criteria so as to include students who are not covered by s. 23. Second, it concluded that the trial judge erred in ordering all of the Yukon's communications with the Board to be in French since, in its view, the s. 6 *Languages Act* claims were not appropriately part of the litigation.

Analysis

[20] The test for a reasonable apprehension of bias is undisputed and was first articulated by this Court as follows:

... what would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude. Would he think that it is more likely than not that [the decision-maker], whether consciously or unconsciously, would not decide fairly. [Citation omitted.]

(*Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394, per de Grandpré J. (dissenting))

l'espèce ». Si le juge du procès désirait poursuivre son engagement au sein de la Fondation franco-albertaine, il devait s'abstenir de siéger dans des affaires comme celle-ci. Rien dans le dossier ne portait à croire que le Yukon connaissait ou aurait dû connaître le parcours du juge mais, selon la Cour d'appel, on n'attend pas des parties qu'elles fassent des recherches sur le passé d'un juge et elles ont le droit de présumer que le juge dévoilera tout élément pertinent de son vécu.

[19] En fin de compte, la Cour d'appel a conclu que le comportement du juge au cours du procès et son association avec la Fondation franco-albertaine suscitaient une crainte raisonnable de partialité. Elle a donc ordonné la tenue d'un nouveau procès relativement à la plupart des questions. La Cour d'appel n'a cependant pas renvoyé toutes les questions de droit et a tranché deux d'entre elles, qui font l'objet du pourvoi devant notre Cour. Premièrement, elle a décidé que le juge du procès avait commis une erreur en affirmant que l'art. 23 de la *Charte* conférait à la Commission le droit unilatéral de fixer les critères d'admission de manière à inclure les élèves qui ne sont pas visés par l'art. 23. Deuxièmement, elle a conclu que le juge du procès avait fait erreur en ordonnant que toutes les communications entre le Yukon et la Commission soient en français puisque, à son avis, les demandes fondées sur l'art. 6 de la *Loi sur les langues* ne faisaient pas partie à juste titre du litige.

Analyse

[20] Le critère applicable pour déterminer s'il existe une crainte raisonnable de partialité n'est pas contesté et il a été formulé pour la première fois par notre Cour en ces termes :

... à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, [le décideur], consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste? [Référence omise.]

(*Committee for Justice and Liberty c. Office nationale de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, p. 394, le juge de Grandpré (dissident))

[21] This test — what would a reasonable, informed person think — has consistently been endorsed and clarified by this Court: e.g., *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2003] 2 S.C.R. 259, at para. 60; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, at para. 199; *Miglin v. Miglin*, [2003] 1 S.C.R. 303, at para. 26; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 46; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at para. 11, per Major J., at para. 31, per L’Heureux-Dubé and McLachlin JJ., at para. 111, per Cory J.; *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267, at para. 45; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 143; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 684.

[22] The objective of the test is to ensure not only the reality, but the *appearance* of a fair adjudicative process. The issue of bias is thus inextricably linked to the need for impartiality. In *Valente*, Le Dain J. connected the dots from an absence of bias to impartiality, concluding “[i]mpartiality refers to a state of mind or attitude of the tribunal in relation to the issues and the parties in a particular case” and “connotes absence of bias, actual or perceived”: p. 685. Impartiality and the absence of the bias have developed as both legal and ethical requirements. Judges are required — and expected — to approach every case with impartiality and an open mind: see *S. (R.D.)*, at para. 49, per L’Heureux-Dubé and McLachlin JJ.

[23] In *Wewaykum*, this Court confirmed the requirement of impartial adjudication for maintaining public confidence in the ability of a judge to be genuinely open:

. . . public confidence in our legal system is rooted in the fundamental belief that those who adjudicate in law must always do so without bias or prejudice and must be perceived to do so.

The essence of impartiality lies in the requirement of the judge to approach the case to be adjudicated with an open mind. [Emphasis added; paras. 57-58.]

[21] Ce critère — à quelle conclusion en arriverait une personne raisonnable et bien renseignée — a été constamment approuvé et précisé par notre Cour : p. ex., *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2003] 2 R.C.S. 259, par. 60; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, par. 199; *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, par. 26; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 46; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 11, le juge Major, par. 31, les juges L’Heureux-Dubé et McLachlin, par. 111, le juge Cory; *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267, par. 45; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 143; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 684.

[22] L’objectif du critère est d’assurer non seulement l’existence, mais l’*apparence* d’un processus décisionnel juste. La question de la partialité est donc inextricablement liée au besoin d’impartialité. Dans l’arrêt *Valente*, le juge Le Dain a fait le lien entre l’absence de préjugé et l’impartialité, concluant que « [l]’impartialité désigne un état d’esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée » et « connote une absence de préjugé, réel ou apparent » : p. 685. Les notions d’impartialité et d’absence de préjugé sont devenues des exigences tant juridiques qu’éthiques. Les juges doivent — et sont censés — aborder toute affaire avec impartialité et un esprit ouvert : voir *S. (R.D.)*, par. 49, les juges L’Heureux-Dubé et McLachlin.

[23] Dans l’arrêt *Wewaykum*, notre Cour a confirmé la nécessité de statuer en toute impartialité pour préserver la confiance du public dans la capacité du juge d’être véritablement ouvert d’esprit :

. . . la confiance du public dans notre système juridique prend sa source dans la conviction fondamentale selon laquelle ceux qui rendent jugement doivent non seulement toujours le faire sans partialité ni préjugé, mais doivent également être perçus comme agissant de la sorte.

L’essence de l’impartialité est l’obligation qu’a le juge d’aborder avec un esprit ouvert l’affaire qu’il doit trancher. [Je souligne; par. 57-58.]

[24] Or, as Jeremy Webber observed, “impartiality is a cardinal virtue in a judge. For adjudication to be accepted, litigants must have confidence that the judge is not influenced by irrelevant considerations to favour one side or the other”: “The Limits to Judges’ Free Speech: A Comment on the Report of the Committee of Investigation into the Conduct of the Hon. Mr Justice Berger” (1984), 29 *McGill L.J.* 369, at p. 389.

[25] Because there is a strong presumption of judicial impartiality that is not easily displaced (*Cojocar v. British Columbia Women’s Hospital and Health Centre*, [2013] 2 S.C.R. 357, at para. 22), the test for a reasonable apprehension of bias requires a “real likelihood or probability of bias” and that a judge’s individual comments during a trial not be seen in isolation: see *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [1999] 3 S.C.R. 851, at para. 2; *S. (R.D.)*, at para. 134, per Cory J.

[26] The inquiry into whether a decision-maker’s conduct creates a reasonable apprehension of bias, as a result, is inherently contextual and fact-specific, and there is a correspondingly high burden of proving the claim on the party alleging bias: see *Wewaykum*, at para. 77; *S. (R.D.)*, at para. 114, per Cory J. As Cory J. observed in *S. (R.D.)*:

... allegations of perceived judicial bias will generally not succeed unless the impugned conduct, taken in context, truly demonstrates a sound basis for perceiving that a particular determination has been made on the basis of prejudice or generalizations. One overriding principle that arises from these cases is that the impugned comments or other conduct must not be looked at in isolation. Rather it must be considered in the context of the circumstances, and in light of the whole proceeding. [Emphasis added; para. 141.]

[27] That said, this Court has recognized that a trial judge’s conduct, and particularly his or her interventions, can rebut the presumption of impartiality. In *Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39, for example, the trial judge had asked a defence

[24] Ou, comme l’a fait observer Jeremy Webber, [TRADUCTION] « l’impartialité est une vertu essentielle chez un juge. Pour que la décision soit acceptée, les parties doivent avoir la certitude que le juge n’est pas incité par des considérations non pertinentes à favoriser une partie plutôt que l’autre » : « The Limits to Judges’ Free Speech : A Comment on the Report of the Committee of Investigation into the Conduct of the Hon. Mr Justice Berger » (1984), 29 *R.D. McGill* 369, p. 389.

[25] Puisqu’il y a une forte présomption d’impartialité judiciaire qui n’est pas facilement réfutable (*Cojocar c. British Columbia Women’s Hospital and Health Centre*, [2013] 2 R.C.S. 357, par. 22), le critère servant à déterminer s’il existe une crainte raisonnable de partialité exige une « réelle probabilité de partialité » et que les commentaires faits par le juge pendant un procès ne soient pas considérés isolément : voir *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [1999] 3 R.C.S. 851, par. 2; *S. (R.D.)*, par. 134, le juge Cory.

[26] Par conséquent, l’analyse de la question de savoir si le comportement du décideur suscite une crainte raisonnable de partialité est intrinsèquement contextuelle et fonction des faits, et le fardeau d’établir la partialité qui incombe à la partie qui en allègue l’existence est donc élevé : voir *Wewaykum*, par. 77; *S. (R.D.)*, par. 114, le juge Cory. Comme le juge Cory l’a fait observer dans l’arrêt *S. (R.D.)* :

... les allégations de crainte de partialité ne seront généralement pas admises à moins que la conduite reprochée, interprétée selon son contexte, ne crée véritablement l’impression qu’une décision a été prise sur la foi d’un préjugé ou de généralisations. Voici le principe primordial qui se dégage de cette jurisprudence : les commentaires ou la conduite reprochés ne doivent pas être examinés isolément, mais bien selon le contexte des circonstances et [eu égard] à l’ensemble de la procédure. [Je souligne; par. 141.]

[27] Cela dit, notre Cour a reconnu que le comportement du juge du procès, et particulièrement ses interventions, peuvent réfuter la présomption d’impartialité. Dans *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39, par exemple, le juge du procès avait posé

witness almost sixty questions and interrupted her more than ten times during her testimony. He also asked the accused more questions than both counsel, interrupted him dozens of times, and subjected him and another witness to repeated sarcasm. Lamer J. noted that a judge's interventions by themselves are not necessarily reflective of bias. On the contrary,

it is clear that judges are no longer required to be as passive as they once were; to be what I call sphinx judges. We now not only accept that a judge may intervene in the adversarial debate, but also believe that it is sometimes essential for him to do so for justice in fact to be done. Thus a judge may and sometimes must ask witnesses questions, interrupt them in their testimony and if necessary call them to order. [p. 44]

[28] On the other hand, Lamer J. endorsed and applied the following cautionary comments of Lord Denning in *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155 (C.A.):

Nevertheless, we are quite clear that the interventions, taken together, were far more than they should have been. In the system of trial which we have evolved in this country, the judge sits to hear and determine the issues raised by the parties, not to conduct an investigation or examination on behalf of society at large . . . [p. 159]

(See also *Take and Save Trading CC v. Standard Bank of SA Ltd.*, 2004 (4) S.A. 1 (S.C.A.), at para. 4.)

[29] Although Lamer J. was not convinced that the trial judge was actually biased, there was enough doubt in his mind to conclude that a new trial was warranted in the circumstances of the case.

[30] In *Miglin*, another case where the allegation of bias arose because of the trial judge's interventions, this Court agreed with the Court of Appeal for Ontario that while many of the trial judge's interventions were unfortunate and reflected impatience with one of the witnesses, the high threshold necessary to

à un témoin de la défense près de soixante questions et l'avait interrompu plus de dix fois pendant son témoignage. Il avait également posé à l'accusé davantage de questions que les deux avocats, l'avait interrompu une douzaine de fois et avait fait preuve maintes fois de sarcasme envers lui et un autre témoin. Le juge Lamer a signalé que les interventions d'un juge en soi ne témoignent pas nécessairement d'une partialité. Au contraire,

il est clair que l'on n'exige plus du juge la passivité d'antan; d'être ce que, moi, j'appelle un juge sphinx. Non seulement acceptons-nous aujourd'hui que le juge intervienne dans le débat adversaire, mais croyons-nous aussi qu'il est parfois essentiel qu'il le fasse pour que justice soit effectivement rendue. Ainsi un juge peut et, parfois, doit poser des questions aux témoins, les interrompre dans leur témoignage, et au besoin les rappeler à l'ordre. [p. 44]

[28] En revanche, le juge Lamer a approuvé et appliqué la mise en garde suivante de lord Denning dans *Jones c. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155 (C.A.) :

[TRADUCTION] Nous sommes néanmoins sûrs que les interventions en cause, prises ensemble, dépassent largement les bornes de ce qui est permis. Selon le mode d'instruction que nous avons dans ce pays, le rôle du juge consiste à entendre et à trancher les questions que soulèvent les parties et non pas à mener une enquête au nom de la société dans son ensemble . . . [p. 159]

(Voir également *Take and Save Trading CC c. Standard Bank of SA Ltd.*, 2004 (4) S.A. 1 (C.S.A.), par. 4.)

[29] Le juge Lamer n'était pas convaincu que le juge du procès était réellement partial, mais il y avait suffisamment de doute dans son esprit pour conclure que la tenue d'un nouveau procès était justifiée dans les circonstances.

[30] Dans *Miglin*, une autre affaire où l'allégation de partialité découlait des interventions du juge du procès, notre Cour a convenu avec la Cour d'appel de l'Ontario que, si bon nombre des interventions du juge du procès étaient regrettables et traduisaient de l'impatience envers un des témoins, le seuil élevé

establish a reasonable apprehension of bias had not been met. The Court of Appeal observed:

The principle [that the grounds for an apprehension of bias must be substantial] was adopted and amplified in *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, . . . to reflect the overriding principle that the judge's words and conduct must demonstrate to a reasonable and informed person that he or she is open to the evidence and arguments presented. The threshold for bias is a high one because the integrity of the administration of justice presumes fairness, impartiality and integrity in the performance of the judicial role, a presumption that can only be rebutted by evidence of an unfair trial. Where, however, the presumption is so rebutted, the integrity of the justice system demands a new trial.

The assessment of judicial bias is a difficult one. It requires a careful and thorough review of the proceedings, since the cumulative effect of the alleged improprieties is more relevant than any single transgression [Citations omitted; (2001), 53 O.R. (3d) 641, at paras. 29-30.]

[31] As for how to assess the impact of a judge's identity, experiences and affiliations on a perception of bias, Cory J.'s comments in *S. (R.D.)* helpfully set the stage:

Regardless of their background, gender, ethnic origin or race, all judges owe a fundamental duty to the community to render impartial decisions and to appear impartial. It follows that judges must strive to ensure that no word or action during the course of the trial or in delivering judgment might leave the reasonable, informed person with the impression that an issue was predetermined or that a question was decided on the basis of stereotypical assumptions or generalizations. [para. 120]

[32] But it is also important to remember the words of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. in *S. (R.D.)*, where they compellingly explained the intersecting relationship between a judge's background and the judicial role:

. . . judges in a bilingual, multiracial and multicultural society will undoubtedly approach the task of judging from their varied perspectives. They will certainly have been

qu'il fallait franchir pour démontrer une crainte raisonnable de partialité n'avait pas été atteint. La Cour d'appel a fait observer ce qui suit :

[TRADUCTION] Le principe [selon lequel les motifs de crainte de partialité doivent être sérieux] a été adopté et élargi dans l'arrêt *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, [. . .] de façon à mettre en évidence le principe dominant que les paroles et la conduite du juge doivent convaincre une personne raisonnable et bien renseignée qu'il est ouvert à la preuve et aux arguments présentés. Le seuil de partialité est élevé puisque l'intégrité de l'administration de la justice suppose l'équité, l'impartialité et l'intégrité dans l'exercice de la fonction judiciaire, une présomption qui ne peut être réfutée que par la preuve d'un procès inéquitable. Toutefois, lorsque la présomption est ainsi réfutée, l'intégrité du système judiciaire exige la tenue d'un nouveau procès.

Il est difficile d'évaluer la partialité judiciaire. Cela nécessite un examen méticuleux et complet de l'instance, puisque l'effet cumulatif des irrégularités alléguées compte davantage qu'une seule transgression . . . [Références omises; (2001), 53 O.R. (3d) 641, par. 29-30.]

[31] En ce qui concerne la façon dont il convient d'évaluer les répercussions de l'identité, de l'expérience et des affiliations du juge sur une apparence de partialité, les commentaires du juge Cory dans l'arrêt *S. (R.D.)* constituent un point de départ utile :

Peu importe leur formation, leur sexe, leur origine ethnique ou raciale, tous les juges ont l'obligation fondamentale envers la collectivité de rendre des décisions impartiales et de paraître impartiaux. Il s'ensuit que les juges doivent s'efforcer de ne prononcer aucune parole et de n'accomplir aucun acte durant le procès ou en rendant jugement qui puisse donner à une personne raisonnable et bien renseignée l'impression qu'une question a été jugée prématurément ou tranchée sur la foi de suppositions ou de généralisations stéréotypées. [par. 120]

[32] Mais il importe également de se rappeler des propos des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin dans *S. (R.D.)*, où elles ont expliqué de manière convaincante l'interrelation entre les antécédents du juge et la fonction judiciaire :

. . . il est indubitable que dans une société bilingue, multiraciale et multiculturelle, chaque juge aborde l'exercice de la justice dans une perspective qui lui est propre.

shaped by, and have gained insight from, their different experiences, and cannot be expected to divorce themselves from these experiences on the occasion of their appointment to the bench. In fact, such a transformation would deny society the benefit of the valuable knowledge gained by the judiciary while they were members of the Bar. As well, it would preclude the achievement of a diversity of backgrounds in the judiciary. The reasonable person does not expect that judges will function as neutral ciphers; however, the reasonable person does demand that judges achieve impartiality in their judging.

It is apparent, and a reasonable person would expect, that triers of fact will be properly influenced in their deliberations by their individual perspectives on the world in which the events in dispute in the courtroom took place. Indeed, judges must rely on their background knowledge in fulfilling their adjudicative function. [paras. 38-39]

[33] Judicial impartiality and neutrality do not mean that a judge must have no prior conceptions, opinions or sensibilities. Rather, they require that the judge's identity and experiences not close his or her mind to the evidence and issues. There is, in other words, a crucial difference between an open mind and empty one. Bora Laskin noted that the strength of the common law lies in part in the fact that

the judges who administer it represent in themselves and in their work a mix of attitudes and a mix of opinions about the world in which they live and about the society in which they carry on their judicial duties. It is salutary that this is so, and eminently desirable that it should continue to be so.

(“The Common Law is Alive and Well — And, Well?” (1975), 9 *L. Soc’y Gaz.* 92, at p. 99)

[34] The reasonable apprehension of bias test recognizes that while judges “must strive for impartiality”, they are not required to abandon who they are or what they know: *S. (R.D.)*, at para. 29, per L’Heureux-Dubé and McLachlin JJ.; see also *S. (R.D.)*, at para. 119, per Cory J. A judge’s identity and experiences are an important part of who he or she is, and neither neutrality nor impartiality is inherently compromised by them. Justice is the aspirational application of law to life. Judges should be encouraged

Il aura certainement été conditionné et formé par ses expériences personnelles, et on ne peut s’attendre à ce qu’il s’en départisse dès qu’il est nommé juge. En fait, pareille transformation priverait la société du bénéfice des précieuses connaissances acquises alors qu’il était encore avocat. De même, elle empêcherait la réunion d’une diversité d’expériences au sein de la magistrature. La personne raisonnable ne s’attend pas à ce que le juge joue le rôle d’un figurant neutre; elle exige cependant qu’il fasse preuve d’impartialité lorsqu’il rend justice.

Il est manifeste, et la personne raisonnable s’y attend, que le juge des faits est à juste titre influencé dans ses délibérations par sa propre conception du monde dans lequel ont eu lieu les faits litigieux. En effet, il doit s’appuyer sur ses acquis antérieurs pour exercer ses fonctions juridictionnelles. [par. 38-39]

[33] L’impartialité et la neutralité judiciaires ne signifient pas que le juge ne doit avoir aucune conception, opinion ou sensibilité préexistante. Ces notions requièrent plutôt que l’identité et l’expérience du juge ne l’empêchent pas de faire preuve d’ouverture d’esprit à l’égard de la preuve et des questions en litige. Autrement dit, il y a une différence capitale entre un esprit ouvert et un esprit vide. Bora Laskin a indiqué que la force de la common law réside en partie dans le fait que

[TRADUCTION] les juges qui l’appliquent incarnent en soi et dans leur travail un mélange d’attitudes et d’opinions concernant le monde dans lequel ils vivent et la société dans laquelle ils exercent leurs fonctions judiciaires. Heureusement qu’il en est ainsi, et il est éminemment souhaitable qu’il en soit toujours ainsi.

(« The Common Law is Alive and Well — And, Well? » (1975), 9 *L. Soc’y Gaz.* 92, p. 99)

[34] Le critère de la crainte raisonnable de partialité reconnaît que, bien que les juges doivent « s’efforcer d’atteindre l’impartialité », ils ne sont pas tenus d’abandonner qui ils sont ou ce qu’ils savent : *S. (R.D.)*, par. 29, les juges L’Heureux-Dubé et McLachlin; voir aussi *S. (R.D.)*, par. 119, le juge Cory. L’identité et l’expérience du juge forment une partie importante de qui il est, et ces deux aspects ne compromettent intrinsèquement ni la neutralité ni l’impartialité. La justice constitue l’application

to experience, learn and understand “life” — their own and those whose lives reflect different realities. As Martha Minow elegantly noted, the ability to be open-minded is enhanced by such knowledge and understanding:

None of us can know anything except by building upon, challenging, responding to what we already have known, what we see from where we stand. But we can insist on seeing what we are used to seeing, or else we can try to see something new and fresh. The latter is the open mind we hope for from those who judge, but not the mind as a sieve without prior reference points and commitments. We want judges and juries to be objective about the facts and the questions of guilt and innocence but committed to building upon what they already know about the world, human beings, and each person’s own implication in the lives of others. Pretending not to know risks leaving unexamined the very assumptions that deserve reconsideration.

(“Stripped Down Like a Runner or Enriched by Experience: Bias and Impartiality of Judges and Jurors” (1992), 33 *Wm. & Mary L. Rev.* 1201, at p. 1217)

[35] This recognition was reinforced by Cameron A.J. of the Constitutional Court of South Africa in *South African Commercial Catering and Allied Workers Union v. Irvin & Johnson Ltd. (Seafoods Division Fish Processing)*, 2000 (3) S.A. 705:

. . . “absolute neutrality” is something of a chimera in the judicial context. This is because Judges are human. They are unavoidably the product of their own life experiences and the perspective thus derived inevitably and distinctively informs each Judge’s performance of his or her judicial duties. But colourless neutrality stands in contrast to judicial impartiality Impartiality is that quality of open-minded readiness to persuasion — without unfitting adherence to either party or to the Judge’s own predilections, preconceptions and personal views — that is the keystone of a civilised system of adjudication. Impartiality requires, in short, “a mind open to persuasion by the evidence and the submissions of counsel”; and, in

ambitieuse de la loi à la vie. Les juges devraient être encouragés à expérimenter, à apprendre et à saisir la « vie » : la leur et celles d’autrui qui témoignent d’autres réalités. Comme l’a élégamment fait remarquer Martha Minow, la capacité d’être ouvert d’esprit est renforcée par ces connaissances et cette compréhension :

[TRADUCTION] Ce n’est qu’en tirant profit de nos connaissances et de nos perspectives, en les remettant en question et en en tenant compte que nous pouvons savoir quoi que ce soit. Nous pouvons insister pour voir ce que l’on est habitué de voir, ou bien nous pouvons essayer de voir quelque chose de nouveau. Cette dernière approche est l’ouverture d’esprit à laquelle on s’attend de la part des personnes qui jugent, sans toutefois que leur esprit s’apparente à un filtre sans point de repère ni engagement antérieurs. Nous voulons que les juges et les jurys soient objectifs vis-à-vis des faits et des questions de culpabilité et d’innocence, mais engagés à tirer profit de ce qu’ils savent déjà à propos du monde, des êtres humains et de la participation de chaque personne dans la vie d’autrui. Faire semblant de ne rien savoir risque de laisser non examinées les présomptions mêmes qui méritent d’être revues.

(« Stripped Down Like a Runner or Enriched by Experience : Bias and Impartiality of Judges and Jurors » (1992), 33 *Wm. & Mary L. Rev.* 1201, p. 1217)

[35] Cette reconnaissance a été renforcée par le juge Cameron, de la Cour constitutionnelle de l’Afrique du Sud, dans l’arrêt *South African Commercial Catering and Allied Workers Union c. Irvin & Johnson Ltd. (Seafoods Division Fish Processing)*, 2000 (3) S.A. 705 :

[TRADUCTION] . . . la « neutralité absolue » est en quelque sorte une chimère dans le contexte judiciaire. Il en est ainsi parce que les juges sont humains. Ils sont inévitablement le produit de leur propre vécu, et la perspective qui en découle façonne inévitablement et distinctivement la façon dont chaque juge exerce ses fonctions judiciaires. Mais la neutralité incolore contraste avec l’impartialité judiciaire [. . .] L’impartialité est cette qualité du juge de faire preuve d’ouverture d’esprit et d’être prêt à se laisser convaincre sans avoir de parti pris pour l’une ou l’autre des parties, ou sans se laisser influencer par ses propres préférences, idées préconçues et opinions personnelles — il s’agit là de la pierre angulaire d’un système décisionnel

contrast to neutrality, this is an absolute requirement in every judicial proceeding. [Citations omitted; para. 13.]

[36] Impartiality thus demands not that a judge discount or disregard his or her life experiences or identity, but that he or she approach each case with an open mind, free from inappropriate and undue assumptions. It requires judges “to recognize, consciously allow for, and perhaps to question, all the baggage of past attitudes and sympathies”: Canadian Judicial Council, *Commentaries on Judicial Conduct* (1991), at p. 12. As Aharon Barak has observed:

The judge must be capable of looking at himself from the outside and of analyzing, criticizing, and controlling himself. . . .

The judge is a product of his times, living in and shaped by a given society in a given era. The purpose of objectivity is not to sever the judge from his environment [or] to rid a judge of his past, his education, his experience, his belief, or his values. Its purpose is to encourage the judge to make use of all of these personal characteristics to reflect the fundamental values of the society as faithfully as possible. A person who is appointed as a judge is neither required nor able to change his skin. The judge must develop sensitivity to the dignity of his office and to the restraints that it imposes. [Footnote omitted.]

(*The Judge in a Democracy* (2006), at pp. 103-4)

[37] But whether dealing with judicial conduct in the course of a proceeding or with “extra-judicial” issues like a judge’s identity, experiences or affiliations, the test remains

whether a reasonable and informed person, with knowledge of all the relevant circumstances, viewing the matter realistically and practically, would conclude that the judge’s conduct gives rise to a reasonable apprehension of bias [T]he assessment is difficult and requires a careful and thorough examination of the proceeding. The record must be considered in its entirety to determine the cumulative

civilisé. En bref, l’impartialité requiert que le juge soit « ouvert d’esprit et prêt à se laisser convaincre par la preuve et les observations des avocats »; et, contrairement à la neutralité, c’est une exigence absolue dans toute instance judiciaire. [Références omises; par. 13.]

[36] L’impartialité exige donc, non pas qu’un juge passe sous silence ou néglige son vécu ou son identité, mais qu’il aborde chaque affaire avec un esprit ouvert, sans supposition inopportune et injustifiée. Elle oblige les juges « [à] admettre, [à] permettre consciemment, et peut-être [à] remettre en question, l’ensemble des attitudes et des sympathies » : Conseil canadien de la magistrature, *Propos sur la conduite des juges* (1991), p. 15. Comme l’a fait observer Aharon Barak :

[TRADUCTION] Le juge doit être en mesure de se regarder de l’extérieur et de s’analyser, de se critiquer et de se maîtriser. . .

Le juge est le produit de son époque, vivant dans une société donnée dans une ère donnée et conditionné par celles-ci. L’objectivité n’a pas pour but de couper le juge de son environnement [ou] de débarrasser un juge de son passé, son éducation, son expérience, ses croyances ou ses valeurs. Son objectif est d’encourager le juge à mettre à profit toutes ces caractéristiques personnelles de façon à refléter les valeurs fondamentales de la société le plus fidèlement possible. Une personne nommée juge n’est ni obligée ni en mesure de changer de peau. Le juge doit développer une sensibilité face à la dignité de ses fonctions et aux contraintes qu’elles imposent. [Note de bas de page omise.]

(*The Judge in a Democracy* (2006), p. 103-104)

[37] Mais peu importe si l’on a affaire à la conduite d’un juge au cours d’une instance ou à des questions « extrajudiciaires » comme l’identité, le vécu ou les affiliations du juge, le critère demeure le même :

. . . il s’agit de savoir si une personne raisonnable et bien renseignée, qui serait au courant de l’ensemble des circonstances pertinentes et qui étudierait la question de façon réaliste et pratique, conclurait que la conduite du juge fait naître une crainte raisonnable de partialité [. . .] [L]a question est difficile à évaluer et nécessite un examen méticuleux et complet de l’instance. Il faut considérer

effect of any transgressions or improprieties. [Citations omitted; *Miglin*, at para. 26.]

[38] Applying this test to the trial judge's conduct throughout the proceedings, I agree with the Court of Appeal that the threshold for a finding of a reasonable apprehension of bias has been met.

[39] As noted, the Court of Appeal identified several incidents which, when viewed in the circumstances of the entire trial, lead inexorably to this conclusion. The first was the trial judge's conduct during the incident relating to the confidentiality of student files. When a parent testified that two of his children had left the school as a result of the school's lack of resources for addressing special needs, counsel for the Yukon attempted to cross-examine the parent based on information in the children's school files. Counsel for the Board objected, primarily on the grounds that the files were confidential, leading the trial judge to express concern that the Yukon may have breached the students' confidentiality rights by sharing the information with its counsel:

[TRANSLATION]

THE COURT: My concern and my more direct point, I'll say it again, is the basic fact that you may have taken improper advantage of having obtained confidential documents without the witness's permission.

[40] Both parties had already made extensive use of information from student files. The trial judge, after hearing some argument after the confidentiality issue was raised, said that he would await further argument the following morning because he thought the issue was a very serious one:

[TRANSLATION]

THE COURT: . . . However, I believe you are -- I'll wait for the, for further argument tomorrow morning about the access your client gave to confidential documents. I think there's a much more fundamental issue involved here, namely whether you should have. And then, since you've

l'ensemble du dossier afin de déterminer l'effet cumulatif des transgressions ou irrégularités. [Références omises; *Miglin*, par. 26.]

[38] Si j'applique ce critère au comportement du juge du procès tout au long de l'instance, je conviens avec la Cour d'appel que le critère applicable pour conclure à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité a été satisfait.

[39] Comme je l'ai indiqué, la Cour d'appel a relevé plusieurs incidents qui, lorsqu'examinés dans les circonstances du procès en entier, mènent inexorablement à cette conclusion. Tout d'abord, il y a le comportement du juge du procès au cours de l'incident lié à la confidentialité des dossiers d'élèves. Quand un parent a mentionné que deux de ses enfants avaient quitté l'école car elle n'avait pas assez de ressources pour répondre aux besoins spéciaux, l'avocat du Yukon a tenté de contre-interroger le parent sur la foi des renseignements contenus dans les dossiers scolaires des enfants. L'avocat de la Commission s'y est opposé, principalement en raison du caractère confidentiel des dossiers, ce qui a amené le juge du procès à exprimer sa crainte que le Yukon ait porté atteinte au droit des élèves à la confidentialité en communiquant les renseignements à son avocat :

LA COUR : Mon inquiétude et mon point plus direct, je vais le redire, c'est l'aspect fondamental que vous avez peut-être abusé de la position d'avoir obtenu des documents confidentiels sans le consentement du témoin.

[40] Les deux parties s'étaient déjà largement servies des renseignements contenus dans les dossiers d'élèves. Ayant entendu quelques arguments après que la question de la confidentialité eut été soulevée, le juge du procès a dit qu'il attendrait que d'autres arguments soient présentés le lendemain matin parce qu'il estimait que la question était très grave :

LA COUR : . . . Mais je crois que vous êtes -- je vais attendre les, d'autres arguments pour demain matin à savoir l'accès que votre client a fait à des documents confidentiels. Je crois qu'il y a une question beaucoup plus fondamentale ici à ce sujet puis à savoir si vous auriez dû?

done it, what are the consequences? If it's something your client did that it shouldn't have done. And so with that, we'll start again tomorrow morning.

[41] The next morning, and before any argument, the trial judge ruled that the Yukon appeared to have violated the *Education Act* and the *Access to Information and Protection of Privacy Act*, characterizing its behaviour as [TRANSLATION] "objectionable and reprehensible". Immediately after the unexpected ruling, counsel for the Yukon asked to make further submissions:

[TRANSLATION]

MR. FAILLE: Before, before the witness is recalled, I'd like to make submissions, Your Honour, if I may.

THE COURT: About what?

MR. FAILLE: About what you just said, Your Honour.

THE COURT: No.

MR. FAILLE: I would've liked to be able to make submissions before you could make the decision you just made, because, with all due respect, we believe that, that there's no legal basis for it and, and I -- I had assumed that this morning we'd be able to make submissions about this. That was what I'd understood from what you said yesterday afternoon.

[42] When counsel for the Yukon tried to draw the trial judge's attention to certain provisions of the *Education Act* and the *Access to Information and Protection of Privacy Act* in support of his position, the trial judge asked counsel if he had obtained consent to use the files and refused to hear additional arguments:

[TRANSLATION]

MR. FAILLE: . . . We've done legal research into this. We're perfectly familiar with the provisions of section 20 of the *Education Act*. We're also familiar with the provisions of the *Access to Information Act*, section 2 of which provides:

Puisque là vous l'avez fait, c'est quoi les conséquences? Si c'est quelque chose que votre client a fait, qu'il n'aurait dû pas faire. Et alors avec ça, on va se remettre à demain matin.

[41] Le lendemain matin, et avant même d'entendre quelque argument que ce soit, le juge du procès a décidé que le Yukon avait semble-t-il violé la *Loi sur l'éducation* et la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, qualifiant son comportement de « reprochable et répréhensible ». Immédiatement après le prononcé de la décision inattendue, l'avocat du Yukon a demandé l'autorisation de présenter d'autres observations :

MAÎTRE FAILLE : Avant que, qu'on rappelle le témoin j'aimerais faire des soumissions, M. le juge. Si vous permettez.

LA COUR : À quel sujet?

MAÎTRE FAILLE : Au sujet de ce que vous venez de dire, M. le juge.

LA COUR : Non.

MAÎTRE FAILLE : J'aurais souhaité pouvoir faire des soumissions avant que vous puissiez rendre la décision que vous venez de rendre parce que avec tout égard, nous estimons que, qu'elle est sans fondement en droit et, et je -- j'avais pris pour acquis que ce matin on serait en mesure de faire des représentations là-dessus. C'est ce que j'avais compris de ce que vous avez dit hier après-midi.

[42] Lorsque l'avocat du Yukon a tenté d'attirer l'attention du juge du procès sur certaines dispositions de la *Loi sur l'éducation* et de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée* à l'appui de sa thèse, le juge du procès a demandé à l'avocat s'il avait obtenu le consentement d'utiliser les dossiers et a refusé d'entendre d'autres arguments :

MAÎTRE FAILLE : . . . Nous avons fait de la recherche juridique sur la question, nous sommes parfaitement familiers avec les dispositions de l'article 20 de la *Loi sur l'éducation*. Nous sommes également familiers avec les dispositions de la *Loi sur l'accès à l'information* qui prévoit à son article 2 :

This act does not limit the information available by law to a party to a proceeding in court or before an adjudicative body.

THE COURT: I have a question.

MR. FAILLE: Yes.

THE COURT: Did you or your client, did you obtain the permission required by section 20, subsection 3, of the *Education Act*?

MR. FAILLE: We're saying, Your Honour, that permission --

THE COURT: Yes or no.

MR. FAILLE: Your Honour, we believe --

THE COURT: The answer is no?

MR. FAILLE: Your Honour, the answer is that permission is implied, that confidentiality is waived. We know very well that the information is confidential and, if I may, Your Honour, I'd like to make submissions on this point.

THE COURT: No. I've made my ruling, and if you don't want to give a direct answer about whether you obtained permission from the parents, from either of them, or from [the older child], as he seems to be 17 years old now, for the children's student records to be used in -- not for the purposes contemplated in the section but for the trial, I don't need to hear any other submissions.

[43] When counsel for the Yukon suggested that the Board may have breached its confidentiality obligations as well, the trial judge acknowledged this possibility and then accused counsel of playing games:

[TRANSLATION]

MR. FAILLE: In that case, Your Honour, if I may, Ms. Taillefer, in the context of this case, gave us 170 student registration forms, which are also -- part of the student record. With the name of the physician of each student registered at École Émilie-Tremblay, the health insurance number, medical information about each student. That is what was given to us by the plaintiff in the context of this

La présente loi ne limite pas les renseignements qui, sous le régime de la loi, sont accessibles aux parties à une instance devant un tribunal ou un organe juridictionnel.

LA COUR : J'ai une question.

MAÎTRE FAILLE : Oui.

LA COUR : Est-ce que votre client ou vous, vous avez obtenu le consentement qui est prévu à l'article 20 paragraphe 3 de la *Loi sur l'éducation*?

MAÎTRE FAILLE : Nous disons, M. le juge, que le consentement --

LA COUR : C'est oui ou non.

MAÎTRE FAILLE : M. le juge, nous estimons --

LA COUR : La réponse est non?

MAÎTRE FAILLE : M. le juge, la réponse c'est que le consentement est implicite. Qui a une renonciation à la confidentialité. Nous savons fort bien que l'information est confidentielle et si vous permettez, M. le juge, j'aimerais faire des soumissions à cet égard.

LA COUR : Non. J'ai rendu mon jugement et puis si vous voulez pas donner une réponse directe à savoir si vous avez obtenu le consentement des parents, un ou de l'autre, ou bien de [l'enfant plus âgé] parce qu'il semble qu'il a 17 ans maintenant pour que les dossiers scolaires des enfants soient employés dans -- pas pour les fins qui est prévu [*sic*] à l'article mais pour le procès. J'ai pas besoin d'entendre d'autres soumissions.

[43] Lorsque l'avocat du Yukon a suggéré que la Commission avait peut-être manqué à ses obligations de confidentialité elle aussi, le juge du procès a reconnu cette possibilité et a ensuite accusé l'avocat de jouer un petit jeu :

MAÎTRE FAILLE : Dans ce cas là, M. le juge, si vous permettez, M^{me} Taillefer dans le contexte de ce litige nous a fourni 170 formulaires d'inscription d'élèves qui forment également -- partie du dossier de l'élève. Avec le nom du médecin de chacun des élèves qui sont inscrits à l'école Émilie-Tremblay, le numéro d'assurance santé, des informations médicales concernant chacun des élèves. C'est ce

case without the parents' written permission. Is the plaintiff also guilty under section 20?

THE COURT: Maybe. Maybe.

MR. FAILLE: I think maybe so, in fact, because there was no reason to do so. We did so because we didn't raise the question of confidentiality. The first person to raise questions of confidentiality about medical information, dealing with [the two children], was the witness. It wasn't us, and we believe we're entitled to defend ourselves against the allegations that have been made against us, and the law on this is clear. That when the question of medical questions is raised, that the opposing party is entitled to, that the, the right to confidentiality is implicitly waived as a result. I would've made submissions on this point, but you say, Your Honour, that you are -- that you don't want to allow it, but before you find the defendant's conduct improper, I would like to file in evidence the 170 student registration forms sent to the defendant by Ms. Taillefer, clearly in violation of section 20 of the Act. Unless it's decided instead that, in the context of this case, there's information that's going, that'll be shared.

THE COURT: It seems to me that a little game is being played here.

MR. FAILLE: It's not a game, Your Honour. It's not a game.

[44] The Court of Appeal criticized the trial judge for telling counsel he would entertain additional arguments on the matter the next day, yet starting the proceedings with his ruling without giving the parties any opportunity to present further argument. While this by itself is unwise, his refusal to hear the Yukon's arguments *after* his ruling, and his reaction to counsel, were more disturbing. Viewed in the context of the entire record, the Court of Appeal properly concluded that the trial judge's conduct was troubling and problematic.

[45] The Court of Appeal also held that the trial judge's conduct was improper in connection with the

qui nous a été fourni dans le contexte de ce litige sans le consentement écrit des parents par la demanderesse. Est-ce que la demanderesse est également coupable en vertu de l'article 20?

LA COUR : Peut-être. Peut-être.

MAÎTRE FAILLE : Moi j'estime que peut-être que oui, effectivement, parce qu'il y avait aucune raison de le faire. Nous l'avons fait parce que nous n'avons pas soulevé la question confidentielle. La première personne à soulever les questions confidentielles sur des renseignements médicaux, sur [les deux enfants], c'était le témoin. C'était pas nous et nous estions (phonétique) être en droit de nous défendre par rapport aux allégations qui sont faites contre nous et le droit est clair là-dessus. Que lorsqu'on soulève la question des questions médicales, que la partie adverse est en droit de, que le, le droit de confidentialité est de ce fait renoncé de façon implicite. J'aurais fait des représentations à cet égard mais vous dites, M. le juge, que vous êtes -- que vous ne voulez pas le permettre mais avant de juger la conduite de la défenderesse répréhensible, j'aimerais déposer en preuve les 170 formulaires d'inscription d'élèves qui ont été envoyés par M^{me} Taillefer à la défenderesse clairement en violation de l'article 20 de la loi. À moins qu'on décide plutôt que dans le contexte en litige, il y a des informations qui vont, qui seront échangées.

LA COUR : Il me semble avoir un petit jeu qui se joue ici.

MAÎTRE FAILLE : C'est pas un jeu, M. le juge. C'est pas un jeu.

[44] La Cour d'appel a reproché au juge du procès d'avoir dit aux avocats qu'il entendrait d'autres arguments sur la question le lendemain, mais en ouvrant l'audience avec sa décision sans donner aux parties l'occasion de présenter d'autres arguments. Ce comportement est peu judicieux en soi, mais son refus d'entendre les arguments du Yukon *après* le prononcé de sa décision et sa réaction envers l'avocat sont plus troublants. Au vu de l'ensemble du dossier, la Cour d'appel a conclu à juste titre que le comportement du juge du procès était troublant et posait problème.

[45] La Cour d'appel a également décidé que le juge du procès avait réagi de manière inconvenante

Yukon's request to submit affidavit evidence from Mr. DeBruyn, the witness who had suffered a stroke. When counsel for the Yukon advised the trial judge early in the second phase of the trial that he intended to bring an application to have the evidence admitted by affidavit but had not yet completed the supporting documentation, the trial judge asked to see the letter circulating among the lawyers from a speech pathologist explaining Mr. DeBruyn's condition. The letter stated in part:

Although Mr. DeBruyn has recovered extremely well, he continues to experience mild residual aphasia. Aphasia is a language difficulty that can affect a person's understanding of spoken and/or written language as well as verbal and/or written expression. Mr. DeBruyn continues to make paraphasic speech errors occasionally; that is, he sometimes uses an unintended word related in meaning or form to the intended word.

Feeling stressed or nervous and being presented with questions verbally in a courtroom situation may exacerbate Mr. DeBruyn's communication difficulties during his cross examination. He may hence make aphasic speaking errors. Therefore, it is recommended that Mr. DeBruyn be given questions in writing instead of being questioned in a courtroom. It would also be helpful, if Mr. DeBruyn could write down his responses and review them several times before being asked to submit his answers. This will allow him to confirm their accuracy and correct any potential language errors.

[46] After reviewing the letter and asking counsel about the process for communicating information to include in the affidavit, the trial judge questioned whether Mr. DeBruyn was even a necessary witness. When counsel for the Yukon explained that Mr. DeBruyn was in charge of education facilities and could testify about how decisions concerning the school's facilities were made, including the Board's role in such decisions, the trial judge continued to express skepticism about the necessity of having Mr. DeBruyn testify:

à la demande du Yukon visant à présenter par voie d'affidavit la déposition de M. DeBruyn, le témoin qui avait été victime d'un AVC. Lorsque l'avocat du Yukon a informé le juge du procès au début du deuxième volet du procès qu'il entendait présenter une demande pour faire admettre le témoignage par affidavit, mais qu'il n'avait pas encore terminé la documentation à l'appui, le juge du procès a demandé à voir la lettre qui circulait parmi les avocats dans laquelle une orthophoniste décrivait l'état de M. DeBruyn. On y lisait notamment ce qui suit :

[TRADUCTION] Malgré son rétablissement remarquable, M. DeBruyn éprouve toujours une aphasie résiduelle légère. L'aphasie est un trouble du langage qui peut entraîner chez une personne des difficultés de compréhension, de lecture ou d'écriture; la personne peut aussi avoir des difficultés à s'exprimer par la parole. M. DeBruyn fait encore des erreurs paraphasiques à l'occasion; c'est-à-dire qu'il lui arrive de substituer à un mot un autre mot de sens ou de forme semblable.

Le fait d'être placé en situation de stress, de nervosité, ou d'être interrogé oralement dans une salle d'audience peut exacerber les difficultés de communication de M. DeBruyn pendant son contre-interrogatoire. Il est ainsi susceptible de commettre des erreurs aphasiques. Par conséquent, il est recommandé que M. DeBruyn reçoive les questions par écrit plutôt que de se faire interroger oralement dans une salle d'audience. Il serait aussi utile que M. DeBruyn puisse répondre par écrit et qu'il revoie ses réponses plusieurs fois avant de les remettre. Il pourrait ainsi s'assurer qu'elles sont exactes et corriger toute erreur éventuelle de langage.

[46] Après avoir examiné la lettre et demandé à l'avocat comment il entendait procéder pour communiquer les renseignements à insérer dans l'affidavit, le juge du procès a mis en doute le fait même que M. DeBruyn soit un témoin essentiel. Lorsque l'avocat du Yukon a expliqué que M. DeBruyn était responsable des établissements d'enseignement et pourrait témoigner sur la façon dont les décisions concernant les installations de l'école étaient prises, y compris le rôle de la Commission dans ces décisions, le juge du procès a continué de se montrer sceptique quant à la nécessité d'appeler M. DeBruyn à témoigner :

[TRANSLATION]

THE COURT: So you're telling me, as an officer of the court, that Mr. DeBruyn is the only person at the Department of Education who has knowledge of this information?

MR. FAILLE: I think I've told you, Your Honour, to the best of my knowledge and as an officer of the court, what the information is, what sharing there is, what the responsibility is for the information. I did say that Mr. DeBruyn was, as far as I know, the primary person involved, that he wasn't the only person involved. So it's a matter of knowing what -- will it be helpful for the Court to receive that information without it being the only information? We also intended to call Mr. Callas anyway to add to Mr. DeBruyn's evidence and also so Mr. Lepage could cross-examine a witness on that question.

[47] The trial judge then noted that in seeking an adjournment at the beginning of the trial, counsel had stated that Mr. DeBruyn was not only an essential witness in the trial itself, he was a necessary advisor to the government during the proceedings. When counsel told the trial judge that Mr. DeBruyn was in the courtroom and advising him, the trial judge expressed surprise that counsel had not informed him of Mr. DeBruyn's presence.

[48] The trial judge then returned to the letter and asked counsel about the other steps he had taken earlier to ascertain Mr. DeBruyn's medical condition and ability to testify:

[TRANSLATION]

THE COURT: . . . So this letter is dated January 17, 2011. It had been known since May, or at least the end of June, that we were coming back here on January 17. What other steps were taken before that date, the first day of the trial, to obtain reports concerning Mr. DeBruyn's ability or inability to testify?

MR. FAILLE: No other steps were taken, Your Honour. We wanted to wait and see what his state of health was. And at that time, if it turned out that he wasn't able to testify, to bring the motion that -- that we've said we might bring.

LA COUR : Alors, vous êtes en train de me dire, comme officier de la cour, qu'il y a seulement M. DeBruyn au ministère de l'Éducation qui a cette information dans leur connaissance?

MAÎTRE FAILLE : Je pense que je vous ai relaté, M. le juge, au meilleur de mes connaissances et en tant qu'officier de la cour quelle est l'information, quel est le partage, la responsabilité de l'information. J'ai bien dit que M. DeBruyn était, à ma connaissance, la personne principalement impliquée qui n'était pas la seule personne impliquée. Donc c'est question de savoir quel -- est-ce qu'il y a utilité que la cour reçoive cette information-là sans que ce soit la seule information? Nous aurions l'intention d'également faire témoigner M. Callas de toute façon pour ajouter à la preuve de M. DeBruyn, et aussi pour permettre à maître Lepage de contre-interroger un témoin sur cette question-là.

[47] Le juge du procès a ensuite fait remarquer qu'au moment de demander un ajournement au début du procès, l'avocat avait mentionné que M. DeBruyn n'était pas seulement un témoin essentiel dans le procès lui-même, il était un conseiller indispensable au gouvernement pendant l'instance. Lorsque l'avocat a informé le juge du procès que M. DeBruyn se trouvait dans la salle d'audience et le conseillait, le juge du procès s'est dit surpris qu'il ne l'ait pas informé de la présence de M. DeBruyn.

[48] Le juge du procès est ensuite revenu à la lettre et a demandé à l'avocat quelles autres mesures il avait prises plus tôt pour établir l'état de santé de M. DeBruyn et sa capacité à témoigner :

LA COUR : . . . Alors, cette lettre ici est datée du 17 janvier 2011. On le savait depuis le mois de mai, ou au moins la fin juin qu'on revenait ici le 17 janvier. Quelles autres étapes ont été faites avant cette date de la première journée du procès pour obtenir des rapports en ce qui concernait le témoignage possible ou non possible de M. DeBruyn?

MAÎTRE FAILLE : Il n'y a pas eu d'autres étapes, M. le juge. On voulait attendre et voir quel était son état de santé. Et à ce moment là, s'il s'avérait qu'il n'était pas en mesure de témoigner, d'apporter la motion que -- que nous avons identifié que nous apporterions peut-être.

THE COURT: You didn't make any preparations to find out which witnesses you'd have to call, knowing that he was the main witness, before January 17, the first day of this trial? To find out whether he could testify?

MR. FAILLE: Well, it's that we were expecting it to be, to be Mr. DeBruyn, if he was able to testify. Or, of course, if he couldn't, that we'd sort it out and that it would be Mr. Chic Callas or a combination of the two.

THE COURT: Knowing that this witness is an essential witness, you didn't even take steps to find out whether he could testify to avoid the problem we have now, and the waste of time we have now, before January 17, the first day of the trial? That's what you're telling me?

MR. FAILLE: No. I took -- we took steps before the trial, but it wasn't until after getting the information we got about his state of health that we then asked, that we said, well, we'll have to get the medical report. If we want Mr. DeBruyn to testify by affidavit, then obviously we need supporting evidence, so we requested it and we took the steps. So during the two weeks before the trial, I'd say.

THE COURT: If you wanted to make a motion to have him testify by affidavit, don't you think it would've been more appropriate to make that application before the trial started?

MR. FAILLE: No, Your Honour, it didn't occur to me. And as you may know, Mr. Lepage and I were very involved in another case until mid-December, and we then returned to Yellowknife and came directly from Yellowknife to Whitehorse. But I --

THE COURT: Are there three of you I see at the table as counsel for the government? I wonder whether Mr. DeBruyn's condition was better in October or September, when it was known that there was a trial date in January, that is, whether he was going to testify?

MR. FAILLE: I don't know, Your Honour, but I would have -- in my mind, it was necessary to wait, in fact, to find out what his state of health was at the time of the trial, not a few months before, since his health -- obviously, his state of health has changed a lot in the past few months.

LA COUR : Vous n'avez pas fait de préparation à savoir quels témoins vous auriez à présenter sachant que c'était le témoin principal avant le 17 janvier, la première journée de ce procès ici? À savoir s'il pourrait témoigner?

MAÎTRE FAILLE : Bien, c'est qu'on anticipait que ça soit, soit M. DeBruyn, s'il était en mesure de témoigner. Ou bien, évidemment, s'il y avait impossibilité, qu'on s'arrangerait et que ça serait M. Chic Callas ou une combinaison des deux.

LA COUR : Sachant que ce témoin est un témoin essentiel, vous avez pas même fait des démarches pour savoir s'il pourrait témoigner pour éviter ce problème qu'on a maintenant, puis le gaspillage de temps qu'on a maintenant, avant le 17 janvier, la première journée du procès? C'est ça que vous me dites?

MAÎTRE FAILLE : Non. J'ai pris des -- on a pris des démarches avant le procès, mais ce n'est qu'après avoir obtenu les informations qu'on a eues sur son état de santé qu'on a ensuite demandé. Qu'on s'est dit, bien il va falloir qu'on obtienne le rapport médical. Si on veut faire témoigner M. DeBruyn par voie d'affidavit, évidemment, ça va prendre une preuve à l'appui, donc on a demandé qu'on obtienne et on a pris les démarches. Donc dans les deux semaines, je dirais, avant le procès.

LA COUR : Si vous vouliez faire une requête qu'il témoigne par affidavit, vous ne jugez pas que ça aurait été plus approprié de faire cette demande-là avant le début du procès?

MAÎTRE FAILLE : Non, M. le juge, ça m'est pas passé à l'esprit. Et comme vous le savez peut-être, moi et maître Lepage étions très impliqués dans un autre dossier jusqu'à la mi-décembre pour ensuite retourner à Yellowknife, et pour venir directement de Yellowknife à Whitehorse. Mais j'ai --

LA COUR : Est-ce que vous êtes trois avocats que je vois à la table pour le gouvernement? Je me demande si la condition de M. DeBruyn était meilleure au mois d'octobre ou au mois de septembre lorsqu'on savait qu'il y avait une date de procès pour le mois de janvier, à savoir s'il allait témoigner?

MAÎTRE FAILLE : Je ne sais pas, M. le juge, mais j'aurais -- dans mon esprit, c'était nécessaire d'attendre, justement, pour savoir quel était son état de santé au moment du procès, et non pas quelques mois auparavant puisque son état -- évidemment, son état de santé a beaucoup changé au cours des derniers mois.

[49] The trial judge asked about Mr. DeBruyn's return to work and then heard submissions from the Board's counsel. He concluded the discussion by noting that the speech pathologist's letter did not suggest that Mr. DeBruyn was incapable of testifying, only that he could experience difficulties in expressing himself on cross-examination. He proceeded to tell counsel for the Yukon that he could still make the application, but warned him that he could be ordered to pay costs personally:

[TRANSLATION]

THE COURT: . . . So I -- if you still want to make your motion, you can. But at some point, my dear colleague, you're going to realize that, if someone tries to delay proceedings with letters saying that a person can testify, then that maybe they'll have problems on cross-examination, that that kind of motion could be seen as obstruction and quite simply to cause delays. And maybe it won't even be -- and sometimes this is dealt with through costs. And sometimes, if it's obviously an act, not necessarily of the client, but of counsel, costs might awarded be against counsel.

[50] Counsel decided not to submit the evidence by affidavit and Mr. DeBruyn did not testify. In his costs ruling, the trial judge, in a part of the judgment entitled "Bad faith — at trial", suggested that the incident amounted to bad faith on the part of the government, stating:

It seemed that Mr. DeBruyn was able to testify. He had been back at work since the fall of 2010 and the Speech-Language Pathologist's letter simply indicated that he "may" have difficulty expressing himself in "cross-examination". However, the Court gave counsel for the [Yukon] the opportunity to bring his application . . . It is interesting to note that the [Yukon] presented Mr. Charles George Callas as a witness in place of Mr. DeBruyn, as suggested by the [Board] in May 2010. Indeed, Mr. Callas and Mr. DeBruyn shared the responsibility for 29 school buildings. The Court finds that Mr. DeBruyn's testimony was neither essential nor unique. In fact, the [Yukon] relied on Mr. Callas' evidence. Putting over part of the trial resulted in a much longer trial and the Court was required

[49] Le juge du procès a posé des questions sur le retour au travail de M. DeBruyn et a ensuite entendu les observations de l'avocat de la Commission. Il a clos la discussion en faisant remarquer que la lettre de l'orthophoniste ne laissait pas entendre que M. DeBruyn était incapable de témoigner; elle tendait seulement à indiquer qu'il risquait d'avoir de la difficulté à s'exprimer en contre-interrogatoire. Il a informé l'avocat du Yukon qu'il pouvait tout de même présenter la demande, mais l'a averti qu'il pourrait être condamné personnellement aux dépens :

LA COUR : . . . Alors je -- si vous voulez toujours faire votre requête, vous pouvez. Mais à un moment donné, cher collègue, vous allez vous rendre compte que si on tente des tentatives de délais avec des lettres qui disent que la personne peut témoigner, puis peut-être qu'ils auront des problèmes en contre-interrogatoire, que ce genre de requête pourrait être perçue comme une obstruction et tout simplement pour causer des délais. Et peut-être que ça sera pas même -- puis ça, des fois, on règle ça avec des questions de dépens. Et des fois, si on voit que c'est l'action, pas nécessairement du client, de l'avocat, ça pourrait être des dépens contre l'avocat.

[50] L'avocat a décidé de ne pas présenter le témoignage par affidavit et M. DeBruyn n'a pas témoigné. Dans la section du jugement sur les dépens intitulée « Mauvaise foi — pendant le procès », le juge du procès a laissé entendre que l'incident équivalait à de la mauvaise foi de la part du gouvernement et a affirmé ce qui suit :

Il semblait que M. DeBruyn avait la capacité de témoigner. Il était de retour au travail depuis l'automne 2010 et la lettre [de l'orthophoniste] indiquait simplement qu'il pourrait (« may ») avoir des difficultés à s'exprimer en contre-interrogatoire (« *cross-examination* »). La Cour a cependant donné l'occasion à l'avocat du [Yukon] de présenter sa requête [. . .] Il est à noter que le [Yukon] a présenté M. Charles George Callas comme témoin à la place de M. DeBruyn, tel que suggéré par la [Commission] au mois de mai 2010. Effectivement, M. Callas et M. DeBruyn partageaient les mêmes responsabilités pour 29 bâtiments scolaires. La Cour juge que le témoignage de M. DeBruyn n'était ni essentiel ni unique. De fait, le [Yukon] s'est fié sur le témoignage de M. Callas. La

to render a decision on an interim injunction application presented at the end of the first part of the trial.

[51] In analyzing this incident, the Court of Appeal, reasonably in my view, concluded that the trial judge's treatment of the matter was inappropriate. There was no basis for accusing counsel of trying to delay the trial, criticizing him for waiting to make the application, or threatening him with an order for costs. When viewed in the context of the rest of the trial, this incident provides further support for a finding of a reasonable apprehension of bias.

[52] Moreover, the Court of Appeal was rightly troubled by the trial judge's disparaging remarks directed at counsel for the Yukon on several other occasions, which it found to be disrespectful. On one occasion, for example, the trial judge, in chastising counsel, accused him of making submissions that [TRANSLATION] "lack[ed] conviction and/or sincerity". The Court of Appeal noted that there were several other occasions during the trial where the trial judge was discourteous towards counsel without apparent reason.

[53] In addition, the trial judge's refusal to allow the Yukon to file a reply on costs is highly problematic in the overall context of the trial. The Court of Appeal concluded that there were sufficient other indicia of a reasonable apprehension of bias in respect of the trial, so it was unnecessary to determine whether the trial judge's conduct with regard to the costs proceedings could also support the finding of bias at trial. But in my view some comment on the costs proceedings in this case is warranted. The trial judge's refusal to allow the Yukon to file a reply factum, particularly in light of the fact that it could not have known the quantum of costs sought by the Board at the time it filed its factum, is questionable, made more so by his decision to award a [TRANSLATION] "lump sum" payment to the Board, in addition to solicitor-client costs going back to 2002.

remise d'une partie du procès a eu comme résultat un procès beaucoup plus long, et la Cour a dû rendre jugement sur la demande d'injonction intérimaire présentée à la fin de la première partie du procès.

[51] En analysant cet incident, la Cour d'appel a conclu, à bon droit selon moi, que le juge du procès avait mal traité la question. Il n'avait aucune raison d'accuser l'avocat de tenter de retarder le procès, de le réprimander pour avoir attendu avant de présenter la demande ou de le menacer d'une condamnation aux dépens. Lorsqu'on l'examine dans le contexte de la suite du procès, cet incident étaye davantage la conclusion qu'il existe une crainte raisonnable de partialité.

[52] En outre, la Cour d'appel s'est dite à juste titre troublée par les commentaires désobligeants que le juge du procès avait faits à plusieurs autres reprises envers l'avocat du Yukon, commentaires qu'elle a qualifiés d'irrespectueux. À une occasion, par exemple, le juge du procès, réprimandant l'avocat, l'a accusé de présenter des observations qui « manquaient de conviction et/ou de sincérité ». La Cour d'appel a signalé qu'il y avait eu plusieurs autres occasions durant le procès où le juge s'était montré peu courtois envers l'avocat sans raison apparente.

[53] De plus, le refus du juge du procès de permettre au Yukon de déposer une réponse concernant les dépens est très problématique dans le contexte global du procès. La Cour d'appel a conclu que, comme il y avait suffisamment d'autres indices d'une crainte raisonnable de partialité relativement au procès, il était inutile de déterminer si le comportement du juge du procès à l'égard des dépens permettait également de conclure à la partialité durant le procès. Mais à mon sens, certains commentaires sur l'octroi des dépens en l'espèce sont de mise. Le refus du juge du procès de permettre au Yukon de présenter un mémoire en réplique est contestable, surtout compte tenu du fait que ce dernier ne pouvait connaître le montant des dépens sollicités par la Commission au moment où il a déposé son mémoire, d'autant plus que le juge a accordé un « montant forfaitaire » à la Commission, en plus de dépens avocat-client remontant à 2002.

[54] Appellate courts are rightfully reluctant to intervene on the grounds that a trial judge's conduct crossed the line from permissibly managing the trial to improperly interfering with the case. Reprimands of counsel, for example, may well be appropriate to ensure that proceedings occur in an orderly and efficient manner and that the court's process is not abused. But as the Canadian Judicial Council's *Ethical Principles for Judges* (1998) suggests:

Unjustified reprimands of counsel, insulting and improper remarks about litigants and witnesses, statements evidencing prejudgment and intemperate and impatient behaviour may destroy the appearance of impartiality. . . . A fine balance is to be drawn by judges who are expected both to conduct the process effectively and avoid creating in the mind of a reasonable, fair minded and informed person any impression of a lack of impartiality. [Emphasis added; p. 32.]

[55] While the threshold for a reasonable apprehension of bias is high, in my respectful view, the "fine balance" was inappropriately tipped in this case. The trial judge's actions in relation to the confidentiality of student files, the request to have Mr. DeBruyn testify by affidavit, the disparaging remarks, and the unusual costs award and procedure, taken together and viewed in their context, would lead a reasonable and informed person to see the trial judge's conduct as giving rise to a reasonable apprehension of bias.

[56] That said, I respectfully part company with the Court of Appeal when it concluded that the trial judge's current service as a governor of the Fondation franco-albertaine substantially contributed to a reasonable apprehension of bias. The trial judge had been appointed to the Alberta Court of Queen's Bench in 2002 and the Supreme Court of Yukon in 2005. Before being appointed to the bench, the trial judge played a key role in the creation of École du Sommet in St. Paul, Alberta and served as a school trustee on the Conseil scolaire Centre-Est de l'Alberta from 1994 until 1998. From 1999 to 2001,

[54] Les tribunaux d'appel hésitent, à bon droit, à intervenir au motif que le juge du procès, par sa conduite, a franchi la ligne qui sépare le fait de gérer acceptablement le procès et le fait d'intervenir irrégulièrement dans l'affaire. Par exemple, les réprimandes envers les avocats peuvent fort bien être indiquées pour veiller à ce que l'instance se déroule de manière ordonnée et efficace et à ce qu'il n'y ait pas abus de procédure. Mais comme l'affirme le Conseil canadien de la magistrature dans ses *Principes de déontologie judiciaire* (1998) :

Les remontrances injustifiées faites aux avocats, les remarques vexantes et déplacées au sujet des parties et des témoins, les déclarations manifestant un parti pris et un comportement immodéré et impatient peuvent saper l'apparence d'impartialité. [. . .] Les juges doivent maintenir un équilibre délicat : ils doivent diriger la procédure avec efficacité, sans donner l'impression de manquer de partialité à une personne raisonnable, impartiale et bien informée. [Je souligne; p. 32-33.]

[55] Bien que le seuil à franchir pour conclure à une crainte raisonnable de partialité soit élevé, j'estime que l'« équilibre délicat » a été rompu de façon inappropriée en l'espèce. Les actes du juge du procès en lien avec la confidentialité des dossiers d'élèves, la demande pour faire témoigner M. DeBruyn par affidavit, les commentaires désobligeants ainsi que le caractère inusité des dépens adjugés et de la procédure suivie pour les accorder, pris ensemble et situés dans leur contexte, amèneraient une personne raisonnable et bien renseignée à estimer que le comportement du juge du procès fait naître une crainte raisonnable de partialité.

[56] Cela dit, avec égards, je ne suis pas d'accord avec la Cour d'appel lorsqu'elle conclut que l'exercice actuel, par le juge du procès, de la fonction de gouverneur de la Fondation franco-albertaine a largement contribué à une crainte raisonnable de partialité. Le juge du procès a été nommé à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta en 2002 et à la Cour suprême du Yukon en 2005. Avant d'être nommé juge, le juge du procès a joué un rôle important dans la création de l'école du Sommet à Saint-Paul, en Alberta, et a siégé à titre de conseiller scolaire au Conseil scolaire Centre-Est de l'Alberta de 1994 à 1998.

he served as a member of the executive of the Association canadienne-française de l'Alberta, an organization that lobbies on behalf of and promotes the francophone community in Alberta. He was a governor of the Fondation franco-albertaine while he was a judge. Its “mission” is to [TRANSLATION] “[e]stablish charitable activities to enhance the vitality of Alberta’s francophone community”, and its “vision” is for “[a] francophone community in Alberta that is autonomous, dynamic and valued”. It is this latter affiliation that triggered the Court of Appeal’s admonition.

[57] While the Court of Appeal acknowledged that the Fondation franco-albertaine was not directly involved with the community whose rights were being determined in the litigation and had no affiliation with any organization implicated in the trial, it concluded that

[t]he parallels between the situations of s. 23 rights-holders in Alberta and those in Yukon are direct and obvious. Further, the expressed visions of the [Fondation franco-albertaine] would clearly align it with some of the positions taken by the [Board] in this case. We are unable, therefore, to accept that the judge’s position as governor of the [Fondation franco-albertaine] was innocuous. [para. 199]

[58] It also acknowledged, however, that the Fondation franco-albertaine “appears to be largely a philanthropic organization rather than a political group”, and that its goals are primarily charitable, not partisan. Nevertheless, it was of the view that

the organization’s mission statement and philosophy shows that it has a particular vision of the francophone community. In continuing to be a governor of the organization, the judge was, in effect, publicly declaring his support for that vision. [para. 193]

[59] While I fully acknowledge the importance of judges avoiding affiliations with certain organizations, such as advocacy or political groups, judges should not be required to immunize themselves from participation in community service where there is little likelihood of potential conflicts of interest.

De 1999 à 2001, il a siégé au Comité exécutif de l'Association canadienne-française de l'Alberta, un organisme qui fait du lobbying au nom de la communauté franco-albertaine et fait la promotion de celle-ci. Il était gouverneur de la Fondation franco-albertaine alors qu'il était juge. La « mission » de la Fondation consiste à « [é]tablir la philanthropie pour l'épanouissement de la francophonie albertaine » et sa « vision » repose sur « [u]ne francophonie albertaine autonome, dynamique et valorisée ». C'est cette dernière affiliation qui est à l'origine de la réprimande de la Cour d'appel.

[57] La Cour d'appel a reconnu que la Fondation franco-albertaine n'entretenait pas de rapports directs avec la communauté dont les droits étaient en cause dans le litige et n'avait aucune affiliation avec l'un ou l'autre des organismes parties au procès, mais elle a conclu ce qui suit :

Il existe des parallèles directs et évidents entre la situation des ayants droit selon l'art. 23 en Alberta et celle des ayants droit au Yukon. De plus, la vision exprimée de la [Fondation franco-albertaine] pourrait très bien s'harmoniser avec certaines positions mises de l'avant par la [Commission] en l'espèce. Il nous est donc impossible d'accepter l'argument que, à l'égard du juge, sa qualité de gouverneur de la [Fondation franco-albertaine] était anodine. [par. 199]

[58] Toutefois, la Cour d'appel a également reconnu que la Fondation franco-albertaine « semble être en grande partie un organisme philanthropique plutôt qu'un groupe politique » et que ses objectifs sont principalement caritatifs, et non partisans. Elle était néanmoins d'avis que

l'énoncé de la mission et la philosophie de l'organisme révèlent une vision particulière de la communauté francophone. En continuant d'en être un gouverneur, le juge, à vrai dire, déclare publiquement son soutien à cette vision. [par. 193]

[59] Bien que je reconnaisse sans réserve l'importance que les juges évitent d'adhérer à certains organismes, comme des groupes de revendication ou des groupes politiques, ils ne devraient pas avoir à s'abstenir de participer au service de la communauté lorsqu'il y a peu de risque de conflit d'intérêts.

Judges, as Benjamin Cardozo said, do not stand on “chill and distant heights”: *The Nature of the Judicial Process* (1921), at p. 168. They should not and *cannot* be expected to leave their identities at the courtroom door. What they *can* be expected to do, however, is remain, in fact and in appearance, open in spite of them. I find the following observations by Lord Bingham of Cornhill C.J., Lord Woolf M.R. and Sir Richard Scott V.-C. in *Locabail (U.K.) Ltd. v. Bayfield Properties Ltd.*, [2000] Q.B. 451 (C.A.), to provide a persuasive instructional template on how to view the relationship between a judge’s identity, organizational affiliation, and impartiality:

We cannot . . . conceive of circumstances in which an objection could be soundly based on the religion, ethnic or national origin, gender, age, class, means or sexual orientation of the judge. Nor, at any rate ordinarily, could an objection be soundly based on the judge’s social or educational or service or employment background or history, nor that of any member of the judge’s family; or previous political associations; or membership of social or sporting or charitable bodies; or Masonic associations; or previous judicial decisions; or extra-curricular utterances (whether in textbooks, lectures, speeches, articles, interviews, reports or responses to consultation papers); or previous receipt of instructions to act for or against any party, solicitor or advocate engaged in a case before him; or membership of the same Inn, circuit, local Law Society or chambers By contrast, a real danger of bias might well be thought to arise if there were personal friendship or animosity between the judge and any member of the public involved in the case; or if the judge were closely acquainted with any member of the public involved in the case, particularly if the credibility of that individual could be significant in the decision of the case; or if, in a case where the credibility of any individual were an issue to be decided by the judge, he had in a previous case rejected the evidence of that person in such outspoken terms as to throw doubt on his ability to approach such person’s evidence with an open mind on any later occasion; or if on any question at issue in the proceedings before him the judge had expressed views, particularly in the course of the hearing, in such extreme and unbalanced terms as to throw doubt on his ability to try the issue with an objective judicial mind . . . ; or if, for any other reason, there were real ground for doubting the ability of the

Comme l’a affirmé Benjamin Cardozo, les juges n’occupent pas des [TRADUCTION] « sommets glacials et lointains » : *The Nature of the Judicial Process* (1921), p. 168. On ne doit ni *ne peut* s’attendre à ce qu’ils laissent leur identité à la porte de la salle d’audience. On *peut* toutefois s’attendre à ce qu’ils demeurent, en fait et en apparence, ouverts d’esprit malgré leur identité. J’estime que les observations suivantes du juge en chef lord Bingham of Cornhill, du maître des rôles lord Woolf et du vicomte Sir Richard Scott dans l’arrêt *Locabail (U.K.) Ltd. c. Bayfield Properties Ltd.*, [2000] Q.B. 451 (C.A.), constituent un modèle d’instruction persuasif sur la façon de voir la relation entre l’identité du juge, son adhésion à un organisme et l’impartialité :

[TRADUCTION] Nous ne pouvons [. . .] concevoir de situation dans laquelle une objection pourrait être valablement fondée sur la religion, l’origine ethnique ou nationale, le sexe, l’âge, la classe sociale, les moyens ou l’orientation sexuelle du juge. De toute façon, une objection ne pourrait pas non plus, en temps normal, être valablement fondée sur les antécédents sociaux ou antécédents en matière d’instruction ou de service ou l’expérience professionnelle du juge, ni sur ceux de tout membre de la famille du juge; ni sur d’anciennes allégeances politiques; ni sur l’appartenance à un organisme social, de sport ou de bienfaisance; ni sur l’adhésion à des associations maçonniques; ni sur des décisions judiciaires antérieures; ni sur des déclarations paraprofessionnelles (dans des ouvrages de doctrine, des cours, des discours, des articles, des entrevues, des rapports ou des réponses à des documents de consultation); ni sur des instructions reçues précédemment pour agir en faveur d’une partie ou d’un avocat engagé dans une affaire dont il est saisi, ou contre ceux-ci; ni sur l’appartenance au même *Inn*, à une même cour itinérante, au même barreau de la région ou au même cabinet [. . .] En revanche, on pourrait sans doute penser qu’un réel danger de partialité survienne s’il y avait une amitié ou une animosité entre le juge et tout membre du public partie à l’affaire; ou si le juge connaissait bien un membre du public partie à l’affaire, surtout si la crédibilité de cette personne pourrait être importante pour l’issue de l’affaire; ou si, dans toute affaire où la crédibilité d’une personne était une question que le juge devait trancher, ce dernier, dans une autre affaire, avait rejeté le témoignage de cette personne d’une façon si véhémement que l’on doute de sa capacité à examiner le témoignage de cette personne avec un esprit ouvert dans le cadre de tout autre litige; ou si, sur toute question en litige dans l’instance

judge to ignore extraneous considerations, prejudices and predilections and bring an objective judgment to bear on the issues before him. [Citations omitted; para. 25.]

(See also *S. (R.D.)*, at paras. 38-39, per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.)

[60] The *Ethical Principles for Judges* provide guidance to federally appointed judges. They advise that while judges should clearly exercise common sense about joining organizations, they are not prohibited from continuing to serve their communities outside their judicial role:

A judge is appointed to serve the public. Many persons appointed to the bench have been and wish to continue to be active in other forms of public service. This is good for the community and for the judge, but carries certain risks. For that reason, it is important to address the question of the limits that judicial appointment places upon the judge's community activities.

The judge administers the law on behalf of the community and therefore unnecessary isolation from the community does not promote wise or just judgments. The Right Honourable Gerald Fauteux put the matter succinctly and eloquently in *Le livre du magistrat* (TRANSLATION):

[there is no intention] to place the judiciary in an ivory tower and to require it to cut off all relationship with organizations which serve society. Judges are not expected to live on the fringe of society of which they are an important part. To do so would be contrary to the effective exercise of judicial power which requires exactly the opposite approach.

The precise constraints under which judges should conduct themselves as regards civic and charitable activity are controversial inside and outside the judiciary. This is not surprising given that the question involves

dont il était saisi, le juge avait exprimé des opinions, en particulier durant l'audience, si extrêmes et polarisées que l'on doute de sa capacité à trancher la question avec un esprit judiciaire objectif [. . .]; ou si, pour toute autre raison, il y avait des motifs réels de douter de la capacité du juge à faire abstraction de facteurs, de préjugés et de préférences extérieurs et de porter un jugement objectif sur les questions dont il est saisi. [Références omises; par. 25.]

(Voir aussi *S. (R.D.)*, par. 38-39, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin.)

[60] Les *Principes de déontologie judiciaire* servent de guide aux juges nommés par le gouvernement fédéral. Selon ces principes, bien que les juges doivent manifestement faire preuve de bon sens pour ce qui est de leur adhésion à un organisme, il ne leur est pas interdit de continuer de servir leur communauté à l'extérieur de leur fonction judiciaire :

Les juges sont nommés pour servir la population. Nombre de personnes qui ont accédé à la magistrature avaient joué un rôle social actif et souhaitaient continuer de le faire. La société comme les juges tirent profit de telles activités, mais celles-ci comportent certains risques. Il importe donc d'étudier les limites que la charge de juge impose aux activités à caractère social.

Les juges appliquent la loi au nom de la société; par conséquent, tout isolement excessif est peu propice à des décisions justes et judicieuses. M. le juge Gerald Fauteux exprime cette idée avec concision et éloquence dans *Le livre du magistrat* :

On ne peut, cependant, voir [. . .] une intention [. . .] d'établir le magistrat dans une tour d'ivoire, de l'obliger à rompre tout rapport avec les organisations qui sont au service de la société. On n'attend certes pas du juge qu'il vive en marge de la collectivité sociale dont il est une entité importante. Le bon fonctionnement même du pouvoir judiciaire s'y oppose et exige précisément une attitude contraire.

Les contraintes précises auxquelles doit être assujettie la conduite des juges en ce qui a trait aux activités civiles et charitables suscitent la controverse tant au sein de la magistrature que dans la société. Cela n'a rien d'étonnant

balancing competing considerations. On one hand, there are the beneficial aspects, both for the community and the judiciary, of the judge being active in other forms of public service. This needs to be assessed in light of the expectations and circumstances of the particular community. On the other hand, the judge's involvement may, in some cases, jeopardize the perception of impartiality or lead to an undue number of recusals. If this is the case, the judge should . . . avoid the activity. [Citations omitted.]

(Ethical Principles for Judges, at p. 33)

[61] Membership in an association affiliated with the interests of a particular race, nationality, religion, or language is not, without more, a basis for concluding that a perception of bias can reasonably be said to arise. We expect a degree of mature judgment on the part of an informed public which recognizes that not everything a judge does or joins predetermines how he or she will judge a case. Canada has devoted a great deal of effort to creating a more diverse bench. That very diversity should not operate as a presumption that a judge's identity closes the judicial mind.

[62] In this case, the Court of Appeal found that the trial judge's involvement as a governor of the Fondation franco-albertaine was problematic. There is, however, little in the record about the organization. In particular, it is difficult to see how, based on the evidence, one could conclude that its vision "would clearly align" with certain positions taken by the Board in this case or that the trial judge's involvement in the organization foreclosed his ability to approach this case with an open mind. Standing alone, vague statements about the organization's mission and vision do not displace the presumption of impartiality. While I agree that consideration of the trial judge's current role as a governor of the organization was a valid part of the contextual bias inquiry in this case, I am not persuaded that his involvement with an organization whose functions are largely undefined on the evidence, can be said to rise to the level of a contributing factor such that the

puisqu'il s'agit d'équilibrer des intérêts opposés. D'une part, l'activité sociale des juges est avantageuse tant pour la société que pour la magistrature. Ces avantages doivent être appréciés en fonction des attentes et de la situation particulière de chaque communauté. D'autre part, le rôle actif des juges peut parfois compromettre leur image d'impartialité ou entraîner un nombre excessif de récusations. Si tel risque d'être le cas, le juge doit [. . .] s'abstenir d'exercer l'activité compromettante. [Références omises.]

(Principes de déontologie judiciaire, p. 33-34)

[61] L'appartenance à une association affiliée aux intérêts d'une race, d'une nationalité, d'une religion ou d'une langue en particulier ne peut servir de fondement, sans plus, pour conclure raisonnablement qu'il y a apparence de partialité. Nous nous attendons à ce qu'un public renseigné fasse preuve d'un jugement mature en reconnaissant que les actes et les adhésions du juge ne prédisent pas toujours comment il jugera une affaire. Le Canada a déployé beaucoup d'efforts pour se doter d'une magistrature plus diversifiée. Cette même diversité ne devrait pas faire office de présomption que l'identité du juge ferme l'esprit judiciaire.

[62] En l'espèce, la Cour d'appel a conclu que l'implication du juge du procès comme gouverneur de la Fondation franco-albertaine posait problème. Toutefois, le dossier contient très peu de renseignements sur l'organisme. En particulier, il est difficile de voir comment, au vu de la preuve, on pourrait conclure que sa vision « pourrait très bien s'harmoniser » avec certaines positions mises de l'avant par la Commission dans la présente affaire ou que l'engagement du juge du procès au sein de l'organisme l'empêchait d'aborder l'affaire avec un esprit ouvert. À elles seules, les déclarations vagues concernant la mission et la vision de l'organisme ne réfutent pas la présomption d'impartialité. Même si je conviens que la prise en compte de la fonction de gouverneur de l'organisme exercée présentement par le juge du procès faisait partie à juste titre de l'analyse contextuelle de la partialité en l'espèce, je ne suis pas convaincue que son engagement au sein d'un organisme,

judge, as the Court of Appeal said, “should not have sat on [this case]” (at para. 200).

[63] This brings us to the two legal issues which were appealed to this Court and which the Court of Appeal did not send back for a new trial. The first is whether the Board can unilaterally decide whom to admit to the French school.

[64] The admission criteria to the French school in the Yukon are set out in the *French Language Instruction Regulation*, Y.O.I.C. 1996/99. The *Regulation* states that only “eligible students” are entitled to receive French-language instruction at a school in the Yukon: s. 9. “[E]ligible student” is defined in the *Regulation* to mean:

. . . a student whose parent or parents are citizens of Canada who have the right under section 23 of the Charter to have their children educated in the French language and include those students whose parents or siblings would have the right under section 23 if they were citizens of Canada or if the instruction referred to in section 23 was not limited to Canada; [s. 2]

[65] Notwithstanding the *Regulation*, from the time of the Board’s creation in 1996 until the trial, the Board had decided which students could be admitted to its school, whether or not they were the children of s. 23 rights holders. On the first day of the trial, however, the Yukon sent a letter to the Board’s president notifying him of its intention henceforth to enforce the *Regulation*:

[TRANSLATION] . . . [the] *Regulation* specifies the eligibility requirements for students in Education Area #23. The *Regulation* also states that residents must file a declaration with the Yukon Francophone School Board so the Minister of Education can make the final determination on the eligibility of a citizen to be a resident of Education Area #23. . . .

dont les attributions sont en grande partie indéfinies d’après la preuve, puisse s’élever au rang de facteur contributif à un point tel que le juge, pour reprendre les propos de la Cour d’appel, « n’aurait pas dû instruire l’affaire » (par. 200).

[63] Cela nous amène aux deux questions de droit qui ont fait l’objet du pourvoi devant notre Cour et que la Cour d’appel n’a pas renvoyées pour nouvelle instruction. Premièrement, la Commission est-elle habilitée à décider unilatéralement qui peut être admis à l’école de langue française?

[64] Les critères d’admission à l’école de langue française au Yukon sont établis dans le *Règlement sur l’instruction en français*, Y.D. 1996/99. Le *Règlement* dispose que seuls les « élève[s] admissible[s] » ont le droit de recevoir une instruction en français dans une école au Yukon : art. 9. Le terme « élève admissible » est défini comme suit dans le *Règlement* :

Élève dont un parent, étant citoyen du Canada, a le droit de faire instruire ses enfants en français en vertu de l’article 23 de la Charte. Sont compris les élèves dont les parents, les frères ou les sœurs auraient ce droit s’il[s] étaient citoyens canadiens ou si l’instruction visée à l’article 23 ne se bornait pas au Canada; [art. 2]

[65] Nonobstant le *Règlement*, depuis la création de la Commission en 1996 jusqu’au procès, la Commission décidait quels élèves pouvaient être admis à son école, qu’ils soient ou non les enfants de titulaires des droits prévus à l’art. 23. La première journée du procès, toutefois, le Yukon a envoyé une lettre au président de la Commission pour l’aviser de son intention d’appliquer désormais le *Règlement* :

. . . [le] *Règlement* prévoit les conditions d’admissibilité des élèves du district scolaire 23. De plus, le *Règlement* précise que les résidents doivent déposer une déclaration auprès de la Commission scolaire francophone du Yukon de sorte que le ministre de l’Éducation peut trancher quant à l’admissibilité d’un citoyen à être résident du district scolaire 23. . . .

This is an important step . . . That is why I am asking you to ensure that the Department of Education receives . . . the declarations filed with the Board for all students registered at École Émilie-Tremblay.

[66] The issue, therefore, is whether s. 23 grants the Board the unilateral power to admit students other than those who are “eligible” according to the *Regulation*. This raises questions about the allocation of constitutional powers.

[67] Section 23 of the *Charter* establishes the general framework for the minority language educational rights of Canadian citizens: *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; see also *Quebec (Education, Recreation and Sports) v. Nguyen*, [2009] 3 S.C.R. 208, at para. 23; *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66, at p. 82; and *Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 201, at paras. 5-10. Where numbers warrant, ss. 23(1) and 23(2) give certain Canadian citizens the right to have their children receive education in a province or territory’s minority language at the government’s expense.¹

[68] That said, this Court recently reaffirmed that while “the *Charter* reflects the importance of language rights, it also reflects the importance of respect for the constitutional powers of the provinces”: *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v. British Columbia*, [2013] 2 S.C.R. 774, at para. 56. Pursuant to s. 93 of the *Constitution Act, 1867*, provincial legislatures have authority to make laws in

¹ Section 59 of the *Constitution Act, 1982* provides that s. 23(1)(a) does not apply in Quebec. It may come into force only with the authorization of the legislative assembly or government of Quebec. Such authorization has not yet been given.

Il s’agit là d’une étape importante [. . .] C’est donc pourquoi je vous demande de veiller à ce que le ministère de l’Éducation reçoive [. . .] les déclarations déposées auprès de la Commission pour tous les élèves inscrits à l’École Émilie-Tremblay.

[66] Il s’agit donc de savoir si l’art. 23 confère à la Commission le pouvoir unilatéral d’admettre d’autres élèves que ceux « admissibles » au sens du *Règlement*. Cela soulève des questions concernant le partage des pouvoirs constitutionnels.

[67] L’article 23 de la *Charte* établit le cadre général des droits des citoyens canadiens à l’instruction dans la langue de la minorité : *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; voir aussi *Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen*, [2009] 3 R.C.S. 208, par. 23; *Procureur général du Québec c. Québec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, p. 82; *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 201, par. 5-10. Lorsque le nombre le justifie, les par. 23(1) et (2) confèrent à certains citoyens canadiens le droit de faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité de leur province ou territoire aux frais du gouvernement¹.

[68] Cela dit, notre Cour a récemment confirmé que, même si « elle reconnaît l’importance des droits linguistiques, la *Charte* reconnaît par ailleurs l’importance du respect des pouvoirs constitutionnels des provinces » : *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, [2013] 2 R.C.S. 774, par. 56. Selon l’art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les législatures

¹ L’article 59 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que l’al. 23(1)a) ne s’applique pas au Québec. Il ne peut entrer en vigueur qu’avec l’autorisation de l’assemblée législative ou du gouvernement du Québec. Cette autorisation n’a pas encore été accordée.

relation to education.² Federalism remains a notable feature in matters of minority language rights. As this Court stated in *Solski*, a case upholding Quebec legislation requiring a student to have received the “major part” of his or her education in English in order to qualify for access to publicly funded English-language schools:

As education falls within the purview of provincial power, each province has a legitimate interest in the provision and regulation of minority language education . . .

. . . The latitude given to the provincial government in drafting legislation regarding education must be broad enough to ensure the protection of the French language while satisfying the purposes of s. 23. As noted by Lamer C.J. in *Reference re Public Schools Act (Man.)*, at p. 851, “different interpretative approaches may well have to be taken in different jurisdictions, sensitive to the unique blend of linguistic dynamics that have developed in each province”. [Citation omitted; paras. 10 and 34.]

[69] There is no doubt that a province or territory can delegate the function of setting admission criteria for children of non-rights holders to a school board. This delegation can include granting a minority language school board wide discretion to admit the children of non-rights holders.

² Section 93 applies directly to Ontario, Nova Scotia, New Brunswick, British Columbia and Prince Edward Island. Section 93 also applies to Quebec, but not ss. 93(1) to 93(4); *Constitution Amendment, 1997 (Quebec)*, SI/97-141, s. 1; s. 93A of the *Constitution Act, 1867*. Modified versions of s. 93 apply in the other provinces and the territories: *Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3, s. 22; *Saskatchewan Act*, S.C. 1905, c. 42, s. 17; *Alberta Act*, S.C. 1905, c. 3, s. 17; *Constitution Amendment, 1998 (Newfoundland Act)*, SI/98-25, s. 1(2); *Northwest Territories Act*, S.C. 2014, c. 2 [as en. by the *Northwest Territories Devolution Act*], s. 18(1)(o); *Yukon Act*, S.C. 2002, c. 7, s. 18(1)(o); *Nunavut Act*, S.C. 1993, c. 28, s. 23(1)(m).

provinciales ont le pouvoir de décréter des lois relatives à l'éducation². Le fédéralisme demeure une caractéristique notable en matière de droits des minorités linguistiques. Comme l'a affirmé notre Cour dans l'arrêt *Solski*, qui confirmait une loi du Québec exigeant qu'un élève ait reçu la « majeure partie » de son enseignement en anglais pour pouvoir fréquenter une école de langue anglaise financée à même les fonds publics :

Étant donné que l'éducation est un chef de compétence provinciale, chacune des provinces a un intérêt légitime dans la prestation et la réglementation de services d'enseignement dans la langue de la minorité . . .

. . . Le gouvernement provincial appelé à légiférer en matière d'éducation doit disposer de la latitude suffisante pour assurer la protection de la langue française tout en respectant les objectifs de l'art. 23. Comme l'a souligné le juge en chef Lamer dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, p. 851, « il peut bien être nécessaire d'adopter des méthodes d'interprétation différentes dans divers ressorts qui tiennent compte de la dynamique linguistique particulière à chaque province ». [Référence omise; par. 10 et 34.]

[69] Il ne fait aucun doute qu'une province ou un territoire puisse déléguer à une commission scolaire la fonction de fixer les critères d'admission à l'égard des enfants de non-ayants droit. Par cette délégation, on peut conférer à une commission scolaire de la minorité linguistique un large pouvoir discrétionnaire pour admettre les enfants de non-ayants droit.

² L'article 93 s'applique directement à l'Ontario, à la Nouvelle-Écosse, au Nouveau-Brunswick, à la Colombie-Britannique et à l'Île-du-Prince-Édouard. L'article 93 s'applique également au Québec, mais pas les par. 93(1) à 93(4) : *Modification constitutionnelle de 1997 (Québec)*, TR/97-141, art. 1; art. 93A de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les versions modifiées de l'art. 93 s'appliquent dans les autres provinces et les territoires : *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, c. 3, art. 22; *Loi sur la Saskatchewan*, S.C. 1905, c. 42, art. 17; *Loi sur l'Alberta*, S.C. 1905, c. 3, art. 17; *Modification constitutionnelle de 1998 (Loi sur Terre-Neuve)*, TR/98-25, par. 1(2); *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest*, L.C. 2014, c. 2 [éd. par la *Loi sur le transfert de responsabilités aux Territoires du Nord-Ouest*], al. 18(1)(o); *Loi sur le Yukon*, L.C. 2002, c. 7, al. 18(1)(o); *Loi sur le Nunavut*, L.C. 1993, c. 28, al. 23(1)(m).

[70] There is also no doubt that a province or territory may pass legislation which offers protections higher than those protected by the *Charter*. Section 23 establishes a constitutional minimum: *Mahe*, at p. 379. Two important corollaries flow from this. First, because the *Charter* sets out minimum standards with which legislation must comply, any legislation which falls below these standards contravenes the *Charter* and is presumptively unconstitutional. Second, because the *Charter* sets out only *minimum* standards, it does not preclude legislation from going beyond the basic rights recognized in the *Charter* to offer additional protections. This fact was recognized by Dickson C.J. in *Mahe*, where he explained that s. 23 establishes “a minimum level of management and control in a given situation; it does not set a ceiling”: p. 379. Provincial and territorial governments are permitted to “give minority groups a greater degree of management and control” than that set out in the provision: p. 379.

[71] Some provinces have accepted this invitation and granted school boards wide discretion to admit the children of non-rights holders. In Ontario, for example, s. 293 of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, provides in part that a French-language school board may admit the child of a non-rights holder if the admission is approved by a majority vote of an admissions committee. In Manitoba, s. 21.15(5) of the *Public Schools Act*, R.S.M. 1987, c. P250, allows the francophone school board to admit any other child beyond those entitled to admission under the act upon written request for admission to the board.

[72] Other provinces have given minority language school boards generous authority over admissions, but imposed specific limitations on the exercise of the power. In Prince Edward Island, for example, the French-language school board may admit children whose parents are not s. 23 rights holders, but any such child must first be released by the English-language board: *French First Language Instruction Regulations*, P.E.I. Reg. EC480/98, s. 10. A similar

[70] Il ne fait également aucun doute qu’une province ou un territoire puisse adopter une loi qui offre de plus grandes protections que celles garanties par la *Charte*. L’article 23 prévoit un minimum constitutionnel : *Mahe*, p. 379. Deux importants corollaires en découlent. Premièrement, comme la *Charte* énonce les normes minimales auxquelles la loi doit se conformer, toute loi qui ne respecte pas ces normes contrevient à la *Charte* et est présumée inconstitutionnelle. Deuxièmement, comme la *Charte* énonce uniquement les normes *minimales*, elle n’empêche pas la loi d’aller au-delà des droits élémentaires reconnus dans la *Charte* et d’offrir d’autres protections. Ce fait a été reconnu par le juge en chef Dickson dans *Mahe*, où il a expliqué que l’art. 23 établit « un niveau minimum de gestion et de contrôle dans une situation donnée; il ne fixe pas un maximum » : p. 379. Les gouvernements provinciaux et territoriaux sont autorisés à « accorder à des groupes minoritaires un degré de gestion et de contrôle plus élevé » que celui prévu dans la disposition : p. 379.

[71] Certaines provinces ont accepté cette invitation et conféré aux commissions scolaires un large pouvoir discrétionnaire pour admettre les enfants de non-ayants droit. En Ontario, par exemple, l’art. 293 de la *Loi sur l’éducation*, L.R.O. 1990, c. E.2, dispose notamment qu’un conseil scolaire de langue française peut admettre l’enfant d’une personne non titulaire des droits garantis par l’art. 23 si l’admission est approuvée à la majorité des voix par les membres du comité d’admission. Au Manitoba, le par. 21.15(5) de la *Loi sur les écoles publiques*, L.R.M. 1987, c. P250, autorise la commission scolaire de langue française à admettre tout autre enfant que ceux ayant droit à l’admission en vertu de la loi sur présentation d’une demande écrite d’admission à la commission.

[72] D’autres provinces ont conféré à des commissions scolaires de la minorité linguistique un vaste pouvoir sur les admissions, mais ont imposé des limites précises à l’exercice de ce pouvoir. À l’Île-du-Prince-Édouard, par exemple, la commission scolaire de langue française peut admettre des enfants dont les parents ne sont pas titulaires des droits reconnus à l’art. 23, mais ces enfants doivent d’abord être exemptés par la commission de langue anglaise :

regime exists in Saskatchewan: *The Education Act, 1995*, S.S. 1995, c. E-0.2, s. 144.

[73] Still other provinces have given limited authority to minority language school boards to admit the children of non-rights holders. In British Columbia, the French-language school board has the discretion to admit the child of an immigrant who, if the parent were a Canadian citizen, would be a s. 23 rights holder: *School Act*, R.S.B.C. 1996, c. 412, s. 166.24.

[74] In this case, however, the Yukon has not delegated the function of setting admission criteria for children of non-rights holders to the Board. In the absence of any such delegation, there is no authority for the Board to unilaterally set admission criteria which are different from what is set out in the *Regulation*. This does not preclude the Board from claiming that the Yukon has insufficiently ensured compliance with s. 23, and nothing stops the Board from arguing that the Yukon's approach to admissions prevents the realization of s. 23's purpose: see *Mahe*, at pp. 362-65. But that is a different issue from whether the Board has, in the absence of delegation from the Yukon, the unilateral right to decide to admit children other than those who are covered by s. 23 or the *Regulation*.

[75] This brings us to the second issue decided by the Court of Appeal, namely, whether the Yukon is required, by virtue of s. 6(1) of the *Languages Act*, to communicate with and provide services to the Board and its employees in French. Section 6(1) provides:

6(1) Any member of the public in the Yukon has the right to communicate with, and to receive available services from, any head or central office of an institution of the Legislative Assembly or of the Government of the Yukon in English or French, and has the same right with respect to any other office of any such institution if

French First Language Instruction Regulations, P.E.I. Reg. EC480/98, art. 10. Un régime similaire existe en Saskatchewan : *Loi de 1995 sur l'éducation*, L.S. 1995, c. E-0.2, art. 144.

[73] En revanche, d'autres provinces ont conféré aux commissions scolaires de la minorité linguistique un pouvoir limité d'admission des enfants de non-ayants droit. En Colombie-Britannique, le conseil scolaire francophone a le pouvoir discrétionnaire d'admettre l'enfant d'un immigrant qui, s'il était citoyen canadien, détiendrait les droits garantis par l'art. 23 : *School Act*, R.S.B.C. 1996, c. 412, art. 166.24.

[74] En l'espèce, toutefois, le Yukon n'a pas délégué à la Commission la fonction de fixer les critères d'admission des enfants de non-ayants droit. À défaut d'une telle délégation, la Commission n'a pas le pouvoir de fixer unilatéralement des critères d'admission différents de ceux établis dans le *Règlement*. La Commission n'est pas pour autant empêchée de faire valoir que le Yukon n'a pas assuré suffisamment le respect de l'art. 23 et rien ne l'empêche de soutenir que l'approche adoptée par le Yukon à l'égard des admissions fait obstacle à la réalisation de l'objet de l'art. 23 : voir *Mahe*, p. 362-365. Mais il s'agit là d'une autre question que celle de savoir si la Commission a, en l'absence d'une délégation de la part du Yukon, le droit unilatéral de décider d'admettre d'autres enfants que ceux visés par l'art. 23 ou le *Règlement*.

[75] Cela nous amène à la deuxième question tranchée par la Cour d'appel, à savoir si le Yukon est tenu, par application du par. 6(1) de la *Loi sur les langues*, de communiquer avec la Commission et ses employés en français et de leur fournir des services dans cette langue. Le paragraphe 6(1) dispose :

6(1) Le public a, au Yukon, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec le siège ou l'administration centrale des institutions de l'Assemblée législative ou du gouvernement du Yukon ou pour en recevoir les services. Il a le même droit à l'égard de tout autre bureau de ces institutions là où, selon le cas :

(a) there is a significant demand for communications with and services from that office in both English and French; or

(b) due to the nature of the office, it is reasonable that communications with and services from that office be in both English and French.

[76] The Court of Appeal decided that this case was not a suitable vehicle for the determination of rights under s. 6 of the *Languages Act*. In my respectful view, it is unclear to me why this should be so. The Board's *Languages Act* claims raise significant factual issues that may well lead to a finding that parts of the claims were justified. Whether a particular communication is covered by s. 6(1) may depend both on the nature of the communication and the capacity in which it is communicated. As the Court of Appeal observed, it is unlikely that the question has a simple answer given that the Board and its personnel engage in various types of communications with the government. This argues, it seems to me, for a determination at the new trial with the benefit of a full evidentiary record, not for a dismissal of the claims.

[77] The appeal from the Court of Appeal's conclusion that there was a reasonable apprehension of bias requiring a new trial is accordingly dismissed, but the *Languages Act* claims are to be joined with the other issues remitted by the Court of Appeal for determination at the new trial.

[78] In the circumstances, I would make no order for costs.

Appeal largely dismissed.

Solicitors for the appellant: Miller Thomson, Regina.

Solicitors for the respondent: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa; Attorney General of the Yukon Territory, Whitehorse.

a) l'emploi du français et de l'anglais fait l'objet d'une demande importante;

b) l'emploi du français et de l'anglais se justifie par la vocation du bureau.

[76] La Cour d'appel a décidé que la présente affaire ne se prêtait pas à la définition des droits conférés par l'art. 6 de la *Loi sur les langues*. À mon humble avis, je ne vois pas très bien pourquoi il devrait en être ainsi. Les demandes de la Commission fondées sur la *Loi sur les langues* soulèvent des questions de fait importantes qui pourraient fort bien mener à la conclusion que des parties des demandes étaient justifiées. La réponse à la question de savoir si une communication en particulier relève du par. 6(1) peut dépendre tant de la nature de la communication que de la qualité de son auteur. Comme l'a fait remarquer la Cour d'appel, il est peu probable que la question ait une réponse simple étant donné que la Commission et son personnel se livrent à différents types de communications avec le gouvernement. Il convient donc, à mon sens, de statuer sur les demandes lors du nouveau procès à la lumière d'un dossier de preuve complet, et non de rejeter les demandes.

[77] L'appel interjeté à l'encontre de la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle il existe une crainte raisonnable de partialité nécessitant la tenue d'un nouveau procès est donc rejeté, mais les demandes fondées sur la *Loi sur les langues* doivent être jointes aux autres questions renvoyées à la Cour d'appel pour décision à l'issue d'un nouveau procès.

[78] Dans les circonstances, je suis d'avis de n'adjudger aucuns dépens.

Pourvoi rejeté en grande partie.

Procureurs de l'appelante : Miller Thomson, Regina.

Procureurs de l'intimée : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa; Procureure générale du Territoire du Yukon, Whitehorse.

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

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

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

Solicitors for the intervener the Attorney General of the Northwest Territories: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Commissioner of Official Languages of Canada: Office of the Commissioner of Official Languages, Gatineau.

Solicitors for the interveners Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique and Fédération des parents francophones de Colombie-Britannique: Gall, Legge, Grant & Munroe, Vancouver; Power Law, Vancouver.

Solicitors for the intervener Fédération des parents francophones de l'Alberta: Nicolas M. Rouleau, Toronto; WeirFoulds, Toronto.

Solicitors for the interveners Fédération nationale des conseils scolaires francophones and Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada: Power Law, Vancouver.

Procureur de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l'intervenant le procureur général des Territoires du Nord-Ouest : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le commissaire aux langues officielles du Canada : Commissariat aux langues officielles du Canada, Gatineau.

Procureurs des intervenants le Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique et la Fédération des parents francophones de Colombie-Britannique : Gall, Legge, Grant & Munroe, Vancouver; Juristes Power, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des parents francophones de l'Alberta : Nicolas M. Rouleau, Toronto; WeirFoulds, Toronto.

Procureurs des intervenantes la Fédération nationale des conseils scolaires francophones et la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada : Juristes Power, Vancouver.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2015 Vol. 2

2^e cahier, 2015 Vol. 2

Cited as [2015] 2 S.C.R. 325-620

Renvoi [2015] 2 R.C.S. 325-620

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Acting Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef intérimaire
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
VALERIE DESJARLAIS
GENEVIÈVE DOMEY
LEE ANN GORMAN

KAREN LEVASSEUR
JOANNE NORMAN
RÉMI SAMSON
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

JULIE BOULANGER
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

CHLOE MAGEE

NANCY MCCAUGHAN
LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs

SÉBASTIEN GAGNÉ

MANON PLOUFFE

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

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

CONTENTS

Bowden Institution v. Khadr 325

Criminal law — Sentencing — Prisons — Habeas corpus — Canadian citizen detained by United States agreed to eight-year sentence with transfer to Canada after first year — Offender subsequently applied for habeas corpus for placement in provincial correctional facility under International Transfer of Offenders Act — Chambers judge dismissed offender's application but Court of Appeal allowed it and ordered offender's transfer from federal to provincial correctional facility for adults — Court of Appeal's order confirmed — International Transfer of Offenders Act, S.C. 2004, c. 21, s. 20(a)(ii).

R. v. St-Cloud 328

Criminal law — Interim release — Grounds justifying detention — Justice of peace ordering detention of accused awaiting trial on ground set out in s. 515(10)(c) of Criminal Code, that is, that his detention "is necessary to maintain confidence in the administration of justice" — Reviewing judge ordering release of accused — Proper interpretation of s. 515(10)(c) of Criminal Code — Restrictive interpretation rejected — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(10)(c).

Criminal law — Interim release — Review of decision of justice of peace — Decision by justice of peace to order detention of accused reversed by reviewing judge — Cases in which review provided for in ss. 520 and 521 of Criminal Code is available in interim release context — Whether reviewing judge erred in exercising his role by simply substituting his assessment of evidence for that of justice of peace — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 520, 521.

R. v. Kokopenace 398

Constitutional law — Charter of Rights — Right to a fair hearing — Right to trial by jury — Jury representativeness — Definition — Aboriginal accused from First Nation reserve convicted of manslaughter — Aboriginal on-reserve residents underrepresented on jury roll from which jury selected for accused's trial — What is the appropriate legal test for representativeness — Whether state met its representativeness obligation — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d), (f).

Continued on next page

SOMMAIRE

Établissement de Bowden c. Khadr 325

Droit criminel — Détermination de la peine — Droit carcéral — Habeas corpus — Consentement d'un citoyen canadien détenu par les États-Unis à une peine de huit ans d'incarcération assortie d'un transfèrement au Canada après la première année — Demande subséquente du délinquant en habeas corpus pour être détenu dans un établissement correctionnel provincial en application de la Loi sur le transfèrement international des délinquants — Demande du délinquant rejetée par le juge de première instance, mais accueillie par la Cour d'appel qui a ordonné le transfert du délinquant d'un établissement fédéral à un établissement provincial pour adultes — Ordonnance de la Cour d'appel confirmée — Loi sur le transfèrement international des délinquants, L.C. 2004, c. 21, art. 20a)(ii).

R. c. St-Cloud 328

Droit criminel — Mise en liberté provisoire — Motifs justifiant la détention — Juge de paix ordonnant la détention de l'accusé en attente de son procès pour le motif prévu à l'art. 515(10)c) du Code criminel, soit que celle-ci « est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice » — Juge réviseur ordonnant la mise en liberté de l'accusé — Quelle est l'interprétation que doit recevoir l'art. 515(10)c) du Code criminel? — Rejet de l'interprétation restrictive — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 515(10)c).

Droit criminel — Mise en liberté provisoire — Révision de la décision d'un juge de paix — Décision du juge de paix d'ordonner la détention de l'accusé infirmée par le juge réviseur — Quels sont les cas donnant ouverture à la révision prévue aux art. 520 et 521 du Code criminel en matière de mise en liberté provisoire? — Le juge réviseur a-t-il erronément exercé son rôle en substituant purement et simplement son appréciation de la preuve à celle du juge de paix? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 520, 521.

R. c. Kokopenace 398

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès équitable — Droit à un procès avec jury — Représentativité du jury — Définition — Accusé autochtone d'une réserve des Premières Nations déclaré coupable d'homicide involontaire coupable — Résidents autochtones des réserves sous-représentés sur la liste des jurés à partir de laquelle a été constitué le jury pour le procès de l'accusé — Quel est le critère juridique convenable en matière de représentativité? — L'État s'est-il acquitté de son obligation de représentativité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d), f).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Aboriginal on-reserve residents — Aboriginal accused from First Nation reserve convicted of manslaughter — Aboriginal on-reserve residents underrepresented on jury roll from which jury selected for accused's trial — Whether state violated right to equality of accused or of Aboriginal on-reserve residents who were potential jurors — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.

R. v. Barabash 522

Criminal law — Child pornography — Defences — Private use exception — Accused charged with child pornography offences — Accused arguing in defence that sexual activity lawful and consensual and that recordings held for private use — Crown challenging lawfulness of sexual activity on basis of girls' exploitation — Whether private use exception requires separate and additional exploitation inquiry or whether exploitation included under lawfulness inquiry — In acquitting accused, whether trial judge properly interpreted exception — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163.1.

Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat 548

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Elections — Eligibility requirements — Kahkewistahaw Election Act requires that candidates for Chief or Band Councillor have Grade 12 education — Whether education requirement violates s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Kahkewistahaw Election Act, s. 9.03(c).

Canada (Attorney General) v. Barnaby 563

Extradition — Surrender order — Judicial review — Minister of Justice surrendering accused to U.S. on charges of murder — Whether Minister's decision to order surrender was reasonable — Whether extraditing accused to possibly be subjected to a fourth trial would be contrary to principles of fundamental justice.

Caplin v. Canada (Justice) 570

Extradition — Surrender order — Judicial review — Minister of Justice surrendering accused to U.S. on charges of

SOMMAIRE (Suite)

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Résidents autochtones des réserves — Accusé autochtone d'une réserve des Premières Nations déclaré coupable d'homicide involontaire coupable — Résidents autochtones des réserves sous-représentés sur la liste des jurés à partir de laquelle a été constitué le jury pour le procès de l'accusé — L'État a-t-il violé le droit à l'égalité de l'accusé ou des résidents autochtones d'une réserve qui étaient des candidats jurés? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.

R. c. Barabash 522

Droit criminel — Pornographie juvénile — Moyens de défense — Exception relative à l'usage personnel — Accusations de pornographie juvénile — Accusés invoquant en défense que l'activité sexuelle était légale et consensuelle et les enregistrements étaient conservés pour l'usage personnel — Légalité de l'activité sexuelle contestée par le ministère public sur le fondement de l'exploitation des adolescentes — L'exception relative à l'usage personnel commande-t-elle un examen supplémentaire distinct de la question de l'exploitation, ou cette question est-elle prise en compte dans l'analyse de la légalité? — Pour décider d'acquitter les accusés, le juge du procès a-t-il bien interprété l'exception? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 163.1.

Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat ... 548

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Élections — Conditions d'éligibilité — Exigence de la Kahkewistahaw Election Act selon laquelle les candidats au poste de chef et à un poste de conseiller de la bande doivent avoir un niveau de scolarité minimum de 12^e année — L'exigence en matière d'éducation viole-t-elle l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Kahkewistahaw Election Act, art. 9.03c).

Canada (Procureur général) c. Barnaby 563

Extradition — Arrêté d'extradition — Contrôle judiciaire — Extradition de l'accusé vers les États-Unis ordonnée par le ministre de la Justice par suite d'accusations de meurtres — La décision du ministre était-elle raisonnable? — Extradier l'accusé de manière à l'exposer à la possibilité d'un quatrième procès contrevient-il aux principes de justice fondamentale?

Caplin c. Canada (Justice) 570

Extradition — Arrêté d'extradition — Contrôle judiciaire — Extradition de l'accusé vers les États-Unis ordonnée

Continued on next page

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

murder — Whether Minister's decision to order surrender was reasonable.

R. v. Tatton 574

Criminal law — Arson — Defences — Intoxication — Accused relying on self-induced intoxication as excuse for committing arson — Self-induced intoxication short of automatism cannot be relied upon as excuse for general intent offence — Whether arson is general or specific intent offence — If arson is general intent offence, whether trial judge's classification of arson as specific intent offence had material bearing on verdict of acquittal — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 434.

R. v. Smith 602

Constitutional law — Charter of Rights — Standing — Accused charged with possession and possession for purpose of trafficking of cannabis — Regulations limiting lawful possession of medical marihuana to dried forms — Accused not using marihuana for medical purposes but producing derivatives for sale outside regulatory scheme — Whether accused has standing to challenge constitutional validity of scheme — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 4(1), 5(2) — Marihuana Medical Access Regulations, SOR/2001-227.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Fundamental justice — Accused charged with possession and possession for purpose of trafficking of cannabis — Regulations limiting lawful possession of medical marihuana to dried forms — Whether limitation infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Appropriate remedy — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 4(1), 5(2) — Marihuana Medical Access Regulations, SOR/2001-227.

SOMMAIRE (Fin)

par le ministre de la Justice par suite d'accusations de meurtres — La décision du ministre était-elle raisonnable?

R. c. Tatton 574

Droit criminel — Incendie criminel — Moyens de défense — Intoxication — Accusé invoquant l'intoxication volontaire pour excuser la perpétration d'un incendie criminel — L'accusé ne peut invoquer l'intoxication volontaire sans automatisme pour excuser la perpétration d'infractions d'intention générale — L'infraction d'incendie criminel est-elle une infraction d'intention générale ou d'intention spécifique? — Si l'infraction d'incendie criminel est une infraction d'intention générale, la décision du juge du procès de la qualifier d'infraction d'intention spécifique a-t-elle eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 434.

R. c. Smith 602

Droit constitutionnel — Charte des droits — Qualité pour agir — Accusé inculpé de possession de cannabis et de possession de cannabis en vue d'en faire le trafic — Règlement restreignant la possession légale de marihuana à des fins médicales à sa forme séchée — Accusé non consommateur de marihuana à des fins médicales, mais producteur de produits dérivés en vue de leur vente en dehors du régime réglementaire — L'accusé a-t-il qualité pour contester la validité constitutionnelle du régime? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19, art. 4(1), 5(2) — Règlement sur l'accès à la marihuana à des fins médicales, DORS/2001-227.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Accusé inculpé de possession de cannabis et de possession de cannabis en vue d'en faire le trafic — Règlement restreignant la possession légale de marihuana à des fins médicales à sa forme séchée — La restriction porte-t-elle atteinte au droit garanti par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Si oui, l'atteinte est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Réparation appropriée — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19, art. 4(1), 5(2) — Règlement sur l'accès à la marihuana à des fins médicales, DORS/2001-227.

**David Pelham, Warden of the
Bowden Institution,
Attorney General of Canada and
Her Majesty The Queen
in Right of Alberta** *Appellants*

v.

Omar Ahmed Khadr *Respondent*

and

**Canadian Civil Liberties Association and
Amnesty International Canada** *Interveners*

**INDEXED AS: BOWDEN INSTITUTION
v. KHADR**

2015 SCC 26

File No.: 36081.

2015: May 14.*

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

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

Criminal law — Sentencing — Prisons — Habeas corpus — Canadian citizen detained by United States agreed to eight-year sentence with transfer to Canada after first year — Offender subsequently applied for habeas corpus for placement in provincial correctional facility under International Transfer of Offenders Act — Chambers judge dismissed offender's application but Court of Appeal allowed it and ordered offender's transfer from federal to provincial correctional facility for adults — Court of Appeal's order confirmed — International Transfer of Offenders Act, S.C. 2004, c. 21, s. 20(a)(ii).

**David Pelham, directeur de
l'Établissement de Bowden,
procureur général du Canada et
Sa Majesté la Reine du chef
de l'Alberta** *Appellants*

c.

Omar Ahmed Khadr *Intimé*

et

**Association canadienne des libertés
civiles et Amnistie internationale
(Canada)** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : ÉTABLISSEMENT DE BOWDEN
c. KHADR**

2015 CSC 26

N° du greffe : 36081.

2015 : 14 mai*.

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

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Droit carcéral — Habeas corpus — Consentement d'un citoyen canadien détenu par les États-Unis à une peine de huit ans d'incarcération assortie d'un transfèrement au Canada après la première année — Demande subséquente du délinquant en habeas corpus pour être détenu dans un établissement correctionnel provincial en application de la Loi sur le transfèrement international des délinquants — Demande du délinquant rejetée par le juge de première instance, mais accueillie par la Cour d'appel qui a ordonné le transfert du délinquant d'un établissement fédéral à un établissement provincial pour adultes — Ordonnance de la Cour d'appel confirmée — Loi sur le transfèrement international des délinquants, L.C. 2004, c. 21, art. 20a)(ii).

* A revised judgment was issued on May 28, 2015, amending para. 3. The amendments are included in this judgment.

* Un jugement révisé a été rendu le 28 mai 2015 modifiant le par. 3. Les modifications ont été incorporées dans le présent jugement.

Statutes and Regulations Cited

International Transfer of Offenders Act, S.C. 2004, c. 21, s. 20(a).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Fraser, Watson and Bielby JJ.A.), 2014 ABCA 225, 99 Alta. L.R. (5th) 325, 577 A.R. 62, 613 W.A.C. 62, 313 C.C.C. (3d) 491, [2014] 9 W.W.R. 523, [2014] A.J. No. 711 (QL), 2014 CarswellAlta 1114 (WL Can.), setting aside a decision of Rooke A.C.J., 2013 ABQB 611, 87 Alta. L.R. (5th) 268, 573 A.R. 16, 301 C.C.C. (3d) 467, [2014] 2 W.W.R. 350, [2013] A.J. No. 1109 (QL), 2013 CarswellAlta 1973 (WL Can.). Appeal dismissed.

Sharlene Telles-Langdon and Michael Taylor, for the appellants David Pelham, Warden of the Bowden Institution, and the Attorney General of Canada.

Doreen C. Mueller, for the appellant Her Majesty The Queen in Right of Alberta.

Nathan J. Whitling and Dennis Edney, Q.C., for the respondent.

Jasmine T. Akbarali and Gillian T. Hnatiw, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Fannie Lafontaine, François Larocque and David Taylor, for the intervener Amnesty International Canada.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — The only issue on this appeal is what correctional facility Mr. Khadr should be placed in. This is a question of statutory interpretation. Simply put, if Mr. Khadr’s eight-year sentence is treated as a single global sentence for all the offences to which he pleaded guilty, the sentence is under the minimum for an adult sentence, with the result that s. 20(a)(ii) of the *International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21 (“*ITOA*”), applies

Lois et règlements cités

Loi sur le transfèrement international des délinquants, L.C. 2004, c. 21, art. 20a).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Fraser, Watson et Bielby), 2014 ABCA 225, 99 Alta. L.R. (5th) 325, 577 A.R. 62, 613 W.A.C. 62, 313 C.C.C. (3d) 491, [2014] 9 W.W.R. 523, [2014] A.J. No. 711 (QL), 2014 CarswellAlta 1114 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge en chef adjoint Rooke, 2013 ABQB 611, 87 Alta. L.R. (5th) 268, 573 A.R. 16, 301 C.C.C. (3d) 467, [2014] 2 W.W.R. 350, [2013] A.J. No. 1109 (QL), 2013 CarswellAlta 1973 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Sharlene Telles-Langdon et Michael Taylor, pour les appelants David Pelham, directeur de l’Établissement de Bowden, et le procureur général du Canada.

Doreen C. Mueller, pour l’appelante Sa Majesté la Reine du chef de l’Alberta.

Nathan J. Whitling et Dennis Edney, c.r., pour l’intimé.

Jasmine T. Akbarali et Gillian T. Hnatiw, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Fannie Lafontaine, François Larocque et David Taylor, pour l’intervenante Amnistie internationale (Canada).

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — La seule question en litige dans le présent appel est celle de l’établissement correctionnel où M. Khadr devrait être mis sous garde. C’est une question d’interprétation législative. En somme, si la peine de huit ans infligée à M. Khadr est traitée comme une seule peine globale pour l’ensemble des infractions pour lesquelles il a plaidé coupable, elle est en deçà du seuil minimal d’une peine pour adulte, de sorte que le sous-al.

and his sentence is to be served in a provincial facility.

[2] On the submissions before us, we are of the view that a proper interpretation of the relevant legislation does not permit Mr. Khadr's eight-year sentence to be treated as five distinct eight-year sentences to be served concurrently. For the purposes of placement, whatever interpretation is taken of the provisions, s. 20(a) of the *ITOA* applies in this case, with the result that placement should be in a provincial correctional facility.

[3] Accordingly, we would dismiss the appeal with costs and confirm the order of the Alberta Court of Appeal that Mr. Khadr's sentence is a youth sentence to be served in a provincial correctional facility for adults.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellants David Pelham, Warden of the Bowden Institution, and the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Winnipeg.

Solicitor for the appellant Her Majesty The Queen in Right of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Beresh Aloneissi O'Neill Hurley O'Keefe Millsap, Edmonton; Dennis Edney, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Lerner, Toronto.

Solicitors for the intervener Amnesty International Canada: Fannie Lafontaine, Québec; Power Law, Ottawa.

20a)(ii) de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, L.C. 2004, c. 21 (« *LTID* »), s'applique et que sa peine doit être purgée dans un établissement provincial.

[2] À la lumière des observations qui nous ont été présentées, nous sommes d'avis qu'une bonne interprétation des dispositions législatives pertinentes n'autorise pas à traiter la peine de huit ans infligée à M. Khadr comme cinq peines distinctes de huit ans à purger concurremment. Aux fins de la mise sous garde, quelque soit l'interprétation donnée aux dispositions, l'al. 20a) de la *LTID* s'applique en l'espèce, de sorte que c'est dans un établissement correctionnel provincial que doit se dérouler la détention.

[3] En conséquence, nous sommes d'avis de rejeter l'appel avec dépens et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel de l'Alberta selon laquelle la peine de M. Khadr est une peine spécifique qui doit être purgée dans un établissement correctionnel provincial pour adultes.

Jugement en conséquence.

Procureur des appelants David Pelham, directeur de l'Établissement de Bowden, et le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Winnipeg.

Procureur de l'appelante Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intimé : Beresh Aloneissi O'Neill Hurley O'Keefe Millsap, Edmonton; Dennis Edney, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Lerner, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Amnistie internationale (Canada) : Fannie Lafontaine, Québec; Juristes Power, Ottawa.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Jeffrey St-Cloud *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Criminal Lawyers' Association (Ontario)
and Canadian Civil Liberties
Association** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. ST-CLOUD

2015 SCC 27

File No.: 35626.

2014: November 6; 2015: May 15.

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

ON APPEAL FROM THE SUPERIOR COURT
OF QUEBEC

Criminal law — Interim release — Grounds justifying detention — Justice of peace ordering detention of accused awaiting trial on ground set out in s. 515(10)(c) of Criminal Code, that is, that his detention “is necessary to maintain confidence in the administration of justice” — Reviewing judge ordering release of accused — Proper interpretation of s. 515(10)(c) of Criminal Code — Restrictive interpretation rejected — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(10)(c).

Criminal law — Interim release — Review of decision of justice of peace — Decision by justice of peace to order detention of accused reversed by reviewing judge — Cases in which review provided for in ss. 520 and 521 of Criminal Code is available in interim release context — Whether reviewing judge erred in exercising his role by simply substituting his assessment of evidence for that of justice of peace — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 520, 521.

S was charged with one count of aggravated assault under s. 268 of the *Criminal Code* for having assaulted a bus driver together with two other individuals. The Crown opposed the interim release of S. The justice of the peace

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Jeffrey St-Cloud *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario,
Criminal Lawyers' Association (Ontario)
et Association canadienne des
libertés civiles** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. ST-CLOUD

2015 CSC 27

N° du greffe : 35626.

2014 : 6 novembre; 2015 : 15 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR SUPÉRIEURE DU
QUÉBEC

Droit criminel — Mise en liberté provisoire — Motifs justifiant la détention — Juge de paix ordonnant la détention de l'accusé en attente de son procès pour le motif prévu à l'art. 515(10)c du Code criminel, soit que celle-ci « est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice » — Juge réviseur ordonnant la mise en liberté de l'accusé — Quelle est l'interprétation que doit recevoir l'art. 515(10)c du Code criminel? — Rejet de l'interprétation restrictive — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 515(10)c.

Droit criminel — Mise en liberté provisoire — Révision de la décision d'un juge de paix — Décision du juge de paix d'ordonner la détention de l'accusé infirmée par le juge réviseur — Quels sont les cas donnant ouverture à la révision prévue aux art. 520 et 521 du Code criminel en matière de mise en liberté provisoire? — Le juge réviseur a-t-il erronément exercé son rôle en substituant purement et simplement son appréciation de la preuve à celle du juge de paix? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 520, 521.

S fait face à un chef d'accusation de voies de fait graves en vertu de l'art. 268 du *Code criminel* pour avoir, avec deux autres individus, agressé un chauffeur d'autobus. Le ministère public s'est opposé à la mise en liberté

who heard the initial application for release found that detention was necessary on the basis of s. 515(10)(b) and (c) *Cr. C.*, that is, because the interim detention of S was necessary for the protection or safety of the public, and to maintain confidence in the administration of justice. The justice who heard the second application for release on completion of the preliminary inquiry found that the detention of S was still justified under s. 515(10)(c). S then applied under s. 520 *Cr. C.* for a review by a Superior Court judge, who determined that the detention of S was not necessary under s. 515(10)(c) and ordered his release.

Held: The appeal should be allowed and the detention order restored.

The ground set out in s. 515(10)(c) of the *Criminal Code*, that is, that the detention of the accused “is necessary to maintain confidence in the administration of justice”, is a distinct ground that itself provides a basis for ordering the pre-trial detention of an accused. It is not a residual ground for detention that applies only where the first two grounds for detention provided for in s. 515(10)(a) and (b) are not satisfied. The scope of s. 515(10)(c) has been unduly restricted by the courts in some cases; this provision must not be interpreted narrowly or applied sparingly. The application of this ground for detention is not limited to exceptional circumstances, to unexplainable crimes, to the most heinous of crimes or to certain classes of crimes. The fact that detention may be justified only in rare cases is but a consequence of the application of s. 515(10)(c), and not a precondition to its application, a criterion a court must consider in its analysis or the purpose of the provision. Section 515(10)(c) is worded clearly, and it does not require exceptional or rare circumstances. Nor is the question whether a crime is unexplainable or unexplained a criterion that should guide justices in their analysis under s. 515(10)(c). This concept is ambiguous and confusing. Because many crimes may be explainable in one way or another, the unexplainable crime criterion is of little assistance. The application of a criterion based on the notion of an unexplainable crime could also lead to undesirable conclusions, since crimes that are heinous and horrific might not satisfy it. Such a criterion could give the public the impression that justices are justifying certain crimes, that is, crimes that are explainable.

provisoire de S. Le juge de paix qui a entendu la demande initiale de mise en liberté a conclu que la détention était nécessaire sur la base des al. 515(10)(b) et c) *C. cr.*, soit que la détention provisoire de S était nécessaire pour la protection ou la sécurité du public et pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice. Le juge de paix qui a entendu la deuxième demande de mise en liberté à la fin de l’enquête préliminaire a estimé que la détention de S était toujours justifiée en vertu de l’al. 515(10)(c). S a alors présenté une demande de révision en application de l’art. 520 *C. cr.* devant un juge de la Cour supérieure, qui a décidé que la détention de S n’était pas nécessaire au regard de l’al. 515(10)(c) et a ordonné sa mise en liberté.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l’ordonnance de détention est rétablie.

Le motif énoncé à l’al. 515(10)(c) du *Code criminel*, soit que la détention de l’accusé « est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice », est un motif distinct permettant à lui seul d’ordonner la détention avant procès d’un accusé. Il ne s’agit pas d’un motif résiduel de détention, applicable seulement lorsque les deux premiers motifs de détention prévus aux al. 515(10)(a) et (b) ne sont pas satisfaits. La portée de l’al. 515(10)(c) a été indûment restreinte par les tribunaux dans certains cas; cette disposition ne doit pas être interprétée restrictivement ou appliquée avec parcimonie. Le recours à ce motif de détention ne se limite pas aux circonstances exceptionnelles, aux crimes inexplicables, aux crimes les plus odieux ou encore à certaines catégories de crimes. Le fait que la détention ne puisse être justifiée qu’en de rares occasions n’est qu’une conséquence de l’application de l’al. 515(10)(c), et non une condition préalable à son application, un critère dont doit tenir compte le tribunal dans son analyse ou le but de cette disposition. Le libellé de l’al. 515(10)(c) est clair et n’exige pas des circonstances exceptionnelles ou rares. Le caractère inexplicable ou inexplicé du crime n’est pas non plus un critère qui devrait guider les juges dans leur analyse de l’al. 515(10)(c). Cette notion est ambiguë et source de confusion. Puisque bon nombre de crimes peuvent être explicables d’une façon ou d’une autre, le critère du crime inexplicable est peu utile. De surcroît, l’utilisation d’un critère fondée sur la notion de crime inexplicable pourrait donner lieu à des conclusions peu souhaitables, car des crimes odieux et horribles pourraient ne pas satisfaire à ce critère. Cette notion risque de créer dans l’esprit du public l’impression que les juges justifient certains crimes, soit ceux qui sont explicables.

In determining whether the detention of an accused is necessary to maintain confidence in the administration of justice, the justice must first consider the four circumstances that are expressly referred to in s. 515(10)(c). First of all, the justice must determine the apparent strength of the prosecution's case. The prosecutor is not required to prove beyond a reasonable doubt that the accused committed the offence, and the justice must be careful not to play the role of trial judge or jury: matters such as the credibility of witnesses and the reliability of scientific evidence must be analyzed at trial, not at the release hearing. The justice must nevertheless consider the quality of the evidence tendered by the prosecutor in order to determine the weight to be given to this circumstance in his or her balancing exercise. The justice must also consider any defence raised by the accused. If there appears to be some basis for the defence, the justice must take this into account in analyzing the apparent strength of the prosecution's case.

Next, the justice must determine the objective gravity of the offence in comparison with the other offences in the *Criminal Code*. This is assessed on the basis of the maximum sentence — and the minimum sentence, if any — provided for in the *Criminal Code* for the offence.

The justice must then consider the circumstances surrounding the commission of the offence, including whether a firearm was used. Those that might be relevant under s. 515(10)(c) include the following: the fact that the offence is a violent, heinous or hateful one, that it was committed in a context involving domestic violence, a criminal gang or a terrorist organization, or that the victim was a vulnerable person. If the offence was committed by several people, the extent to which the accused participated in it may be relevant. The aggravating or mitigating factors that are considered by courts for sentencing purposes can also be taken into account.

Finally, the fourth circumstance to consider is the fact that the accused is liable for a potentially lengthy term of imprisonment. Although it is not desirable to establish a strict rule regarding the number of years that constitutes a lengthy term of imprisonment, some guidance is required. Because no crime is exempt from the possible application of s. 515(10)(c), the words “lengthy term of imprisonment” do not refer only to a life sentence. Moreover, to determine whether the accused is actually liable for a potentially lengthy term of imprisonment, the justice must consider all the circumstances of the case known at

Afin de déterminer si la détention de l'accusé est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice, le juge doit d'abord tenir compte des quatre circonstances mentionnées expressément à l'al. 515(10)c). En premier lieu, le juge doit décider si l'accusation paraît fondée. Le poursuivant n'est pas tenu de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis l'infraction, et le juge doit se garder de jouer le rôle du juge du procès ou du jury : la crédibilité des témoins, la fiabilité de la preuve scientifique et d'autres questions devront être analysées lors du procès et non à l'audience relative à la mise en liberté. Le juge doit tout de même tenir compte de la qualité de la preuve présentée par le poursuivant afin de déterminer le poids qu'il accordera à cette circonstance dans son exercice de pondération. Le juge doit également considérer tout moyen de défense soulevé par l'accusé. Si la défense paraît fondée, le juge doit en tenir compte dans son analyse de l'apparence de fondement de l'accusation.

Le juge doit ensuite déterminer la gravité objective de l'infraction, c'est-à-dire par rapport aux autres infractions du *Code criminel*. Cette gravité s'évalue en fonction de la sentence maximale — et, le cas échéant, de la sentence minimale — prévue par le *Code criminel* à l'égard de l'infraction.

Puis, le juge doit considérer les circonstances entourant la perpétration de l'infraction, y compris l'usage d'une arme à feu. Celles qui peuvent être pertinentes pour l'application de l'al. 515(10)c) sont entre autres les suivantes : le caractère violent, odieux ou haineux de l'infraction, le fait que celle-ci s'inscrive dans un contexte de violence domestique, de gang criminel ou d'organisation terroriste, et le fait qu'elle ait été commise à l'égard d'une personne vulnérable. S'il s'agit d'une infraction commise par plusieurs personnes, le degré de participation de l'accusé peut s'avérer pertinent. Les facteurs aggravants ou atténuants dont le tribunal tient compte dans la détermination de la peine peuvent également être considérés.

Enfin, la quatrième circonstance à considérer est le fait que le prévenu encourt une longue peine d'emprisonnement. Bien qu'il ne soit pas souhaitable d'établir une règle fixant précisément le nombre d'années qui constitue une longue peine d'emprisonnement, certaines indications sont nécessaires. Puisqu'aucun crime n'est exempté de l'application possible de l'al. 515(10)c), une longue peine d'emprisonnement ne s'entend pas seulement des peines d'emprisonnement à perpétuité. De plus, afin de déterminer si l'accusé encourt réellement une longue peine d'emprisonnement, le juge doit tenir compte de toutes les

the time of the hearing, as well as the principles for tailoring the applicable sentence. This fourth circumstance is assessed subjectively.

The circumstances listed in s. 515(10)(c) are not exhaustive. The court must consider all the circumstances of each case, paying particular attention to the four listed circumstances. No single circumstance is determinative: the justice must consider the combined effect of all the circumstances of each case to determine whether detention is justified. This involves balancing all the relevant circumstances. At the end of this balancing exercise, the ultimate question to be asked by the court is whether detention is necessary to maintain confidence in the administration of justice. Thus, the court must not order detention automatically even where the four listed circumstances support such a result. Some other circumstances that might be relevant are the personal circumstances of the accused (age, criminal record, physical or mental condition, and membership in a criminal organization), the status of the victim and the impact on society of a crime committed against that person, and the fact that the trial of the accused will be held at a much later date.

The justice's balancing of all the circumstances under s. 515(10)(c) must always be guided by the perspective of the "public", that is, of a reasonable person who is properly informed about the philosophy of the legislative provisions, the values of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and the actual circumstances of the case. The person in question is a thoughtful person, not one who is prone to emotional reactions, whose knowledge of the circumstances of the case is inaccurate or who disagrees with our society's fundamental values. However, this person is not a legal expert, and, although he or she is aware of the importance of the presumption of innocence and the right to liberty in our society, expects that someone charged with a crime will be tried within a reasonable period of time, and knows that a criminal offence requires proof of culpable intent and that the purpose of certain defences is to show the absence of such intent, the person is not able to appreciate the subtleties of the various defences that are available to the accused. This reasonable person's confidence in the administration of justice may be undermined not only if a court declines to order detention where detention is justified having regard to the circumstances of the case, but also if it orders detention where detention is not justified.

circonstances connues au moment de l'audience et des principes devant moduler la peine applicable. Cette quatrième circonstance s'évalue de façon subjective.

Les circonstances énumérées à l'al. 515(10)c) ne sont pas exhaustives. Le tribunal doit plutôt tenir compte de toutes les circonstances propres à chaque cas d'espèce, en prêtant une attention particulière aux quatre circonstances énumérées. Aucune circonstance n'est déterminante en soi : le juge doit considérer les effets combinés de toutes les circonstances de chaque affaire qui lui permettront de déterminer si la détention est justifiée. Il s'agit d'un exercice de pondération de toutes les circonstances pertinentes, au terme duquel le tribunal doit ultimement se poser la question suivante : la détention est-elle nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice? Le tribunal ne doit donc pas automatiquement ordonner la détention même si les quatre circonstances énumérées favorisent ce résultat. D'autres circonstances qui peuvent être pertinentes sont les circonstances propres à l'accusé (âge, antécédents criminels, condition physique ou mentale, appartenance à une organisation criminelle), le statut de la victime et l'impact sur la société d'un crime commis contre cette personne, ainsi que le fait que le procès de l'accusé aura lieu à une date très éloignée.

L'exercice de pondération de toutes les circonstances auquel doit se livrer le juge en application de l'al. 515(10)c) doit être en tout temps guidé par le point de vue du « public », c'est-à-dire celui d'une personne raisonnable, bien informée de la philosophie des dispositions législatives, des valeurs consacrées par la *Charte canadienne des droits et libertés* et des circonstances réelles de l'affaire. Cette personne est une personne réfléchie et non une personne aux réactions émotives, mal informée sur les circonstances de l'affaire ou en désaccord avec les valeurs fondamentales de notre société. Elle n'est toutefois pas un juriste et, bien qu'elle soit au fait de l'importance de la présomption d'innocence et du droit à la liberté dans notre société, qu'elle s'attende à ce que les personnes accusées d'un crime subissent leur procès dans un délai raisonnable, qu'elle sache que les infractions criminelles requièrent la preuve d'une intention coupable et que certaines défenses tendent à démontrer l'absence de cette intention, elle n'est pas en mesure d'apprécier les subtilités des différentes défenses qui s'offrent à l'accusé. La confiance de cette personne raisonnable envers l'administration de la justice peut être minée tout autant si le tribunal refuse d'ordonner une détention justifiée compte tenu des circonstances de l'espèce, que lorsqu'il l'ordonne alors qu'elle est injustifiée.

Sections 520 and 521 of the *Criminal Code* do not confer an open-ended discretion on the reviewing judge to vary the initial decision concerning the detention or release of the accused. They establish not a *de novo* proceeding, but a hybrid remedy. The judge must determine whether it is appropriate to exercise his or her power of review. Exercising this power will be appropriate in only three situations: (1) where there is admissible new evidence if that evidence shows a material and relevant change in the circumstances of the case; (2) where the impugned decision contains an error of law; or (3) where the decision is clearly inappropriate.

The four criteria from *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, are relevant to the determination of what constitutes new evidence for the purposes of the review provided for in ss. 520 and 521. Given the generally expeditious nature of the interim release process and the risks of violating the rights of the accused, and since the release hearing takes place at the very start of criminal proceedings and not at the end like the sentence appeal, a reviewing judge must be flexible in applying these four criteria. Regarding the first criterion, due diligence, the reviewing judge may consider evidence that is truly new or evidence that existed at the time of the initial release hearing but was not tendered for some reason that is legitimate and reasonable. Such new evidence is not limited to evidence that was unavailable to the accused before the initial hearing. In each case, the reviewing judge will have to determine whether the reason why the accused did not tender such pre-existing evidence earlier was legitimate and reasonable. As to the second criterion, it will suffice that the evidence be relevant for the purposes of s. 515(10). This criterion will therefore rarely be decisive in the context of an application for review under ss. 520 and 521, since the range of relevant evidence will generally be quite broad. The third criterion — that the evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief — must be interpreted in light of the relaxation of the rules of evidence at the bail stage and in particular of s. 518(1)(e) of the *Criminal Code*, which provides that “the justice may receive and base his decision on evidence considered credible or trustworthy by him in the circumstances of each case”. Finally, the fourth *Palmer* criterion should be modified as follows: the new evidence must be such that it is reasonable to think, having regard to all the relevant circumstances, that it could have affected the balancing exercise engaged in by the justice under s. 515(10)(c). The new evidence must therefore be significant. If the new

Les articles 520 et 521 du *Code criminel* ne confèrent pas au juge réviseur un pouvoir discrétionnaire illimité pour modifier la décision initiale relative à la détention ou à la mise en liberté de l'accusé. Ces dispositions n'établissent pas une procédure *de novo*, mais plutôt un recours de nature hybride. Le juge doit se demander s'il est opportun qu'il exerce ce pouvoir de révision. L'opportunité d'exercer ce pouvoir ne se présentera que dans trois cas : (1) en présence d'une preuve nouvelle admissible si celle-ci démontre un changement important et pertinent dans les circonstances de l'affaire; (2) en présence d'une erreur de droit dans la décision contestée; ou (3) en présence d'une décision manifestement inappropriée.

Les quatre critères de l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, sont pertinents pour déterminer en quoi consiste une preuve nouvelle pour les besoins de la révision prévue aux art. 520 et 521. Étant donné la nature généralement expéditive du processus de mise en liberté provisoire et les risques d'atteinte aux droits de l'accusé, et puisque l'audience sur mise en liberté survient au tout début des procédures criminelles et non à la fin comme l'appel de la peine, les juges réviseurs doivent faire preuve de souplesse dans l'application de ces quatre critères. En ce qui concerne le premier critère, la diligence raisonnable, le juge réviseur peut tenir compte d'éléments de preuve véritablement nouveaux ou d'éléments qui existaient au moment de l'audience initiale sur la mise en liberté de l'accusé, mais qui n'ont pas été présentés pour une raison légitime et raisonnable. Cette preuve nouvelle ne se limite pas à des éléments auxquels l'accusé n'a pas eu accès avant l'audience initiale. Il appartiendra aux juges réviseurs de déterminer, dans chaque cas, si la raison pour laquelle l'accusé n'a pas présenté plus tôt ces éléments de preuve préexistants était légitime et raisonnable. Quant au deuxième critère, il suffit que la preuve soit pertinente pour les besoins du par. 515(10). Ce critère sera donc rarement décisif lors d'une demande de révision en vertu des art. 520 et 521, puisque l'éventail de preuves pertinentes sera généralement assez large. En ce qui concerne le troisième critère — soit que la preuve doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi —, il doit être interprété à la lumière de l'assouplissement des règles de preuve à l'étape de la mise en liberté sous caution, en particulier de l'al. 518(1)e) du *Code criminel*, lequel prévoit que « le juge de paix peut recevoir toute preuve qu'il considère plausible ou digne de foi dans les circonstances de l'espèce et fonder sa décision sur cette preuve ». Enfin, il convient de modifier ainsi le quatrième critère de l'arrêt *Palmer* : la preuve nouvelle doit être telle qu'il est raisonnable de penser que, compte tenu de toutes

evidence meets the four criteria for admissibility, the reviewing judge is authorized to repeat the analysis under s. 515(10)(c) as if he or she were the initial decision-maker.

It will also be appropriate to intervene if the justice has erred in law or if the impugned decision was clearly inappropriate, that is, if the justice who rendered it gave excessive weight to one relevant factor or insufficient weight to another. The reviewing judge therefore does not have the power to interfere with the initial decision simply because he or she would have weighed the relevant factors differently.

In this case, the Superior Court judge intervened even though there was no basis for a review, given that there was no change in circumstances and no error of law, and that the initial decision was not clearly inappropriate. When all the relevant circumstances are weighed as required by s. 515(10)(c), the detention of S was necessary to maintain confidence in the administration of justice.

Cases Cited

Considered: *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309; **referred to:** *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Thomson* (2004), 21 C.R. (6th) 209; *R. v. B. (A.)* (2006), 204 C.C.C. (3d) 490; *R. v. Pichler*, 2009 ABPC 24; *R. v. Teemotee*, 2011 NUCJ 17; *R. v. Bhullar*, 2005 BCCA 409; *R. v. Brotherston*, 2009 BCCA 431, 71 C.R. (6th) 81; *R. v. LaFramboise* (2005), 203 C.C.C. (3d) 492; *R. v. D. (R.)*, 2010 ONCA 899, 273 C.C.C. (3d) 7; *R. v. Blind* (1999), 139 C.C.C. (3d) 87; *R. v. Rondeau* (1996), 108 C.C.C. (3d) 474; *R. v. Summers*, 2014 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575; *R. v. Coates*, 2010 QCCA 919; *R. v. Mordue* (2006), 223 C.C.C. (3d) 407; *R. v. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269; *R. v. Lamothe* (1990), 58 C.C.C. (3d) 530; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Trout*, 2006 MBCA 96, 205 Man. R. (2d) 277; *R. v. Turcotte*, 2014 QCCA 2190; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459; *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446; *R. v. Oliver*, 2008 NLCA 27, 287 Nfld. & P.E.I.R. 123; *R. v. Massan*, 2012 MBCA 26, 289 C.C.C. (3d) 285; *R. v. White*, 2005 ABCA 403, 202 C.C.C. (3d) 295; *United States of America v. Chan* (2000), 144 C.C.C. (3d) 93; *United States of America v. Pannell* (2005), 193 C.C.C. (3d) 414; *United States of America v. Yuen*, 2004 ABCA 368, 363 A.R. 28;

les circonstances pertinentes, elle aurait été susceptible d'influencer l'exercice de pondération auquel s'est livré le premier juge pour l'application de l'al. 515(10)c). Cette nouvelle preuve doit donc être significative. Si la preuve nouvelle satisfait aux quatre critères d'admissibilité, le juge réviseur est autorisé à reprendre l'analyse fondée sur l'al. 515(10)c) comme s'il était le premier décideur.

L'opportunité d'intervenir existera aussi lorsqu'une erreur de droit a été commise par le premier juge, ou lorsque la décision contestée est manifestement inappropriée, c'est-à-dire lorsque le juge ayant rendu la décision contestée a accordé trop d'importance à un facteur pertinent ou pas suffisamment à un autre. Il ne s'agit donc pas d'accorder aux juges réviseurs le pouvoir d'intervenir à l'égard de la décision initiale simplement parce qu'ils auraient accordé un poids différent aux facteurs pertinents.

En l'espèce, le juge de la Cour supérieure est intervenu alors qu'il n'y avait pas matière à révision, vu l'absence de changement de circonstances et d'erreur de droit, et le fait que la décision initiale n'était pas manifestement inappropriée. La pondération de toutes les circonstances pertinentes, comme le requiert l'al. 515(10)c), rendait nécessaire la détention de S afin de ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice.

Jurisprudence

Arrêt examiné : *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309; **arrêts mentionnés :** *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Thomson* (2004), 21 C.R. (6th) 209; *R. c. B. (A.)* (2006), 204 C.C.C. (3d) 490; *R. c. Pichler*, 2009 ABPC 24; *R. c. Teemotee*, 2011 NUCJ 17; *R. c. Bhullar*, 2005 BCCA 409; *R. c. Brotherston*, 2009 BCCA 431, 71 C.R. (6th) 81; *R. c. LaFramboise* (2005), 203 C.C.C. (3d) 492; *R. c. D. (R.)*, 2010 ONCA 899, 273 C.C.C. (3d) 7; *R. c. Blind* (1999), 139 C.C.C. (3d) 87; *R. c. Rondeau*, [1996] R.J.Q. 1155; *R. c. Summers*, 2014 CSC 26, [2014] 1 R.C.S. 575; *R. c. Coates*, 2010 QCCA 919; *R. c. Mordue* (2006), 223 C.C.C. (3d) 407; *R. c. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269; *R. c. Lamothe*, [1990] R.J.Q. 973; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Trout*, 2006 MBCA 96, 205 Man. R. (2d) 277; *R. c. Turcotte*, 2014 QCCA 2190; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459; *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446; *R. c. Oliver*, 2008 NLCA 27, 287 Nfld. & P.E.I.R. 123; *R. c. Massan*, 2012 MBCA 26, 289 C.C.C. (3d) 285; *R. c. White*, 2005 ABCA 403, 202 C.C.C. (3d) 295; *United States of America c. Chan* (2000), 144 C.C.C. (3d) 93; *United States of America c. Pannell* (2005), 193 C.C.C. (3d) 414; *United States of America c. Yuen*, 2004 ABCA

Tenenbaum v. United States of America, 2008 ABCA 396, 446 A.R. 155; *Delagarde v. United States of America* (2005), 293 N.B.R. (2d) 80; *United States of America v. Palmucci*, 2001 CanLII 38680; *Boily v. États-Unis Mexicains*, 2005 QCCA 599; *Ivanov v. United States of America*, 2003 NLCA 11, 223 Nfld. & P.E.I.R. 44; *Seifert v. Canada (Attorney General)*, 2002 BCCA 385, 171 B.C.A.C. 203; *United States of America v. Graham*, 2004 BCCA 162, 195 B.C.A.C. 245; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948; *R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163; *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721; *R. v. Muise* (1994), 94 C.C.C. (3d) 119; *R. v. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41; *Ell v. Alberta*, 2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579; *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520; *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484; *R. v. Price*, [1993] 3 S.C.R. 633; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2; *R. v. Dagenais*, 2012 QCCA 244; *R. v. Riendeau*, 2012 QCCA 1155.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(d), (e), 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 34, 232, 267(b), 268, 469, 515(1), (2), (4) to (4.3), (5), (6), (8), (10), 517(1)(b), 518, 520, 521, 523(2)(b), 680, 687, 718.2(d), 719(3), (3.1), 723, 730, 731, 732.1(3), 734.
Criminal Law Improvement Act, 1996, S.C. 1997, c. 18, s. 59(2).
Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 18(2).
Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6, s. 37(5).
Young Offenders Act, R.S.C. 1985, c. Y-1, s. 16(9), (10).
Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, s. 33(1).

Authors Cited

Morissette, Yves-Marie. “The Exclusion of Evidence under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: What To Do and What Not To Do” (1984), 29 *McGill L.J.* 521.
 Quigley, Tim. *Procedure in Canadian Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2005 (loose-leaf updated 2014, release 5).
 Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. *Sentencing*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.

368, 363 A.R. 28; *Tenenbaum c. United States of America*, 2008 ABCA 396, 446 A.R. 155; *Delagarde c. United States of America* (2005), 293 R.N.-B. (2^e) 80; *United States of America c. Palmucci*, 2001 CanLII 38680; *Boily c. États-Unis Mexicains*, 2005 QCCA 599; *Ivanov c. United States of America*, 2003 NLCA 11, 223 Nfld. & P.E.I.R. 44; *Seifert c. Canada (Attorney General)*, 2002 BCCA 385, 171 B.C.A.C. 203; *United States of America c. Graham*, 2004 BCCA 162, 195 B.C.A.C. 245; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948; *R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721; *R. c. Muise* (1994), 94 C.C.C. (3d) 119; *R. c. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41; *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S. 857; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579; *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520; *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484; *R. c. Price*, [1993] 3 R.C.S. 633; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2; *R. c. Dagenais*, 2012 QCCA 244; *R. c. Riendeau*, 2012 QCCA 1155.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d), e), 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 34, 232, 267b), 268, 469, 515(1), (2), (4) à (4.3), (5), (6), (8), (10), 517(1)b), 518, 520, 521, 523(2)b), 680, 687, 718.2d), 719(3), (3.1), 723, 730, 731, 732.1(3), 734.
Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale, L.C. 1997, c. 18, art. 59(2).
Loi sur l'extradition, L.C. 1999, c. 18, art. 18(2).
Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, c. 6, art. 37(5).
Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, c. 1, art. 33(1).
Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. 1985, c. Y-1, art. 16(9), (10).

Doctrine et autres documents cités

Morissette, Yves-Marie. « The Exclusion of Evidence under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: What To Do and What Not To Do » (1984), 29 *R.D. McGill* 521.
 Quigley, Tim. *Procedure in Canadian Criminal Law*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2005 (loose-leaf updated 2014, release 5).
 Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. *Sentencing*, 8th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2012.

Trotter, Gary T. *The Law of Bail in Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 2010 (loose-leaf updated 2014, release 3).

APPEAL from a decision of the Quebec Superior Court (Martin J.), 2013 QCCS 5021, [2013] AZ-51009868, [2013] J.Q. n° 14227 (QL), 2013 CarswellQue 10825 (WL Can.), allowing an application under s. 520 of the *Criminal Code* for review of a detention order. Appeal allowed.

Christian Jarry and Geneviève Langlois, for the appellant.

André Lapointe and Guylaine Tardif, for the respondent.

Robert E. Gattrell and Avene Derwa, for the intervener the Attorney General of Ontario.

John Norris and Christine Mainville, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Anil K. Kapoor and Lindsay Daviau, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

English version of the judgment of the Court delivered by

WAGNER J. —

I. Introduction

[1] The repute of our criminal justice system rests on the deeply held belief of Canadians that the right to liberty and the presumption of innocence are fundamental values of our society that require protection. However, that repute also depends on the confidence citizens have that persons charged with serious crimes will not be able to evade justice, harm others or interfere with the administration of justice while awaiting trial. The risk that one of these events might tarnish the repute of the justice system was recognized by Parliament in enacting s. 515(10)(a) and (b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”), under which the interim detention of an accused may

Trotter, Gary T. *The Law of Bail in Canada*, 3rd ed., Toronto: Carswell, 2010 (loose-leaf updated 2014, release 3).

POURVOI contre une décision de la Cour supérieure du Québec (le juge Martin), 2013 QCCS 5021, [2013] AZ-51009868, [2013] J.Q. n° 14227 (QL), 2013 CarswellQue 10825 (WL Can.), qui a accueilli une requête en révision d’une ordonnance de détention en vertu de l’art. 520 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

Christian Jarry et Geneviève Langlois, pour l’appelante.

André Lapointe et Guylaine Tardif, pour l’intimé.

Robert E. Gattrell et Avene Derwa, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

John Norris et Christine Mainville, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Anil K. Kapoor et Lindsay Daviau, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE WAGNER —

I. Introduction

[1] La considération dont jouit notre système de justice pénale repose sur la conviction profonde des Canadiens et des Canadiennes que le droit à la liberté et la présomption d’innocence sont des valeurs fondamentales de notre société qu’il est essentiel de protéger. Mais cette considération est également tributaire de la confiance qu’ont les citoyens que les personnes accusées d’un crime sérieux ne pourront fuir la justice, causer préjudice à autrui ou nuire à l’administration de la justice lorsqu’elles sont en attente de leur procès. Le Parlement a reconnu ces risques d’atteinte à la considération du système de justice aux al. 515(10)a) et b) du *Code*

be ordered where that is necessary to ensure the attendance of the accused in court or to guarantee the protection or safety of the public.

[2] Moreover, Parliament judged that there are circumstances in which releasing an accused person could undermine the repute of the justice system, and this led it to provide, in s. 515(10)(c) *Cr. C.*, for a third ground for interim detention, maintaining confidence in the administration of justice. Thus, Parliament recognized that there are circumstances in which allowing a person charged with a serious crime to be released into the community pending trial in the face of overwhelming evidence might suggest to the public that justice has not been done: see *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309, at para. 26.

[3] This appeal affords the Court an opportunity to consider the circumstances in which pre-trial detention of an accused is necessary in order to maintain the confidence of the Canadian public in the administration of justice in accordance with s. 515(10)(c) *Cr. C.* This provision has already been considered by the Court in *Hall*, but the central issue in that case was the constitutionality of this ground for detention as it was worded at that time. In cases decided by lower courts since *Hall*, the provision has been given widely varying interpretations, making it necessary for the Court to provide further guidance on its application.

[4] The ground for detention in s. 515(10)(c) *Cr. C.* requires that an effort be made to strike an “appropriate balance between the rights of the accused and the need to maintain justice in the community”: *Hall*, at para. 41. In addition, judges must adopt the perspective of the public in determining whether detention is necessary. What the word “public” means is not always easy to understand. These difficulties no doubt explain why s. 515(10)(c) *Cr. C.* has generated so much discussion among legal experts and led to inconsistent results across the country.

criminel, L.R.C. 1985, c. C-46 (« *C. cr.* »), qui autorisent la mise en détention provisoire d’un accusé lorsqu’une telle mesure est nécessaire pour assurer sa présence au tribunal ou pour garantir la protection ou la sécurité du public.

[2] Le Parlement a en outre estimé que, dans certaines circonstances, la mise en liberté d’un accusé pouvait miner la considération dont jouit le système de justice. Il a donc prévu, à l’al. 515(10)c) *C. cr.*, un troisième motif de détention provisoire, le maintien de la confiance du public envers l’administration de la justice. Ainsi, le Parlement a reconnu que dans certaines situations, le fait de permettre à une personne accusée d’un crime grave de rester en liberté dans la collectivité en attendant son procès, lorsque la preuve qui pèse contre elle est accablante, peut engendrer auprès du public l’idée que justice n’est pas rendue : voir *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309, par. 26.

[3] Le présent pourvoi donne l’opportunité à la Cour d’examiner les circonstances dans lesquelles le maintien de la confiance du public canadien envers l’administration de la justice requiert la détention avant procès d’un accusé en vertu de l’al. 515(10)c) *C. cr.* Notre Cour s’est déjà penchée sur cette disposition dans l’arrêt *Hall*, mais la question centrale était alors la constitutionnalité de ce motif de détention tel qu’il était formulé à cette époque. Depuis, la jurisprudence des tribunaux inférieurs sur cette disposition révèle d’importantes divergences d’interprétation, qui incitent la Cour à fournir de plus amples précisions sur son application.

[4] Le motif de détention prévu à l’al. 515(10)c) *C. cr.* exige la recherche du « juste équilibre entre les droits de l’accusé et la nécessité de veiller à ce que la justice règne dans la collectivité » : *Hall*, par. 41. S’ajoute à cela la perspective du public, que doit adopter le juge afin de déterminer si la détention est nécessaire. Il s’agit d’une notion dont il n’est pas toujours aisé de saisir les contours. Ces difficultés expliquent sans doute pourquoi l’al. 515(10)c) *C. cr.* a fait couler tant d’encre chez les juristes et entraîné des résultats contradictoires à travers le pays.

[5] In my opinion, the scope of s. 515(10)(c) *Cr. C.* has been unduly restricted by the courts in some cases. This ground for detention is not necessarily limited to exceptional circumstances, to the most heinous of crimes involving circumstances similar to those in *Hall*, or to certain classes of crimes. The interpretation of s. 515(10)(c) *Cr. C.* has also been truncated by a misunderstanding of the meaning of the word “*public*” used in the provision’s French version (and implied in the word “*confidence*” used in the English version), which I will discuss below. For now, I will simply note that the “*public*” are reasonable, well-informed members of the community, but not legal experts with in-depth knowledge of our criminal justice system.

[6] This appeal is the first time this Court has been called upon to determine the extent of the power provided for in ss. 520 and 521 *Cr. C.* to review decisions with respect to detention or to interim release. Since a decision whether to order the pre-trial release of an accused involves a delicate balancing of all the relevant circumstances, the power of a judge hearing an application under s. 520 or 521 *Cr. C.* to review such a decision is not open-ended. I conclude that exercising this power will be appropriate in only three situations: (1) where there is admissible new evidence; (2) where the impugned decision contains an error of law; or (3) where the decision is clearly inappropriate. In the last of these situations, a reviewing judge cannot simply substitute his or her assessment of the evidence for that of the justice who rendered the impugned decision. It is only if the justice gave excessive weight to one relevant factor or insufficient weight to another that the reviewing judge can intervene.

[7] In the case at bar, the respondent, Jeffrey St-Cloud, was charged with aggravated assault under s. 268 *Cr. C.* The justice of the peace who heard the initial application for release found that detention

[5] Je suis d’avis que la portée de l’al. 515(10)c) *C. cr.* a été indûment restreinte par les tribunaux dans certains cas. Ce motif de détention n’est pas nécessairement limité à des circonstances exceptionnelles, aux crimes les plus odieux qui présenteraient des circonstances similaires à celles de l’affaire *Hall*, ou encore à certaines catégories de crimes. L’interprétation de l’al. 515(10)c) *C. cr.* a également été tronquée par une conception erronée de la notion de « *public* » dont fait mention le texte français de la disposition (et qui est sous-entendue dans la notion de « *confidence* » en anglais), notion sur laquelle je reviendrai plus loin. Pour l’instant, je me contenterai de rappeler que le « *public* » est une personne raisonnable et bien informée de la collectivité, mais qui n’est pas un juriste possédant une connaissance approfondie de notre système de justice criminelle.

[6] Par ailleurs, notre Cour est appelée pour la première fois en l’espèce à déterminer l’étendue du pouvoir de révision conféré par les art. 520 et 521 *C. cr.* à l’égard des décisions concernant la détention ou la mise en liberté provisoire. Puisque la décision de remettre ou non en liberté un accusé avant son procès constitue un exercice délicat de pondération de l’ensemble des circonstances pertinentes, le juge qui entend une requête en révision fondée sur l’art. 520 ou 521 *C. cr.* ne jouit pas d’un pouvoir illimité de révision de cette décision. Je conclus que l’opportunité d’exercer ce pouvoir ne se présentera que dans trois cas : (1) en présence d’une preuve nouvelle admissible; (2) en présence d’une erreur de droit dans la décision contestée; ou (3) en présence d’une décision manifestement inappropriée. Dans ce dernier cas, il n’est pas question pour le juge réviseur de simplement substituer son appréciation des faits à celle du juge ayant rendu la décision contestée. Ce n’est que lorsque ce dernier a accordé trop d’importance à un facteur pertinent ou à l’inverse pas suffisamment à un autre que le juge réviseur pourra intervenir.

[7] Dans la présente affaire, l’intimé Jeffrey St-Cloud a été accusé de voies de fait graves en vertu de l’art. 268 *C. cr.* Le juge de paix qui a entendu la demande initiale de mise en liberté a conclu

was necessary on the basis of s. 515(10)(b) and (c) *Cr. C.* The justice who heard the respondent's second application for release on completion of the preliminary inquiry found that his detention was still justified under s. 515(10)(c). The respondent then applied under s. 520 *Cr. C.* for a review by a Superior Court judge, who determined that detention was not necessary under s. 515(10)(c) and ordered the respondent's release. The Crown is appealing that decision to this Court.

[8] For the reasons that follow, I would allow the appeal. The detention of the respondent is necessary to maintain confidence in the administration of justice. I will explain why.

II. Background and Judicial History

[9] On the night of April 24, 2013, the respondent and two other individuals committed an extremely violent assault against a bus driver working for the Société de transport de Montréal. The incident was recorded by the video system on the bus, and the recording showed that the respondent had been an active participant in the assault. The three individuals struck the driver in the head many times, leaving him with serious long-term injuries. Even the intervention of passengers was not enough to stop the attack right away. The respondent was charged with aggravated assault under s. 268 *Cr. C.*

A. *Court of Québec (Judge Lavergne), No. 500-01-088824-138, April 29, 2013*¹

[10] The first release hearing took place on April 26, 2013 before Judge Lavergne. The appellant opposed the respondent's release. At the time of the hearing, the victim was still in the hospital

¹ Judge Lavergne issued a publication ban under s. 517(1)(b) of the *Criminal Code* (see Appendix) on April 26, 2013. I note that no one raised the issue of the publication ban in this appeal, and I do not interpret s. 517(1)(b) as preventing the Court from publishing these reasons for judgment in the Supreme Court Reports and from posting them online following the Court's usual practice.

que la détention était nécessaire sur la base des al. 515(10)(b) et c) *C. cr.* Le juge de paix qui a entendu la deuxième demande de mise en liberté de l'intimé à la fin de l'enquête préliminaire a estimé que sa détention était toujours justifiée en vertu de l'al. 515(10)(c). L'intimé a alors présenté une demande de révision en application de l'art. 520 *C. cr.* devant un juge de la Cour supérieure, qui a décidé que la détention de l'intimé n'était pas nécessaire au regard de l'al. 515(10)(c) et a ordonné sa mise en liberté. Le ministère public se pourvoit contre cette dernière décision devant notre Cour.

[8] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. La détention de l'intimé est nécessaire pour maintenir la confiance du public envers l'administration de la justice. Voici pourquoi.

II. Contexte et historique judiciaire

[9] Dans la nuit du 24 avril 2013, l'intimé ainsi que deux autres individus ont agressé avec une rare violence un chauffeur d'autobus de la Société de transport de Montréal. La scène a été captée par le système vidéo de l'autobus et les images ont démontré la participation active de l'intimé à l'agression. Les trois individus ont roué le chauffeur de nombreux coups à la tête qui l'ont laissé avec d'importantes séquelles à long terme. Même l'intervention de passagers n'a pas immédiatement permis de mettre fin à l'agression. L'intimé a été accusé de voies de fait graves en application de l'art. 268 *C. cr.*

A. *Cour du Québec (le juge Lavergne), n° 500-01-088824-138, 29 avril 2013*¹

[10] La première audience sur la mise en liberté a eu lieu le 26 avril 2013 devant le juge Lavergne. L'appelante s'est opposée à la mise en liberté de l'intimé. Au moment de l'audience, la victime était

¹ Le juge Lavergne a prononcé une interdiction de publication en vertu de l'al. 517(1)(b) du *Code criminel* (voir l'annexe) le 26 avril 2013. Je note que personne n'a soulevé la question de cette interdiction de publication dans le cadre du pourvoi, et je ne considère pas que l'al. 517(1)(b) a pour effet d'empêcher la Cour de publier les présents motifs dans le Recueil des arrêts de la Cour suprême et de les mettre en ligne conformément à sa pratique habituelle.

and the medical prognosis was uncertain. However, it was known that he had, at the very least, a hairline fracture to a facial bone and a concussion.

[11] Judge Lavergne stated at the outset that the onus was on the prosecutor to show that the respondent's detention was necessary. After balancing the relevant factors, he found on the basis of s. 515(10)(b) *Cr. C.* that the interim detention of the respondent was necessary for the protection or safety of the public.

[12] Judge Lavergne nevertheless continued his analysis and considered the circumstances set out in s. 515(10)(c) *Cr. C.* The first three — (1) the apparent strength of the prosecution's case, (2) the gravity of the offence and (3) the circumstances surrounding the commission of the offence — had already been discussed in the context of the ground set out in s. 515(10)(b). He also considered the fourth circumstance, namely the fact that the respondent was liable, on conviction, for a potentially lengthy term of imprisonment (maximum sentence of 14 years). As well, he was of the opinion that aggravating factors were evident from the circumstances of the case.

[13] Judge Lavergne then explained that s. 515(10)(c) [TRANSLATION] "calls for an analysis of whether, at the end of the day, after all the circumstances are considered . . . there is a reasonable collective expectation that interim release must be denied to maintain public confidence in the administration of justice": pp. 18-19. He made the following comments in this regard:

[TRANSLATION] But who then is the public? The public means persons who are reasonable, dispassionate and properly informed about the values expressed in legislation, including the presumption of innocence, which applies throughout the criminal process, as I have said, but who are also informed about all the circumstances associated with the commission of a crime.

In light of the videotape and all the circumstances, the defendant's participation, the likelihood of a conviction and the chances of a significant term of imprisonment,

toujours hospitalisée et le pronostic médical était incertain. On savait cependant qu'elle avait à tout le moins subi une fissure d'un os du visage ainsi qu'une commotion cérébrale.

[11] D'entrée de jeu, le juge Lavergne a précisé qu'il appartenait au poursuivant de démontrer la nécessité de la détention de l'intimé. Après avoir procédé à la pondération des facteurs pertinents, le juge Lavergne a conclu, en application de l'al. 515(10)b) *C. cr.*, que la détention provisoire de l'intimé était nécessaire pour la protection ou la sécurité du public.

[12] Le juge a néanmoins poursuivi son analyse et examiné les circonstances énoncées à l'al. 515(10)c) *C. cr.* Les trois premières avaient déjà été examinées dans l'analyse du motif prévu à l'al. 515(10)b) : (1) l'apparence de fondement de l'accusation; (2) la gravité de l'infraction; et (3) les circonstances entourant sa perpétration. Le juge a aussi tenu compte de la quatrième circonstance, soit le fait que l'intimé encourt, en cas de condamnation, une longue peine d'emprisonnement (peine maximale de 14 ans). Il était également d'avis que des facteurs aggravants ressortaient des circonstances de l'affaire.

[13] Le juge Lavergne a ensuite expliqué que l'al. 515(10)c) « induit à analyser si, au bout du compte, après considération de toutes les circonstances [. . .] il existe une expectative collective raisonnable de la nécessité de refuser la mise en liberté provisoire pour maintenir la confiance du public dans l'administration de la justice » : p. 18-19. Il a formulé les précisions suivantes :

Mais qu'est-ce donc le public? Le public réfère à la personne raisonnable, objective, bien informée des valeurs véhiculées par les lois, notamment la présomption d'innocence qui existe tout au long du processus pénal, ainsi que je l'ai indiqué, mais informée aussi de toutes les circonstances qui marquent la perpétration d'un crime.

Le Tribunal est convaincu que cette personne raisonnable, au vu de la bande vidéo et de toutes les circonstances, de la participation du défendeur, de la probabilité

the Court is satisfied that such a reasonable person would conclude that interim release must be denied. [p. 19]

[14] Finding that the Crown had discharged its burden under s. 515(10)(c) *Cr. C.*, Judge Lavergne accordingly ordered the detention of the respondent until further order.

B. *Court of Québec (Judge Legault), No. 500-01-088824-138, June 21, 2013*

[15] On completion of his preliminary inquiry, the respondent applied again to be released, this time on the basis of s. 523(2)(b) *Cr. C.* Judge Legault began by explaining that the onus was on the respondent to show some new cause for ordering his release and that the court had a [TRANSLATION] “limited power that requires [it] to show restraint”: para. 2.

[16] Noting that the evidence concerning the circumstances of the offence seemed to be the same that had been presented at the time of the initial application, however, Judge Legault expressed the opinion that there were also some new facts, including a substantial increase in the financial security provided by the respondent’s family and the possibility of his obtaining regular employment at a garage.

[17] Judge Legault found on the basis of the new facts that the risk of reoffending was [TRANSLATION] “reduced”. He also considered it “credible” that the respondent was seriously committed to working or studying: paras. 20-21. However, he noted that the victim’s medical condition had worsened.

[18] Judge Legault therefore accepted Judge Lavergne’s conclusion that the detention of the respondent was necessary to maintain confidence in the administration of justice, the ground provided for in s. 515(10)(c) *Cr. C.* He agreed with Judge Lavergne that there was [TRANSLATION] “a reasonable collective expectation that interim release must be denied

d’une condamnation et des risques d’une peine significative d’emprisonnement, que cette personne conclurait que le refus de la remise en liberté provisoire s’impose. [p. 19]

[14] Concluant que le ministère public s’était déchargé de son fardeau en vertu de l’al. 515(10)(c) *C. cr.*, le juge Lavergne a ordonné la détention de l’intimé jusqu’à nouvel ordre.

B. *Cour du Québec (le juge Legault), n° 500-01-088824-138, 21 juin 2013*

[15] Au terme de l’enquête préliminaire, l’intimé a présenté une nouvelle demande de mise en liberté, cette fois suivant l’al. 523(2)(b) *C. cr.* Le juge Legault a d’abord expliqué qu’il incombait à l’intimé de démontrer l’existence de motifs justificatifs nouveaux, et que la cour disposait d’un « pouvoir limité qui demande au tribunal de faire preuve de réserve » : par. 2.

[16] Notant que la preuve des circonstances de l’infraction semblait être la même que celle présentée lors de la requête initiale, le juge Legault a cependant exprimé l’avis qu’il existait également des faits nouveaux, notamment l’augmentation substantielle des garanties financières fournies par la famille de l’intimé et la possibilité que celui-ci obtienne un emploi régulier dans un garage.

[17] Le juge Legault a conclu des faits nouveaux que les risques de récidive étaient « amenuisés », estimant également « crédible » la volonté de l’intimé de s’engager sérieusement dans un travail, voire dans ses études : par. 20-21. Il a noté, par contre, que la situation médicale de la victime était plus grave.

[18] Le juge Legault s’est donc rallié à la conclusion du juge Lavergne selon laquelle la détention de l’intimé était nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice, motif prévu à l’al. 515(10)(c) *C. cr.* À l’instar du juge Lavergne, le juge Legault a estimé qu’il existait « une expectative collective raisonnable de

to maintain public confidence in the administration of justice”: para. 25.

C. *Quebec Superior Court (Martin J.), 2013 QCCS 5021*

[19] On July 2, 2013, the respondent applied to the Superior Court under s. 520 *Cr. C.* for a review of the detention order.

[20] Martin J. began by stating that he understood from Judge Legault’s decision that the latter had concluded that the detention of the respondent was not necessary for the protection or safety of the public within the meaning of s. 515(10)(b) *Cr. C.* In Martin J.’s opinion, Judge Legault would therefore have granted the respondent bail had it not been for the ground set out in s. 515(10)(c) *Cr. C.*, namely the need for detention in order to maintain confidence in the administration of justice.

[21] Martin J. then noted that it was up to the respondent to show a reviewable error by the justices who had ordered his detention. Referring to *Hall*, he concluded that s. 515(10)(c) *Cr. C.* must be [TRANSLATION] “used sparingly”: para. 22 (CanLII).

[22] Martin J. stated the test he had to apply as follows:

[TRANSLATION] . . . Could a reasonable person who has no interest in the situation, but who is well versed in the content of the Charter of Rights, the provisions of the Criminal Code and the principles laid down by the Supreme Court, conclude that confidence in the administration of justice would be undermined if the person in question were released? It is in fact the justice who must assess this on the basis of the facts in evidence. [para. 23]

[23] Martin J. concluded that, in the instant case, the incident was [TRANSLATION] “repugnant . . . heinous and unjustifiable”, but not unexplainable: para. 27. In his opinion, the two justices had therefore erred in denying release on the basis of the

la nécessité de refuser la mise en liberté provisoire pour maintenir la confiance du public dans l’administration de la justice » : par. 25.

C. *Cour supérieure du Québec (le juge Martin), 2013 QCCS 5021*

[19] Le 2 juillet 2013, l’intimé a saisi la Cour supérieure d’une requête en révision de l’ordonnance de détention, en vertu de l’art. 520 *C. cr.*

[20] Le juge Martin a d’abord indiqué qu’il ressortait selon lui de la décision du juge Legault que ce dernier avait conclu que la détention de l’intimé n’était pas nécessaire pour la protection ou la sécurité du public aux termes de l’al. 515(10)(b) *C. cr.* De l’avis du juge Martin, le juge Legault aurait donc libéré l’intimé moyennant un cautionnement n’eût été du motif prévu à l’al. 515(10)(c) *C. cr.*, soit la nécessité de la détention pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice.

[21] Le juge Martin a précisé ensuite qu’il appartenait à l’intimé d’établir une erreur révisable de la part des juges ayant ordonné sa détention. Se référant à l’affaire *Hall*, le juge Martin a conclu que l’al. 515(10)(c) *C. cr.* devait être « appliqué avec parcimonie » : par. 22 (CanLII).

[22] Le juge Martin a énoncé en ces termes le test qu’il devait appliquer :

. . . Est-ce qu’un homme raisonnable, sans aucun intérêt dans la situation, mais bel et bien instruit dans le contenu de la Charte des droits, dans les dispositions du Code criminel et dans les enseignements de la Cour Suprême, est-ce que cette personne pourrait conclure que la confiance du public dans l’administration de la justice serait minée par la libération de la personne en question. Effectivement, c’est le juge qui est appelé à évaluer cette formule-là face aux faits mis en preuve devant lui. [par. 23]

[23] En l’espèce, le juge Martin a considéré que l’incident était « répugnant [. . .] odieux et ne [pouvait] être justifié », mais qu’il n’était pas inexplicable : par. 27. À son avis, les deux premiers juges avaient donc eu tort de refuser la mise en liberté

ground set out in s. 515(10)(c) *Cr. C.* He accordingly granted the respondent's application and ordered his release.

III. Issues

[24] This appeal raises the following questions:

1. What is the proper interpretation of s. 515(10)(c) *Cr. C.*?
2. What are the cases in which the review provided for in ss. 520 and 521 *Cr. C.* is available in the interim release context?
3. In this case, did the Superior Court judge err in his interpretation of s. 515(10)(c) *Cr. C.*?
4. In this case, did the Superior Court judge err in exercising his role as a reviewing judge under s. 520 *Cr. C.* by simply substituting his assessment of the evidence for that of the justices?

IV. Analysis

A. *Proper Interpretation of Section 515(10)(c) Cr. C.*

(1) Legislative and Judicial Context

[25] Although the legislative history of s. 515(10) *Cr. C.* was explained clearly by this Court in *Hall*, I believe that it will be helpful to summarize it here.

[26] I should begin by mentioning that the pre-trial release provisions are of relatively ancient origin:

In 1869, the Federal Government enacted legislation making bail discretionary for all offences: see *An Act respecting the duties of Justices of the Peace, out of Sessions, in relation to persons charged with Indictable Offences*, S.C. 1869, c. 30. Bail was therefore left to the discretion of the judge. Although the primary determinant for denying

pour le motif prévu à l'al. 515(10)c) *C. cr.* En conséquence, il a accueilli la requête de l'intimé et ordonné sa mise en liberté.

III. Questions en litige

[24] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

1. Quelle est l'interprétation que doit recevoir l'al. 515(10)c) *C. cr.*?
2. Quels sont les cas donnant ouverture à la révision prévue aux art. 520 et 521 *C. cr.* en matière de mise en liberté provisoire?
3. En l'espèce, le juge de la Cour supérieure a-t-il erré dans son interprétation de l'al. 515(10)c) *C. cr.*?
4. En l'espèce, le juge de la Cour supérieure a-t-il erronément exercé son rôle de juge réviseur prévu à l'art. 520 *C. cr.*, en substituant purement et simplement son appréciation de la preuve à celle des juges de paix?

IV. Analyse

A. *L'interprétation appropriée de l'al. 515(10)c) C. cr.*

(1) Contexte législatif et judiciaire

[25] Dans l'arrêt *Hall*, notre Cour a bien expliqué l'historique législatif du par. 515(10) *C. cr.* Je crois toutefois utile d'en rappeler les grandes lignes.

[26] Mentionnons d'abord que les dispositions régissant la mise en liberté avant procès ont des origines relativement anciennes :

En 1869, le gouvernement fédéral a adopté une loi qui rendait discrétionnaire la mise en liberté sous caution pour toutes les infractions : voir l'*Acte concernant les devoirs des juges de paix, hors des sessions, relativement aux personnes accusées de délits poursuivables par voie d'accusation*, S.C. 1869, ch. 30. La mise en liberté sous

bail was the need to compel the accused's attendance, courts also considered other factors such as the nature of the offence, the severity of the penalty, the evidence against the accused, and the character of the accused: see, for example, *R. v. Gottfriedson* (1906), 10 C.C.C. 239 (B.C. Co. Ct.); *Re N.* (1945), 87 C.C.C. 377 (P.E.I.S.C.).

In 1972 the law of bail was recodified: *Bail Reform Act*, S.C. 1970-71-72, c. 37. The Act identified two branches for refusing bail: (1) where the accused's detention was necessary to ensure his attendance in Court; or (2) where detention was "necessary in the public interest or for the protection or safety of the public" against the accused re-offending or interfering with the administration of justice. The use of "or" in the second branch led to the view that there were in effect three grounds for denying bail: (1) ensuring appearance at trial; (2) protection against criminal offences pending trial; and (3) the "public interest". These grounds were originally enacted as s. 457(7)(a) and (b) of the *Criminal Code*, and later became s. 515(10)(a) and (b).

(*Hall*, at paras. 14-15)

[27] Since the enactment of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("Charter") in 1982, any person charged with an offence has the right "not to be denied reasonable bail without just cause": s. 11(e). This Court has stated that s. 11(e) creates "a basic entitlement to be granted reasonable bail unless there is just cause to do otherwise": *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, at p. 691. Section 11(e) has two distinct components: (1) the right to "reasonable bail" in terms of quantum of any monetary component and any other conditions that might be imposed; and (2) the right not to be denied bail without "just cause".

[28] In *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711, this Court struck down the component of s. 515(10)(b) *Cr. C.* that authorized pre-trial detention on the ground that detaining the accused was necessary in

caution était donc laissée à la discrétion du juge. Même si la principale cause de refus invoquée était la nécessité de contraindre l'accusé à se présenter à son procès, les tribunaux ont également tenu compte d'autres facteurs tels la nature de l'infraction, la sévérité de la peine, la preuve pesant contre l'accusé et la moralité de ce dernier : voir, par exemple, *R. c. Gottfriedson* (1906), 10 C.C.C. 239 (C. cté C.-B.); *Re N.* (1945), 87 C.C.C. 377 (C.S.Î.-P.-É.).

En 1972, le droit applicable en matière de liberté sous caution a fait l'objet d'une nouvelle codification : *Loi sur la réforme du cautionnement*, S.C. 1970-71-72, ch. 37. La Loi prévoyait deux motifs de refuser d'accorder la mise en liberté sous caution : (1) la détention de l'accusé était nécessaire pour assurer sa présence au tribunal, ou (2) sa détention était « nécessaire dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public » afin de l'empêcher de récidiver ou de nuire à l'administration de la justice. L'emploi du mot « ou » dans le second motif a amené à croire qu'il existait en réalité trois motifs de refuser d'accorder la mise en liberté sous caution : (1) assurer la comparution au procès, (2) la protection contre les infractions criminelles avant le procès, et (3) l'« intérêt public ». Édictés à l'origine aux al. 457(7)a) et b) du *Code criminel*, ces motifs se sont retrouvés par la suite aux al. 515(10)a) et b).

(*Hall*, par. 14-15)

[27] Depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« Charte ») en 1982, tout inculpé a le droit « de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable » : al. 11e). Notre Cour a énoncé que le droit conféré par cet article est « un droit fondamental à une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable sauf s'il existe une juste cause justifiant le refus de l'accorder » : *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665, p. 691. L'alinéa 11e) comporte en fait deux éléments distincts : (1) le droit à un « cautionnement raisonnable » du point de vue de la somme d'argent exigée et des autres conditions imposées; et (2) le droit de ne pas être privé sans « juste cause » de la mise en liberté sous caution.

[28] Dans l'affaire *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, notre Cour a invalidé l'élément de l'al. 515(10) b) *C. cr.* qui autorisait la détention du prévenu avant son procès si cette mesure était nécessaire dans

the “public interest”. The Court held that this wording was vague and imprecise and that it authorized a “standardless sweep” allowing a “court [to] order imprisonment whenever it [saw] fit”: p. 732.

[29] In 1997, Parliament therefore changed the wording of s. 515(10) and also added para. (c) to it: *Criminal Law Improvement Act, 1996*, S.C. 1997, c. 18, s. 59(2). The detention of an accused could then be justified “on any other just cause being shown and, without limiting the generality of the foregoing, where the detention is necessary in order to maintain confidence in the administration of justice”. At the time, Parliament had not drawn up a list of circumstances the justice was required to consider in this analysis.

[30] The validity of that provision was the issue before the Court in *Hall*. The Court held that the first part of s. 515(10)(c) *Cr. C.*, which authorized the denial of bail for “any other just cause”, was unconstitutional because it was inconsistent with the presumption of innocence and with s. 11(e) of the *Charter*. The Court found that this wording conferred a broad discretion on justices to grant or deny bail in that it did not specify any particular basis upon which bail could be denied: *Hall*, at para. 22. However, the balance of s. 515(10)(c) *Cr. C.* was found to be constitutional.

[31] In 2008, Parliament amended s. 515(10)(c) *Cr. C.* so as to make it consistent with the Court’s decision in *Hall: Tackling Violent Crime Act*, S.C. 2008, c. 6, s. 37(5). That version of s. 515(10)(c) *Cr. C.*, which is still in force today, is the one at issue in this appeal:

(c) if the detention is necessary to maintain confidence in the administration of justice, having regard to all the circumstances, including

(i) the apparent strength of the prosecution’s case,

l’« intérêt public ». La Cour a jugé que cette formulation était vague et imprécise, et qu’elle laissait une « large place à l’arbitraire » permettant au « tribunal [d’]ordonner l’emprisonnement quand il juge[ait] bon de le faire » : p. 732.

[29] En 1997, le législateur a en conséquence changé la formulation du par. 515(10), et y a ajouté l’al. c) : *Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale*, L.C. 1997, c. 18, par. 59(2). La détention d’un accusé était désormais justifiée s’il était « démontré une autre juste cause et, sans préjudice de ce qui précède, [que] sa détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice ». À cette époque, le législateur n’avait pas dressé de liste de circonstances dont le juge devait tenir compte dans cette analyse.

[30] C’est la validité de cette disposition que la Cour a contrôlée dans l’arrêt *Hall*. La Cour a conclu que la première partie de l’al. 515(10)c) *C. cr.*, qui permettait de refuser la mise en liberté sous caution pour « une autre juste cause », était inconstitutionnelle parce qu’incompatible avec la présomption d’innocence et avec l’al. 11e) de la *Charte*. La Cour a estimé que cette formulation conférait aux juges un large pouvoir discrétionnaire pour accorder ou non la mise en liberté sous caution, du fait qu’elle ne précisait aucun motif particulier pouvant justifier le refus de mise en liberté sous caution : *Hall*, par. 22. Le reste de l’al. 515(10)c) *C. cr.* a cependant été jugé constitutionnel.

[31] En 2008, le législateur fédéral a modifié l’al. 515(10)c) *C. cr.* afin de le rendre conforme à la décision de la Cour dans *Hall : Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, c. 6, par. 37(5). C’est cette version de l’al. 515(10)c) *C. cr.*, toujours en vigueur aujourd’hui, qui est en cause dans le présent pourvoi :

c) sa détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice, compte tenu de toutes les circonstances, notamment les suivantes :

(i) le fait que l’accusation paraît fondée,

(ii) the gravity of the offence,

(iii) the circumstances surrounding the commission of the offence, including whether a firearm was used, and

(iv) the fact that the accused is liable, on conviction, for a potentially lengthy term of imprisonment or, in the case of an offence that involves, or whose subject-matter is, a firearm, a minimum punishment of imprisonment for a term of three years or more.

(ii) la gravité de l'infraction,

(iii) les circonstances entourant sa perpétration, y compris l'usage d'une arme à feu,

(iv) le fait que le prévenu encourt, en cas de condamnation, une longue peine d'emprisonnement ou, s'agissant d'une infraction mettant en jeu une arme à feu, une peine minimale d'emprisonnement d'au moins trois ans.

The remainder of s. 515(10) *Cr. C.* is reproduced, together with other relevant statutory provisions, in the Appendix at the end of these reasons.

Le reste du par. 515(10) *C. cr.*, ainsi que d'autres dispositions législatives pertinentes, sont reproduites à l'annexe à la fin des présents motifs.

(2) Principles From *Hall*

(2) Les enseignements de l'arrêt *Hall*

[32] The central issue in *Hall* was the constitutionality of s. 515(10)(c) *Cr. C.* However, the Court provided some guidance on how to interpret this provision.

[32] La question centrale dans l'affaire *Hall* était la constitutionnalité de l'al. 515(10)c) *C. cr.* La Cour a cependant donné quelques indications sur l'interprétation à donner à cet alinéa.

(a) *Basis for Section 515(10)(c) Cr. C.*

a) *Le fondement de l'al. 515(10)c) C. cr.*

[33] McLachlin C.J., writing for the majority of the Court, explained that in some circumstances it may be necessary to deny an accused bail, even where there is no risk he or she will not attend trial or may reoffend or interfere with the administration of justice: *Hall*, at para. 25. According to the Chief Justice, “[w]here justice is not seen to be done by the public, confidence in the bail system and, more generally, the entire justice system may falter”: para. 26. Yet, she wrote, “[p]ublic confidence is essential to the proper functioning of the bail system and the justice system as a whole”: para. 27, citing *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 689.

[33] S'exprimant au nom de la majorité de la Cour, la juge en chef McLachlin a expliqué qu'il peut être nécessaire, dans certains cas, de refuser la mise en liberté d'un accusé, et ce, même en l'absence de risque qu'il ne se présente pas à son procès, qu'il récidive ou qu'il nuise à l'administration de la justice : *Hall*, par. 25. Selon la Juge en chef, « [l]orsque le public n'a pas l'impression que justice est rendue, il risque d'avoir moins confiance dans le système de mise en liberté sous caution et, de manière plus générale, dans tout le système de justice » : par. 26. Or, écrit la Juge en chef, « [l]a confiance du public est essentielle au bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution et de l'ensemble du système de justice » : par. 27, se référant à *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 689.

(b) *Distinctiveness of the Ground Set Out in Section 515(10)(c) Cr. C.*

b) *Le caractère distinct du motif prévu à l'al. 515(10)c) C. cr.*

[34] McLachlin C.J. also explained that s. 515(10)(c) *Cr. C.* creates not a ground for detention that

[34] La juge en chef McLachlin a par ailleurs précisé que l'al. 515(10)c) *C. cr.* n'énonce pas de

might be characterized as “residual” in the sense that it applies only as a last resort, but one that is separate and distinct:

Bail denial to maintain confidence in the administration of justice is not a mere “catch-all” for cases where the first two grounds have failed. It represents a separate and distinct basis for bail denial not covered by the other two categories. The same facts may be relevant to all three heads. . . . But that does not negate the distinctiveness of the three grounds. [Emphasis added.]

(*Hall*, at para. 30)

(c) *Test Under Section 515(10)(c) Cr. C.*

[35] The Chief Justice did not elaborate at length on the analysis to be conducted by a justice who must determine whether s. 515(10)(c) *Cr. C.* applies. However, I will reproduce the following remarks:

Section 515(10)(c) sets out specific factors which delineate a narrow set of circumstances under which bail can be denied on the basis of maintaining confidence in the administration of justice. As discussed earlier, situations may arise where, despite the fact the accused is not likely to abscond or commit further crimes while awaiting trial, his presence in the community will call into question the public’s confidence in the administration of justice. Whether such a situation has arisen is judged by all the circumstances, but in particular the four factors that Parliament has set out in s. 515(10)(c) — the apparent strength of the prosecution’s case, the gravity of the nature of the offence, the circumstances surrounding its commission and the potential for lengthy imprisonment. . . .

This, then, is Parliament’s purpose: to maintain public confidence in the bail system and the justice system as a whole. . . . Most importantly, the judge makes this appraisal objectively through the lens of the four factors Parliament has specified. The judge cannot conjure up his own reasons for denying bail; while the judge must look at all the circumstances, he must focus particularly on the factors Parliament has specified. At the end of the

motif de détention que l’on pourrait qualifier de « résiduel », c’est-à-dire un motif qui ne s’appliquerait qu’en dernier recours, mais plutôt un motif séparé et distinct :

Le refus d’accorder la mise en liberté sous caution pour ne pas miner la confiance du public dans l’administration de la justice n’est pas simplement une solution générale applicable dans les cas où les deux premiers motifs n’ont pas pu être invoqués avec succès. Elle représente un motif séparé et distinct de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution, qui n’est pas visé par les deux autres catégories. Les mêmes faits peuvent être pertinents à l’égard des trois motifs. [. . .] Cependant, cela n’enlève rien au caractère distinct des trois motifs. [Je souligne.]

(*Hall*, par. 30)

c) *L’analyse requise par l’al. 515(10)c) C. cr.*

[35] La Juge en chef ne s’est pas attardée longuement à l’analyse que doit effectuer le juge appelé à statuer sur l’application ou non de l’al. 515(10)c) *C. cr.* Je reproduis toutefois les propos suivants :

L’alinéa 515(10)c) énonce des facteurs particuliers qui décrivent certains cas bien précis dans lesquels la mise en liberté sous caution peut être refusée dans le but de maintenir la confiance du public dans l’administration de la justice. Comme nous l’avons vu, ces cas peuvent se présenter lorsque, en dépit du fait qu’il est improbable que l’accusé s’esquivera ou qu’il commettra d’autres infractions en attendant de subir son procès, sa présence dans la collectivité compromettra la confiance du public dans l’administration de la justice. Pour décider si on est en présence d’une telle situation, il faut tenir compte de toutes les circonstances, mais particulièrement des quatre facteurs énoncés par le législateur à l’al. 515(10)c) — le fait que l’accusation paraît fondée, la gravité de l’infraction, les circonstances entourant sa perpétration et le fait que le prévenu encourt, en cas de condamnation, une longue peine d’emprisonnement. . . .

Tel est donc l’objectif du législateur : maintenir la confiance du public dans le système de mise en liberté sous caution et l’ensemble du système de justice. [. . .] Qui plus est, le juge procède à cette évaluation objectivement à la lumière des quatre facteurs énoncés par le législateur. Il ne peut pas évoquer ses propres raisons pour refuser d’accorder la mise en liberté sous caution. Bien qu’il doive tenir compte de toutes les circonstances, le juge doit

day, the judge can only deny bail if satisfied that in view of these factors and related circumstances, a reasonable member of the community would be satisfied that denial is necessary to maintain confidence in the administration of justice. . . . [T]he provision does not authorize a “standardless sweep” nor confer open-ended judicial discretion. Rather, it strikes an appropriate balance between the rights of the accused and the need to maintain justice in the community. In sum, it is not overbroad. [Emphasis added.]

(*Hall*, at paras. 40-41)

[36] I will come back to *Hall* below and consider certain passages I have not discussed here.

(3) Principles That Must Guide the Analysis

(a) *Rejecting a Narrow Application of Section 515(10)(c) Cr. C.*

[37] The appellant submits that, despite the very clear principles enunciated in *Hall*, the courts have artificially added factors to s. 515(10)(c) *Cr. C.* for the avowed purpose of restricting its scope and limiting the cases in which its application is justified. The appellant asserts that such an approach must be rejected.

[38] The respondent counters that it follows from the principles established in *Hall* that the cases in which s. 515(10)(c) applies will be few and far between. The respondent submits that the four factors must be assigned a relative weight and that the justice must not lose sight of the key question, namely whether confidence in the administration of justice would be maintained if the accused were released.

[39] It is true that some decisions reflect a strict application of s. 515(10)(c): see, e.g., *R. v. Thomson* (2004), 21 C.R. (6th) 209 (Ont. S.C.J.); *R. v. B. (A.)* (2006), 204 C.C.C. (3d) 490 (Ont. S.C.J.); *R. v. Pichler*, 2009 ABPC 24; *R. v. Teemotee*, 2011 NUCJ 17.

prêter une attention particulière aux facteurs énoncés par le législateur. En définitive, le juge peut refuser d'accorder la mise en liberté sous caution uniquement s'il est persuadé, à la lumière de ces facteurs et des circonstances connexes, qu'un membre raisonnable de la collectivité serait convaincu que ce refus est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l'administration de la justice. [. . .] [L]a disposition en cause ne laisse pas une « large place à l'arbitraire » et ne confère pas non plus aux juges un pouvoir discrétionnaire illimité. Au contraire, elle établit un juste équilibre entre les droits de l'accusé et la nécessité de veiller à ce que la justice règne dans la collectivité. Somme toute, elle n'a pas une portée excessive. [Je souligne.]

(*Hall*, par. 40-41)

[36] Je reviendrai plus loin sur l'arrêt *Hall* et sur certains passages dont je n'ai pas traité ici.

(3) Les principes devant guider l'analyse

a) *Le rejet de l'application restrictive de l'al. 515(10)c) C. cr.*

[37] L'appelante soutient que les tribunaux ont artificiellement ajouté des facteurs à l'al. 515(10)(c) *C. cr.*, malgré les enseignements très clairs de l'arrêt *Hall*, dans le but avoué de restreindre sa portée et de raréfier les cas où son application serait justifiée. Elle affirme qu'une telle approche doit être rejetée.

[38] Pour sa part, l'intimé prétend au contraire qu'il ressort des enseignements de l'arrêt *Hall* que les cas d'application de l'al. 515(10)(c) sont limités et rares. L'intimé plaide qu'il faut accorder un poids relatif aux quatre facteurs et que le juge ne doit pas perdre de vue la question déterminante, soit celle de savoir si la mise en liberté du prévenu aurait pour effet de miner la confiance du public envers l'administration de la justice.

[39] Il est vrai que certaines décisions témoignent d'une application stricte de l'al. 515(10)(c) : voir, p. ex., *R. c. Thomson* (2004), 21 C.R. (6th) 209 (C.S.J. Ont.); *R. c. B. (A.)* (2006), 204 C.C.C. (3d) 490 (C.S.J. Ont.); *R. c. Pichler*, 2009 ABPC 24; *R. c. Teemotee*,

This approach has also been adopted by some appellate courts. For example, the British Columbia Court of Appeal and the Ontario Court of Appeal have stated that the use of s. 515(10)(c) is justified only in rare or exceptional circumstances: *R. v. Bhullar*, 2005 BCCA 409, at paras. 62 and 65; *R. v. Brotherston*, 2009 BCCA 431, 71 C.R. (6th) 81, at paras. 30 and 35; *R. v. LaFramboise* (2005), 203 C.C.C. (3d) 492 (Ont. C.A.), at para. 30. A variant of this prerequisite is that s. 515(10)(c) must be used “sparingly”: *LaFramboise*, at para. 30; *R. v. D. (R.)*, 2010 ONCA 899, 273 C.C.C. (3d) 7, at paras. 51-53. The Saskatchewan Court of Appeal has also held that s. 515(10)(c) requires that there be “something more”, something in addition to the four factors set out in it: *R. v. Blind* (1999), 139 C.C.C. (3d) 87, at para. 16. Although the latter case predated this Court’s decision in *Hall*, this statement has been reiterated since *Hall*, including by the Ontario Court of Appeal: *LaFramboise*, at para. 38. In a judgment subsequent to *LaFramboise*, the Ontario Court of Appeal found instead that the words “something more” were simply a way to convey the need to use s. 515(10)(c) sparingly: *D. (R.)*, at para. 53. However, it expressed the view that the third ground for detention is not limited to the most heinous of offences and can be invoked even if the community has not experienced the same horror and fear as was the case in *Hall*.

[40] I see two reasons — one based on legislation and the other on the case law — why Canadian appellate courts may have adopted such interpretations.

[41] First, the former wording of s. 515(10) *Cr. C.* — the one in effect, *inter alia*, at the time of *Morales* — specified two grounds for pre-trial detention, a *primary* ground and a *secondary* ground. The primary ground, set out in s. 515(10)(a), was that detention of the accused was necessary “to ensure his or her attendance in court in order to be dealt with according to law”. The secondary ground, under s. 515(10)(b), was that detention of the accused was necessary “in

2011 NUCJ 17. Cette approche a également été retenue par certaines cours d’appel. À titre d’exemple, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique et celle de l’Ontario ont affirmé que le recours à l’al. 515(10)(c) n’est justifié qu’en présence de circonstances rares ou exceptionnelles: *R. c. Bhullar*, 2005 BCCA 409, par. 62 et 65; *R. c. Brotherston*, 2009 BCCA 431, 71 C.R. (6th) 81, par. 30 et 35; *R. c. LaFramboise* (2005), 203 C.C.C. (3d) 492 (C.A. Ont.), par. 30. Une variante de ce prérequis est l’affirmation selon laquelle l’al. 515(10)(c) doit être appliqué [TRADUCTION] « parcimonieusement » (« sparingly »): *LaFramboise*, par. 30; *R. c. D. (R.)*, 2010 ONCA 899, 273 C.C.C. (3d) 7, par. 51-53. La Cour d’appel de la Saskatchewan a par ailleurs jugé que l’al. 515(10)(c) requerrait quelque chose de plus, en sus des quatre facteurs énoncés (« something more »): *R. c. Blind* (1999), 139 C.C.C. (3d) 87, par. 16. Bien que cette dernière décision soit antérieure à celle de notre Cour dans *Hall*, cette affirmation a été reprise postérieurement à l’arrêt *Hall*, notamment par la Cour d’appel de l’Ontario: *LaFramboise*, par. 38. Dans une décision subséquente à l’arrêt *LaFramboise*, la Cour d’appel de l’Ontario a plutôt conclu que l’idée de quelque chose de plus (« something more ») ne faisait qu’exprimer la nécessité de recourir parcimonieusement à l’al. 515(10)(c): *D. (R.)*, par. 53. La cour a toutefois exprimé l’avis que le troisième motif de détention ne se limitait pas aux infractions les plus odieuses qui soient et qu’il pouvait être invoqué dans des circonstances n’atteignant pas le degré d’horreur et d’effroi qu’avaient suscité dans la communauté les circonstances de l’affaire *Hall*.

[40] Je vois deux raisons — l’une législative, l’autre jurisprudentielle — qui ont pu amener les tribunaux d’appel canadiens à ces interprétations.

[41] D’abord, l’ancienne formulation du par. 515(10) *C. cr.* — celle en vigueur notamment à l’époque de l’affaire *Morales* — faisait état de deux motifs de détention avant procès, l’un *principal* et l’autre *secondaire*. Aux termes de l’al. 515(10)(a), le motif principal était la nécessité de la détention du prévenu « pour assurer sa présence au tribunal afin qu’il soit traité selon la loi ». Suivant l’al. 515(10)(b), le motif secondaire était la nécessité de la détention

the public interest or for the protection or safety of the public, having regard to all the circumstances including any substantial likelihood that the accused will, if he is released from custody, commit a criminal offence or interfere with the administration of justice". An accused could be detained on the secondary ground only if detention was not justified on the primary ground set out in s. 515(10)(a). It was the secondary ground for detention that was at issue in *Morales* and, as I mentioned above, its "public interest" component was struck down by this Court. However, since the change made to the wording in 1997, s. 515(10) has no longer provided for a hierarchy of grounds for detention.

[42] Second, it seems to me that the position taken by certain courts originates in a misinterpretation of *Hall*. As Justice Trotter points out, there are cases in which courts, although acknowledging the authority of the Chief Justice's reasons in *Hall*, have actually seemed to prefer the minority's reasons: *The Law of Bail in Canada* (3rd ed. (loose-leaf)), at p. 3-45. The dissenting judges would have struck down s. 515(10)(c) *Cr. C.* in its entirety, since they did not think it lent itself to a piecemeal analysis: *Hall*, at para. 88. In their view, the factors listed in that provision served as a "facade of precision", and it was difficult to see how they could promote the proper administration of justice in cases in which the grounds set out in s. 515(10)(a) and (b) were not already applicable: paras. 98-99. They were also of the opinion that the phrase "maintain confidence in the administration of justice" essentially revived the old "public interest" ground that the Court had struck down in *Morales* and invoked "similarly vague notions of the public image of the criminal justice system": para. 104. Since *Hall*, some courts have therefore found, using the minority's reasons to bolster this view, that the majority's reasons advocated a restrictive interpretation of s. 515(10)(c): Trotter, at p. 3-45.

du prévenu « dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public, eu égard aux circonstances, y compris toute probabilité marquée que le prévenu, s'il est mis en liberté, commettra une infraction criminelle ou nuira à l'administration de la justice ». Le motif secondaire ne pouvait fonder la détention d'un prévenu que si sa détention n'était pas justifiée pour le motif principal mentionné à l'al. a). C'est le motif secondaire de détention qui était en cause dans l'affaire *Morales* et, comme je l'ai rappelé précédemment, notre Cour a invalidé l'élément « intérêt [du] public » de ce motif. Cependant, depuis le changement apporté en 1997, le libellé du par. 515(10) ne prévoit plus aucune hiérarchisation des motifs de détention.

[42] Par ailleurs, il me semble que la position adoptée par certains tribunaux tire ses origines d'une interprétation erronée de l'arrêt *Hall*. Comme le soulève le juge Trotter, il existe un courant jurisprudentiel qui, bien qu'il reconnaisse que les motifs de la Juge en chef dans *Hall* font autorité, semble plutôt leur préférer les motifs des juges minoritaires : *The Law of Bail in Canada* (3^e éd. (feuilles mobiles)), p. 3-45. Je rappelle que ces derniers auraient invalidé l'ensemble de l'al. 515(10)c) *C. cr.*, étant d'avis que cet alinéa ne se prêtait pas à une analyse fragmentaire : *Hall*, par. 88. Selon les juges dissidents, les facteurs énumérés à cet alinéa créaient une « fausse apparence de précision » et il était difficile de voir comment ils pourraient favoriser la bonne administration de la justice lorsque les motifs prévus aux al. a) ou b) ne trouvaient pas déjà application : par. 98-99. Ils étaient aussi d'avis que l'expression « pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice » faisait essentiellement renaître l'ancien motif d'« intérêt public », qu'avait invalidé la Cour dans l'arrêt *Morales*, et que cette expression s'appuyait sur des notions « tout aussi imprécises de l'image du système de justice criminelle auprès du public » : par. 104. En conséquence, depuis l'arrêt *Hall*, une certaine jurisprudence considère, en trouvant appui dans les motifs de la minorité, que les motifs de la majorité préconisent une interprétation restrictive de l'al. 515(10)c) : Trotter, p. 3-45.

[43] The crime at issue in *Hall* was a particularly heinous one: the murder of a woman who had 37 slash wounds on her body. Her assailant had intended to cut her head off. The murder had caused significant public concern. The accused had applied for bail, which the justice had denied on the basis of s. 515(10)(c) *Cr. C.*

[44] This Court described the crime as “heinous and unexplained”: *Hall*, at para. 25. It also quoted a comment from *R. v. Rondeau* (1996), 108 C.C.C. (3d) 474 (C.A.), at p. 480, that [TRANSLATION] “[t]he more a crime like the present one is unexplained and unexplainable, the more worrisome bail becomes for society”: *Hall*, at para. 25. I note that the decision in *Rondeau* concerned what was at that time the secondary ground for detention, that is, the need to detain the accused for the protection or safety of the public. Section 515(10)(c) *Cr. C.* was not yet in force when that case was decided.

[45] The following passage from *Hall* is also worth reproducing:

Where, as here, the crime is horrific, inexplicable, and strongly linked to the accused, a justice system that cannot detain the accused risks losing the public confidence upon which the bail system and the justice system as a whole repose. [para. 40]

[46] I am of the opinion that some courts have misinterpreted this Court’s decision in *Hall*. First of all, the Court’s comments must be viewed in the context of that case and analyzed in light of the case’s very specific circumstances: the crime was an extremely horrific one. It was therefore natural for the Court to take this into account when applying s. 515(10)(c) *Cr. C.* The Court’s description of the crime as horrific, heinous and unexplained was simply an observation, a description of the facts considered by the Court in its analysis of s. 515(10)(c) *Cr. C.* It cannot be read as imposing conditions or prerequisites.

[43] L’affaire *Hall* concernait un crime particulièrement odieux : le meurtre d’une femme dont le corps portait les marques de 37 entailles. Son assaillant avait essayé de la décapiter. Ce meurtre avait suscité beaucoup d’inquiétude dans la population. L’accusé avait présenté une demande de mise en liberté sous caution, que le juge avait refusée sur le fondement de l’al. 515(10)c) *C. cr.*

[44] Notre Cour a qualifié ce crime de « haineux et [d’]inexpliqué » : *Hall*, par. 25. Elle a également repris les propos de l’arrêt *R. c. Rondeau*, [1996] R.J.Q. 1155 (C.A.), p. 1159, déclarant que : « Plus un crime comme celui-là est inexpliqué et inexplicable, plus inquiétante pour la société s’avère la mise en liberté provisoire » (*Hall*, par. 25). Je précise que, dans l’affaire *Rondeau*, la décision portait sur ce qui était à l’époque le motif secondaire de détention, soit la nécessité de détenir le prévenu pour assurer la sécurité ou la protection du public. L’alinéa 515(10)c) *C. cr.* n’était pas encore en vigueur lorsque l’arrêt *Rondeau* a été rendu.

[45] Il convient aussi de citer le passage suivant de l’arrêt *Hall* :

Dans le cas où, comme en l’espèce, le crime commis est horrible, inexplicable et fortement lié à l’accusé, un système de justice qui ne permet pas d’ordonner la détention de l’accusé risque de perdre la confiance du public qui est à la base du système de mise en liberté sous caution et de l’ensemble du système de justice. [par. 40]

[46] Je suis d’avis que certains tribunaux ont mal interprété la décision de notre Cour dans l’arrêt *Hall*. D’abord, il importe de replacer les propos de la Cour dans le contexte de l’affaire et de les analyser à la lumière des circonstances bien particulières de celle-ci : le crime était des plus horribles. Il est donc normal que la Cour ait tenu compte de ce fait dans l’application de l’al. 515(10)c) *C. cr.* Que le crime soit qualifié par la Cour d’horrible, d’odieux, de haineux ou d’inexpliqué ne constitue qu’une constatation, une description des faits que la Cour a considérés dans son analyse de l’al. 515(10)c) *C. cr.* On ne saurait y voir des conditions ou des préalables exigés par la Cour.

[47] In my view, the question whether a crime is “unexplainable” or “unexplained” is not a criterion that should guide justices in their analysis under s. 515(10)(c). Apart from the fact that the provision itself does not even refer to such a criterion, I consider the concept ambiguous and confusing. What is meant by an “unexplainable” crime? Is it a crime against a random victim? A crime that could be committed only by a person who is not rational? An especially horrific crime?

[48] Moreover, many crimes may be “explainable” in one way or another; for example, it may be that the assailant was provoked by the victim or that he or she had a mental illness or was intoxicated. From this perspective, the “unexplainable” crime criterion is of little assistance.

[49] The application of a criterion based on the notion of an “unexplainable” crime could also lead to undesirable conclusions. Crimes that are truly heinous and horrific might not satisfy it. Such a criterion could therefore give the public the impression that justices are “justifying” certain crimes, that is, crimes that are “explainable”. Although this Court used the words “unexplained and unexplainable” in *Hall* in referring to the murder at issue in that case, its decision was based, first and foremost, on the brutal and heinous nature of the crime, the strong evidence tying the accused to the crime and the fact that people in the community were afraid: para. 25. In any event, the drift in the case law since *Hall* and the reasons I have stated demonstrate the need to limit recourse to such a criterion. As much as possible, it would also be wise for justices hearing applications for release to avoid attaching such a label to the circumstances of the alleged crimes that come before them so as not to give the public the impression that they are “justifying” them.

[50] Furthermore, I agree with the appellant that detention may be justified only in rare cases, but that this is simply a consequence of the application

[47] Selon moi, le caractère « inexplicable » ou « inexpliqué » du crime n’est pas un critère qui devrait guider les juges dans leur analyse de l’al. 515(10)c). En effet, au-delà du fait que le libellé de cette disposition ne prévoit même pas ce critère, je suis d’avis que cette notion est ambiguë et source de confusion. Qu’entend-on par un crime « inexplicable »? Est-ce un crime visant une victime au hasard? Un crime que seule une personne non dotée de raison pourrait commettre? Un crime particulièrement horrible?

[48] De plus, bon nombre de crimes peuvent être « explicables » d’une façon ou d’une autre, soit par exemple parce que la victime a provoqué son agresseur, parce que l’auteur souffrait d’une maladie mentale ou encore parce que l’auteur était intoxiqué. En ce sens, le critère du crime « inexplicable » est peu utile.

[49] De surcroît, l’utilisation d’un critère fondée sur la notion de crime « inexplicable » pourrait donner lieu à des conclusions peu souhaitables. Des crimes carrément odieux et horribles pourraient en effet ne pas satisfaire à ce critère. Cette notion risque donc de créer dans l’esprit du public l’impression que les juges « justifient » certains crimes, soit ceux qui sont « explicables ». Bien que dans l’arrêt *Hall*, notre Cour ait parlé du meurtre en cause comme étant un meurtre « inexpliqué et inexplicable », sa décision reposait d’abord et avant tout sur le caractère sauvage et odieux du crime, sur la preuve convaincante le reliant à l’accusé et sur le fait que la population était effrayée : par. 25. En tout état de cause, les dérives de la jurisprudence depuis l’arrêt *Hall* ainsi que les raisons que j’ai soulevées montrent qu’il est nécessaire de limiter le recours à un tel critère. Il serait également sage que les juges saisis de demandes de mise en liberté évitent autant que possible d’accoler une telle étiquette aux circonstances des crimes reprochés qui leur sont présentés, et ce, afin d’éviter de créer cette impression de « justification » dans l’esprit du public.

[50] Par ailleurs, je suis d’accord avec l’appelante pour affirmer que la détention pourrait n’être justifiée qu’en de rares occasions, mais qu’il ne

of s. 515(10)(c) and not a precondition to its application, a criterion a court must consider in its analysis or the purpose of the provision.

[51] This interpretation is consistent with the following comment made by this Court in *Hall*:

While the circumstances in which recourse to this ground for bail denial may not arise frequently, when they do it is essential that a means of denying bail be available. [Emphasis added; para. 31.]

[52] I am of the view that a “rareness” of circumstances criterion would be vague and unmanageable in practice. How would such a criterion be assessed? Should justices consider how many cases have been heard (in their jurisdictions, in Canada, in the last year, etc.) and, at the same time, ensure that cases of detention based on s. 515(10)(c) will remain “rare” if they order detention in the cases before them? Should a justice review the cases in which detention has been ordered and determine whether the facts of the case before him or her are the same (or nearly the same) as the facts of those cases? In any event, it seems to me that a “rareness” of circumstances criterion would prompt justices to engage in a comparative exercise and thus to move away from the careful examination of the circumstances of individual cases that the situation requires. In my opinion, a comparative approach such as this could potentially undermine the public’s confidence in the administration of justice.

[53] Moreover, the appellant correctly points out that s. 515(10)(c) *Cr. C.* is worded clearly and that it does not require exceptional or rare circumstances. This interpretation is consistent with this Court’s recent decision in *R. v. Summers*, 2014 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575, which concerned the sentencing provisions of s. 719(3) and (3.1) *Cr. C.* Section 719(3) provides that in determining the sentence to be imposed on a person convicted of an offence, a court may take into account any time spent in custody by the person as a result of the offence and may credit a maximum of one day for each day spent in

s’agit là que d’une conséquence de l’application de l’al. 515(10)c), et non d’une condition préalable à son application, d’un critère dont doit tenir compte le tribunal dans son analyse ou du but de cette disposition.

[51] Cette interprétation est conforme à l’observation suivante de notre Cour dans l’arrêt *Hall* :

Bien que les circonstances dans lesquelles il est possible d’invoquer ce motif de refus d’accorder la mise en liberté sous caution puissent être rares, lorsqu’elles se présentent, il est essentiel de disposer d’un moyen de refuser cette mise en liberté. [Je souligne; par. 31.]

[52] Je suis d’avis que l’utilisation du critère de la « rareté » des circonstances est vague et ingérable en pratique. En effet, comment appliquer un tel critère? Le juge devrait-il se demander combien de causes ont été entendues (devant sa juridiction, au Canada, dans la dernière année, etc.) et, en même temps, s’assurer que s’il ordonne la détention dans l’affaire dont il est saisi, les cas de détention fondés sur l’al. 515(10)c) demeureront « rares »? Devrait-il recenser les décisions où la détention a été ordonnée et se demander si les faits de l’affaire devant lui sont identiques (ou presque) à ceux en cause dans ces décisions? En tout état de cause, il me semble que le critère de la « rareté » des circonstances amènerait le juge à se livrer à un exercice de comparaison et, donc, à s’éloigner de l’examen attentif des circonstances propres à chaque espèce que requiert la question. À mon avis, une telle approche comparative risquerait de miner la confiance du public envers l’administration de la justice.

[53] De plus, l’appelante signale à juste titre que le libellé de l’al. 515(10)c) *C. cr.* est clair et n’exige pas des circonstances exceptionnelles ou rares. Cette interprétation est conforme à la récente décision de notre Cour dans *R. c. Summers*, 2014 CSC 26, [2014] 1 R.C.S. 575, qui portait sur les par. 719(3) et (3.1) *C. cr.* relatifs à la détermination de la peine. Le paragraphe 719(3) prévoit que pour fixer la peine à infliger à une personne déclarée coupable d’une infraction, le tribunal peut prendre en compte toute période que la personne a passée sous garde par suite de l’infraction, à raison d’un maximum d’un jour

custody. However, s. 719(3.1) specifies that, “if the circumstances justify it”, the maximum can be increased to one and one-half days for each day spent in custody. The Court interpreted this provision as follows:

... this provision is free of any language limiting the scope of what may constitute “circumstances”. The legislature could easily have provided that only “exceptional circumstances” or “circumstances other than the loss of eligibility for early release and parole” justify enhanced credit.

As Cronk J.A. observed, language limiting the scope of the word “circumstances” is used elsewhere in the Criminal Code. For example, reference is made to “exceptional circumstances” or “compelling circumstances” in s. 672.14(3) (fitness assessments last no longer than 30 days, except they may last for 60 if “compelling circumstances” so warrant), s. 672.47(2) (when an accused is found unfit to stand trial, a disposition must be made within 45 days but, in “exceptional circumstances”, may be made within 90 days) and s. 742.6(16) (when an offender breaches a conditional sentence order, in “exceptional cases” some of the suspended sentence may be deemed to be time served).

The absence of qualifications on “circumstances” in s. 719(3.1) is telling since Parliament did restrict enhanced credit, withholding it from offenders who have been denied bail primarily as a result of a previous conviction (s. 515(9.1)), those who contravened their bail conditions (ss. 524(4)(a) and 524(8)(a)), and those who committed an indictable offence while on bail (ss. 524(4)(b) and 524(8)(b)). Parliament clearly turned its attention to the circumstances under which s. 719(3.1) should *not* apply, but did not include any limitations on the scope of “circumstances” justifying its application. [Underlining added.]

(*Summers*, at paras. 37-39)

[54] In conclusion, the application of s. 515(10)(c) is not limited to exceptional circumstances, to “unexplainable” crimes or to certain types of crimes such as murder. The Crown can rely on s. 515(10)(c)

pour chaque jour passé sous garde. Le paragraphe 719(3.1) précise toutefois que « si les circonstances le justifient », le maximum peut être porté à un jour et demi pour chaque jour passé sous garde. La Cour a interprété ainsi cette disposition :

... le libellé de cette disposition n’est pas limitatif quant aux données qui peuvent constituer des « circonstances ». Il aurait été facile pour le législateur de préciser que seules des « circonstances exceptionnelles » ou d’« autres circonstances que la perte liée à l’admissibilité à la libération anticipée et à la libération conditionnelle » justifient l’octroi d’un crédit majoré.

La juge Cronk signale que, ailleurs dans le Code criminel, le législateur emploie un libellé qui restreint la portée du mot « circonstances ». Par exemple, il renvoie à des « circonstances exceptionnelles » au par. 672.14(3) (une ordonnance d’évaluation de l’aptitude de l’accusé à subir son procès n’est en vigueur que pendant 30 jours, mais elle peut valoir pour une période de 60 jours si des « circonstances exceptionnelles » l’exigent), au par. 672.47(2) (lorsqu’un accusé est jugé inapte à subir son procès, une décision doit être rendue dans les 45 jours, sauf « circonstances exceptionnelles », auquel cas le délai peut être prolongé jusqu’à un maximum de 90 jours) et au par. 742.6(16) (lorsqu’un délinquant enfreint une ordonnance de sursis, une partie de la période de suspension peut, dans les « cas exceptionnels », être réputée valoir comme temps écoulé).

L’absence de délimitation des « circonstances » visées au par. 719(3.1) est révélatrice, car le législateur limite l’accès au crédit majoré et le refuse au délinquant qui n’a pas été libéré sous caution principalement à cause d’une condamnation antérieure (par. 515(9.1)), à celui qui a violé les conditions de sa mise en liberté sous caution (al. 524(4)a) et 524(8)a) et à celui qui a commis un acte criminel lorsqu’il était en liberté sous caution (al. 524(4)b) et 524(8)b)). Le législateur a clairement considéré les circonstances dans lesquelles le par. 719(3.1) *ne* devait *pas* s’appliquer, mais il n’a pas limité les « circonstances » qui justifient son application. [Je souligne.]

(*Summers*, par. 37-39)

[54] En conclusion, le recours à l’al. 515(10)c) ne se limite pas aux circonstances exceptionnelles, aux crimes « inexplicables » ou encore à certains types de crimes comme le meurtre. Le ministère public

for any type of crime, but it must prove — except in the cases provided for in s. 515(6) — that the detention of the accused is justified to maintain confidence in the administration of justice.

(b) *Circumstances Set Out in Section 515(10)(c) Cr. C.*

[55] Section 515(10)(c) expressly refers to four circumstances that must be considered by a justice in determining whether the detention of an accused is necessary to maintain confidence in the administration of justice. The justice must assess each of these circumstances — or factors — and consider their combined effect. This is a balancing exercise that will enable the justice to decide whether detention is justified.

[56] It must be kept in mind that, at this stage of criminal proceedings, the accused is still presumed innocent regardless of the gravity of the offence, the strength of the prosecution's case or the possibility of a lengthy term of imprisonment.

(i) Apparent Strength of the Prosecution's Case

[57] An interim release hearing is a summary proceeding in which more flexible rules of evidence apply. As a result, some of the evidence admitted at this hearing may later be excluded at trial. As Justice Trotter notes, it may be difficult to assess the strength of the prosecution's case at such a hearing: "The expeditious and sometimes informal nature of a bail hearing may reflect an unrealistically strong case for the Crown" (p. 3-7).

[58] Despite these difficulties inherent in the release process, the justice must determine the apparent strength of the prosecution's case. On the one hand, the prosecutor is not required to prove beyond a reasonable doubt that the accused committed the offence, and the justice must be careful

peut l'invoquer pour tout type de crimes, mais il devra faire la preuve — sous réserve des cas prévus au par. 515(6) — que la détention de l'accusé est justifiée afin de ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice.

b) *Les circonstances énumérées à l'al. 515(10)c) C. cr.*

[55] L'alinéa 515(10)c) mentionne expressément quatre circonstances dont le juge doit tenir compte afin de déterminer si la détention de l'accusé est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice. Le juge doit apprécier chacune de ces circonstances — ou facteurs — et prendre en considération leur effet conjugué. Il s'agit d'un exercice de pondération qui amènera le juge à décider si la détention est justifiée.

[56] Je signale qu'il faut garder à l'esprit que, à cette étape des procédures criminelles, l'accusé est encore présumé innocent, peu importe la gravité de l'infraction, le caractère probant de la preuve de la poursuite ou la possibilité d'une longue peine d'emprisonnement.

(i) Le fait que l'accusation paraît fondée

[57] L'enquête sur la mise en liberté provisoire est une procédure sommaire où l'application de règles de preuve plus souples est autorisée. Ainsi, certaines preuves admises à l'occasion de cette enquête peuvent être par la suite exclues au procès. Comme le souligne le juge Trotter, il peut être difficile d'évaluer la force du dossier du poursuivant à l'audience relative à la mise en liberté : [TRADUCTION] « La nature expéditive et quelquefois informelle de l'audience relative à la mise en liberté sous caution peut refléter l'existence d'une preuve à charge excessivement forte » (p. 3-7).

[58] Malgré ces difficultés inhérentes au processus de mise en liberté, le juge doit décider si l'accusation paraît fondée. D'une part, le poursuivant n'est pas tenu de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis l'infraction. Et le juge doit se garder de jouer le rôle du juge du procès ou

not to play the role of trial judge or jury: matters such as the credibility of witnesses and the reliability of scientific evidence must be analyzed at trial, not at the release hearing. However, the justice who presides at that hearing must consider the quality of the evidence tendered by the prosecutor in order to determine the weight to be given to this factor in his or her balancing exercise. For example, physical evidence may be more reliable than a mere statement made by a witness, and circumstantial evidence may be less reliable than direct evidence. The existence of ample evidence may also reinforce the apparent strength of the case.

[59] On the other hand, the justice must also consider any defence raised by the accused. Rather than raising a defence at the initial hearing, the latter will most likely not do so before the release hearing held upon completion of the preliminary inquiry, and may not even raise one before trial. If the accused does raise a defence, however, this becomes one of the factors the justice must assess, and if there appears to be some basis for the defence, the justice must take this into account in analyzing the apparent strength of the prosecution's case. As the Quebec Court of Appeal noted in a relatively recent decision, [TRANSLATION] "it would be unfair to allow the prosecution to state its case if the justice is not in a position to consider not only the weaknesses of that case, but also the defences it suggests": *R. v. Coates*, 2010 QCCA 919, at para. 19 (CanLII).

(ii) Gravity of the Offence

[60] For the purposes of s. 515(10)(c), what the justice must determine is the "objective" gravity of the offence in comparison with the other offences in the *Criminal Code*. This is assessed on the basis of the maximum sentence — and the minimum sentence, if any — provided for in the *Criminal Code* for the offence.

du jury : la crédibilité des témoins, la fiabilité de la preuve scientifique et d'autres questions devront être analysées lors du procès et non à l'audience relative à la mise en liberté. Cela dit, le juge qui préside cette audience doit tenir compte de la qualité de la preuve présentée par le poursuivant afin de déterminer le poids qu'il accordera à ce facteur dans son exercice de pondération. À titre d'exemple, des éléments de preuve matérielle peuvent s'avérer plus fiables que la simple déclaration d'un témoin, et une preuve circonstancielle peut être moins fiable qu'une preuve directe. L'existence de nombreux éléments de preuve peut également avoir pour effet de renforcer l'apparence de fondement de l'accusation.

[59] D'autre part, le juge doit également considérer tout moyen de défense soulevé par l'accusé. Il est probable que cela ne survienne qu'à l'audience relative à la mise en liberté tenue à la fin de l'enquête préliminaire plutôt qu'à l'audience initiale. Il se peut même que l'accusé n'invoque aucun moyen de défense avant le procès. Mais s'il le fait, cela fait partie des éléments que le juge doit évaluer et, si la défense paraît fondée, il doit en tenir compte dans son analyse de l'apparence de fondement de l'accusation. Comme le soulignait la Cour d'appel du Québec dans une décision relativement récente, « il serait en effet injuste de permettre à la poursuite de faire état de la preuve à charge sans que le juge puisse considérer non seulement ses faiblesses, mais aussi les moyens de défense qu'elle laisse [entre]voir » : *R. c. Coates*, 2010 QCCA 919, par. 19 (CanLII).

(ii) La gravité de l'infraction

[60] Pour les besoins de l'al. 515(10)c), il s'agit pour le juge de déterminer la gravité « objective » de l'infraction, c'est-à-dire par rapport aux autres infractions du *Code criminel*. Cette gravité s'évalue en fonction de la sentence maximale — et, le cas échéant, de la sentence minimale — prévue par le *Code criminel* à l'égard de l'infraction.

(iii) Circumstances Surrounding the Commission of the Offence, Including Whether a Firearm Was Used

[61] Without drawing up an exhaustive list of possible circumstances surrounding the commission of the offence that might be relevant under s. 515(10)(c), I will mention the following: the fact that the offence is a violent, heinous or hateful one, that it was committed in a context involving domestic violence, a criminal gang or a terrorist organization, or that the victim was a vulnerable person (for example, a child, an elderly person or a person with a disability). If the offence was committed by several people, the extent to which the accused participated in it may be relevant. The aggravating or mitigating factors that are considered by courts for sentencing purposes can also be taken into account.

(iv) Fact That the Accused Is Liable for a Potentially Lengthy Term of Imprisonment

[62] The fourth circumstance set out in s. 515(10)(c) is “the fact that the accused is liable, on conviction, for a potentially lengthy term of imprisonment or, in the case of an offence that involves, or whose subject-matter is, a firearm, a minimum punishment of imprisonment for a term of three years or more”.

[63] Although it is not desirable, for the purposes of s. 515(10)(c) *Cr. C.*, to establish a strict rule regarding the number of years that constitutes a “lengthy term of imprisonment”, some guidance is nonetheless required for the exercise to be undertaken by justices in this regard.

[64] First of all, since I have found that no crime is exempt from the possible application of s. 515(10)(c) *Cr. C.*, it is self-evident that the words “lengthy term of imprisonment” do not refer only to a life sentence.

(iii) Les circonstances entourant la perpétration de l’infraction, y compris l’usage d’une arme à feu

[61] Sans dresser une liste exhaustive des circonstances entourant la perpétration de l’infraction qui peuvent être pertinentes pour l’application de l’al. 515(10)c), mentionnons les suivantes : le caractère violent, odieux ou haineux de l’infraction, le fait que celle-ci s’inscrive dans un contexte de violence domestique, de gang criminel ou d’organisation terroriste, et le fait qu’elle ait été commise à l’égard d’une personne vulnérable (par exemple, un enfant, une personne âgée ou une personne souffrant d’une déficience). S’il s’agit d’une infraction commise par plusieurs personnes, le degré de participation de l’accusé peut s’avérer pertinent. Les facteurs aggravants ou atténuants dont le tribunal tient compte dans la détermination de la peine peuvent également être considérés.

(iv) Le fait que le prévenu encourt une longue peine d’emprisonnement

[62] La quatrième circonstance énoncée à l’al. 515(10)c) est « le fait que le prévenu encourt, en cas de condamnation, une longue peine d’emprisonnement ou, s’agissant d’une infraction mettant en jeu une arme à feu, une peine minimale d’emprisonnement d’au moins trois ans ».

[63] Bien qu’il ne soit pas souhaitable d’établir, pour les besoins de l’al. 515(10)c) *C. cr.*, une règle fixant précisément le nombre d’années qui constitue une « longue peine d’emprisonnement », certaines indications sont toutefois nécessaires afin de baliser l’exercice auquel doivent se livrer à cet égard les juges décideurs.

[64] En premier lieu, comme j’ai conclu qu’aucun crime n’était exempté de l’application possible de l’al. 515(10)c) *C. cr.*, il coule de source qu’une « longue peine d’emprisonnement » ne s’entend pas seulement des peines d’emprisonnement à perpétuité.

[65] Moreover, to determine, on a case-by-case basis, whether the accused is actually liable for a potentially “lengthy term of imprisonment”, the justice must consider all the circumstances of the case known at the time of the hearing, as well as the principles for tailoring the applicable sentence. But this does not mean that the justice would be justified in embarking on a complex exercise to calculate the sentence the accused might receive: it must be borne in mind that interim release occurs at the beginning of the criminal process and that the justice must avoid acting as a substitute for the trial judge. That being said, there will be cases in which a claim of mitigating or aggravating circumstances appears to have sufficient merit for it to be open to the justice to consider it in determining whether the accused is liable for a potentially “lengthy term of imprisonment”. As far as possible, therefore, this fourth circumstance is assessed *subjectively*, unlike the second circumstance — the gravity of the offence — which is assessed *objectively*.

(c) *The Listed Circumstances Are Not Exhaustive*

[66] The appellant, relying on *R. v. Mordue* (2006), 223 C.C.C. (3d) 407 (Ont. C.A.), submits that a detention order must be made when the four circumstances set out in s. 515(10)(c) weigh in favour of that result, unless there are other “circumstances” that might justify a release order.

[67] In my opinion, the appellant is mistaken.

[68] Section 515(10)(c) could not be worded more clearly: it refers to “all the circumstances, including . . .”. In my opinion, Parliament would have worded this provision differently (although I will not comment on the validity of such a wording) if it had intended a detention order to be automatic where the four listed circumstances weigh in favour of such an order. In fact, Parliament intended the opposite. As the Chief Justice stated in *Hall*, a justice dealing with an application for detention based on s. 515(10)(c) must consider all the relevant circumstances, but must *focus particularly on the factors Parliament has specified*: para. 41. The automatic

[65] De plus, afin de déterminer, au cas par cas, si l’accusé encourt réellement une « longue peine d’emprisonnement », le juge doit tenir compte de toutes les circonstances connues au moment de l’audience et des principes devant moduler la peine applicable. Toutefois, cela ne signifie pas que le juge est justifié de se livrer à un complexe calcul de la peine que l’accusé pourrait recevoir, car, faut-il le rappeler, la mise en liberté provisoire survient au début du processus pénal et le juge doit éviter de se substituer au juge du procès. Cela dit, il arrivera dans certains cas que des circonstances atténuantes ou aggravantes apparaîtront suffisamment fondées pour que le juge puisse les prendre en compte pour déterminer si l’accusé encourt une « longue peine d’emprisonnement ». Dans la mesure du possible, cette quatrième circonstance s’évalue donc de façon *subjective*, contrairement à la deuxième circonstance — la gravité de l’infraction — qui s’évalue quant à elle de manière *objective*.

c) *Les circonstances énumérées ne sont pas exhaustives*

[66] Se fondant sur l’arrêt *R. c. Mordue* (2006), 223 C.C.C. (3d) 407 (C.A. Ont.), l’appelante soutient que, lorsque les quatre circonstances énoncées à l’al. 515(10)(c) jouent en faveur d’une ordonnance de détention, celle-ci s’impose, à moins que d’autres « circonstances » puissent justifier une ordonnance de mise en liberté.

[67] J’estime que l’appelante a tort.

[68] Le libellé de l’al. 515(10)(c) ne pourrait être plus clair : il est question de « toutes les circonstances, notamment les suivantes ». Sans me prononcer sur la validité d’un libellé différent, je suis d’avis que, si le législateur avait voulu que l’ordonnance de détention soit automatique lorsque les quatre circonstances énoncées à cet alinéa jouent en faveur d’une telle ordonnance, il aurait rédigé la disposition différemment. Le législateur a plutôt souhaité le contraire. Comme la Juge en chef l’a affirmé dans l’arrêt *Hall*, le juge saisi d’une demande de détention fondée sur l’al. 515(10)(c) doit tenir compte de toutes les circonstances pertinentes, mais il doit

detention argument also seems to be inconsistent with the following statement by the Chief Justice, at para. 41:

At the end of the day, the judge can only deny bail if satisfied that in view of these factors and related circumstances, a reasonable member of the community would be satisfied that denial is necessary to maintain confidence in the administration of justice. [Emphasis added.]

[69] Moreover, the automatic detention argument disregards the fact that the test to be met under s. 515(10)(c) is whether the detention of the accused is necessary to maintain confidence in the administration of justice. The four listed circumstances are simply the main factors to be balanced by the justice, together with any other relevant factors, in determining whether, in the case before him or her, detention is necessary in order to achieve the purpose of maintaining confidence in the administration of justice in the country. This is the provision's purpose. Although the justice must consider all the circumstances of the case and engage in a balancing exercise, this is the ultimate question the justice must answer, and it must therefore guide him or her in making a determination. The argument that detention must automatically be ordered if the review of the four circumstances favours that result is incompatible with the balancing exercise required by s. 515(10)(c) and with the purpose of that exercise.

[70] Finally, it is important not to overlook the fact that, in Canadian law, the release of accused persons is the cardinal rule and detention, the exception: *Morales*, at p. 728. To automatically order detention would be contrary to the "basic entitlement to be granted reasonable bail unless there is just cause to do otherwise" that is guaranteed in s. 11(e) of the *Charter: Pearson*, at p. 691. This entitlement rests in turn on the cornerstone of Canadian criminal law, namely the presumption of innocence that is guaranteed by s. 11(d) of the *Charter: Hall*, at para. 13. These fundamental rights require the justice to ensure that interim detention is truly

prêter une attention particulière aux facteurs énoncés par le législateur : par. 41. L'argument de la détention automatique me semble d'ailleurs contraire aux propos de la Juge en chef, au par. 41 :

En définitive, le juge peut refuser d'accorder la mise en liberté sous caution uniquement s'il est persuadé, à la lumière de ces facteurs et des circonstances connexes, qu'un membre raisonnable de la collectivité serait convaincu que ce refus est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l'administration de la justice. [Je souligne.]

[69] De plus, l'argument de la détention automatique néglige le fait que le test à satisfaire pour les besoins de l'al. 515(10)c) est la question de savoir si la détention de l'accusé est nécessaire afin de ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice. Les quatre circonstances énumérées ne sont que les principaux éléments que le juge doit pondérer en sus de tout autre élément pertinent, afin de déterminer si, dans l'affaire qui l'occupe, la détention est nécessaire pour réaliser l'objectif poursuivi : le maintien de la confiance du public envers l'administration de la justice au pays. Telle est la finalité de cet alinéa. Même si le juge doit prendre connaissance de toutes les circonstances de l'affaire et se livrer à un exercice de pondération, c'est cette question ultime que le juge doit trancher, et qui doit donc le guider dans sa décision. Soutenir qu'il y a automatiquement détention si l'examen des quatre circonstances favorise celle-ci est incompatible avec l'exercice de pondération énoncé à l'al. 515(10)c) et avec l'objectif ainsi recherché.

[70] Enfin, il ne faut surtout pas oublier qu'en droit canadien, la règle cardinale est la mise en liberté de l'accusé et la détention, l'exception : *Morales*, p. 728. Le fait d'ordonner automatiquement la détention irait à l'encontre du « droit fondamental à une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable sauf s'il existe une juste cause justifiant le refus de l'accorder », garanti par l'al. 11e) de la *Charte : Pearson*, p. 691. À son tour, ce droit repose sur la pierre angulaire du droit pénal canadien, soit la présomption d'innocence, garantie par l'al. 11d) de la *Charte : Hall*, par. 13. Ces droits fondamentaux exigent que le juge s'assure que la détention

justified having regard to all the relevant circumstances of the case.

[71] Although I will not set out an exhaustive list of the circumstances relevant to the analysis required by s. 515(10)(c) *Cr. C.*, I think it will be helpful to give a few examples. Section 515(10)(c) (iii) refers to the “circumstances surrounding the commission of the offence”. I would add that the personal circumstances of the accused (age, criminal record, physical or mental condition, membership in a criminal organization, etc.) may also be relevant. The justice might also consider the status of the victim and the impact on society of a crime committed against that person. In some cases, he or she might also take account of the fact that the trial of the accused will be held at a much later date.

(d) *Meaning of “Public”*

[72] I should point out that although the French version of s. 515(10)(c) refers to “*la confiance du public*” (public confidence) — “*sa détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice, compte tenu de toutes les circonstances, notamment les suivantes . . .*” — the word “public” does not actually appear in the provision’s English version. However, this Court has confirmed that detention under this provision is based on the need to maintain *public* confidence in the administration of justice: *Hall*, at para. 41. This means that the justice’s balancing of all the circumstances under s. 515(10)(c) must always be guided by the perspective of the “public”.

[73] In *Mordue*, the Ontario Court of Appeal provided an interesting analysis of the relationship between “public confidence” for the purposes of s. 515(10)(c) and the “safety of the public” factor set out in s. 515(10)(b):

Public fear and concern about safety, while relevant, are not the exclusive considerations in assessing the public’s confidence in the administration of justice. The

provisoire est réellement justifiée, eu égard à toutes les circonstances pertinentes de l’affaire.

[71] Sans énoncer ici une liste exhaustive des circonstances qui sont pertinentes dans l’analyse requise par l’al. 515(10)c) *C. cr.*, je crois utile d’en mentionner quelques exemples. Le sous-alinéa 515(10)c)(iii) évoque les « circonstances entourant [la] perpétration [de l’infraction] ». J’ajouterai que les circonstances propres à l’accusé peuvent également être pertinentes (son âge, ses antécédents criminels, sa condition physique ou mentale, son appartenance à une organisation criminelle, etc.). De même, le juge pourra considérer le statut de la victime et l’impact sur la société d’un crime commis contre cette personne. Dans certains cas, le juge pourrait aussi tenir compte du fait que le procès de l’accusé aura lieu à une date très éloignée.

d) *La notion de « public »*

[72] Il convient de souligner que bien que la version française de l’al. 515(10)c) évoque la notion de « confiance du public », le mot « public » ne figure pas dans la version anglaise de l’al. 515(10)c) : « *if the detention is necessary to maintain confidence in the administration of justice, having regard to all the circumstances, including . . .* ». Cependant, notre Cour a confirmé que le motif de détention de cet alinéa est la nécessité de ne pas miner la confiance du *public* envers l’administration de la justice : *Hall*, par. 41. En conséquence, l’exercice de pondération de toutes les circonstances auquel doit se livrer le juge en application de l’al. 515(10)c) doit être en tout temps guidé par le point de vue du « public ».

[73] Dans l’arrêt *Mordue*, la Cour d’appel de l’Ontario a fait une analyse intéressante du lien entre la notion de « confiance du public » à l’al. 515(10)c) et celle de « sécurité du public » mentionnée à l’al. 515(10)b) :

[TRADUCTION] Bien que pertinentes, les craintes et les inquiétudes du public à l’égard de sa sécurité ne sont pas les seules considérations applicables pour apprécier la

effect of the accused's release on confidence in the administration of justice must be considered more broadly.

Limiting the analysis of confidence in the administration of justice to the public's safety concerns results in the tertiary ground amounting to little more than a recapitulation of the secondary ground. . . .

Here, the bail judge placed decisive weight on the quality of the respondent's bail arrangements. By doing so, he erred by not considering whether the tertiary ground established a separate and distinct basis for denying bail. Having quite appropriately considered the level of public concern about safety in this case, the bail judge erred by not going on to consider the effect the release of the respondent would have more broadly on the public confidence in the administration of justice. [Emphasis added; paras. 23-25.]

[74] In *Hall*, this Court explained that the "public" in question consists of reasonable members of the community who are properly informed about "the philosophy of the legislative provisions, *Charter* values and the actual circumstances of the case": para. 41, quoting *R. v. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269 (B.C.C.A.), at para. 18.

[75] In a pre-*Hall* decision concerning the "public interest" ground formerly provided for in s. 515(10)(b) *Cr. C.*, the Quebec Court of Appeal stated the following:

[TRANSLATION] With respect to the perception of the public, as we know, a large part of the Canadian public often adopts a negative and even emotional attitude towards criminals or [potential] criminals. The public wants to see itself protected, see criminals in prison and see them punished severely. To get rid of a criminal is to get rid of crime. It [unjustifiably] perceives the judicial system . . . and the administration of justice in general as too indulgent, too soft, too good to the criminal. This perception, almost visceral in respect of crime, is surely not the perception which a judge must have in deciding the issue of interim release. If this were the case, persons charged with certain types of

confiance du public envers l'administration de la justice. L'effet de la libération de l'accusé sur la confiance du public envers l'administration de la justice doit être examiné plus largement.

Le fait de limiter l'analyse de la question de la confiance envers l'administration de la justice aux inquiétudes du public relativement à sa sécurité a pour résultat que le troisième motif ne constitue guère plus qu'une répétition du deuxième motif. . . .

En l'espèce, le juge saisi de la demande de cautionnement a accordé un poids décisif à la qualité des arrangements relatifs à la mise en liberté sous caution de l'intimé. Ce faisant, il a commis une erreur en omettant de se demander si le troisième motif ne constituait pas une raison distincte de refuser la libération sous caution. Après avoir considéré comme il se doit le degré d'inquiétude du public sur le plan de la sécurité, le juge saisi de la demande de cautionnement a fait erreur en ne poursuivant pas son analyse afin de se demander quel effet la mise en liberté de l'intimé aurait, de façon plus large, sur la confiance du public envers l'administration de la justice. [Je souligne; par. 23-25.]

[74] Dans l'arrêt *Hall*, notre Cour a précisé que la notion de « public » s'entend d'un membre raisonnable de la collectivité bien informé « de la philosophie des dispositions législatives, des valeurs consacrées par la *Charte* et des circonstances réelles de l'affaire » : par. 41, citant *R. c. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269 (C.A.C.-B.), par. 18.

[75] Dans une décision rendue avant l'arrêt *Hall* et portant sur l'ancien motif fondé sur l'« intérêt public » prévu à l'al. 515(10)(b) *C. cr.*, la Cour d'appel du Québec s'est exprimée ainsi :

S'agissant tout d'abord de la perception du public, comme on le sait, face aux criminels ou aux criminels en puissance, une large partie du public canadien adopte souvent une attitude négative et parfois passionnée. Elle veut se voir protég[ée], voir les criminels en prison et les voir châti[és] durement. Se débarrasser du criminel, c'est se débarrasser du crime. Elle perçoit alors indûment le système judiciaire et celui de l'administration de la justice en général comme trop indulgent, trop mou, trop bon pour le criminel. Cette perception, presque viscérale, face au crime n'est sûrement pas celle sur laquelle le juge doit se fonder pour décider de la remise en liberté.

offences would never be released because the perception of the public is negative with respect to the type of crime committed, while others, on the contrary, would almost automatically be released where the public's perception is neutral or more indulgent. . . . Therefore, the perception of the public must be situated at another level, that of a public reasonably informed about our system of criminal law and capable of judging and perceiving without emotion that the application of the presumption of innocence, even with respect to interim release, has the effect that people, who may later be found guilty of even serious crimes, will be released for the period between the time of their arrest and the time of their trial. In other words, the criterion of the public perception must not be that of the lowest common denominator. [Emphasis added.]

(*R. v. Lamothe* (1990), 58 C.C.C. (3d) 530, at p. 541)

[76] In my opinion, these comments are still relevant.

[77] Although the “public interest” ground was subsequently held to be unconstitutional, these passages remain helpful in underscoring the fact that the word “public” used in the context of the new s. 515(10)(c) does not mean Canadians who tend to react impulsively. This being said, although it is true that the public in question consists of reasonable, well-informed persons, and not overly emotional members of the community, it seems to me that some of the decisions have rendered the word “public” meaningless in this context. Parliament made an express choice by using the word “*public*” in the French version of s. 515(10)(c) in requiring that the courts take confidence in the administration of justice into account in deciding whether an accused should be detained pending trial. It referred not to legal experts or judges, but to the “public”. Meaning must therefore be given to this legislative choice. Public confidence cannot be equated with the confidence of legal experts in the administration of justice. The Canadian public — even its most knowledgeable members — cannot be expected to have the same level of legal knowledge as judges or lawyers. That would distort the meaning of the word

Dans cette hypothèse, en effet, les personnes accusées de certains types d'infraction ne seraient jamais remises en liberté parce que la perception du public est négative à l'égard du type de crime commis, alors que d'autres, au contraire, seraient presque automatiquement libérées vu la perception plus neutre ou plus indulgente du public. [. . .] C'est donc à un autre niveau qu'il faut se placer, soit celui d'un public raisonnablement informé de notre système de droit pénal et capable de juger et de percevoir sans passion que l'application de la présomption d'innocence, même au niveau de la liberté provisoire, a pour effet qu'effectivement des gens qui, plus tard, seront trouvés coupables, même de crimes sérieux, auront cependant retrouvé leur liberté entre le moment de leur arrestation et celui de leur procès. En d'autres termes, le critère de la perception du public ne doit pas s'exercer à partir du plus petit commun dénominateur. [Je souligne.]

(*R. c. Lamothe*, [1990] R.J.Q. 973, p. 981)

[76] Je suis d'avis que ces enseignements sont toujours pertinents.

[77] Même si le motif fondé sur l'« intérêt public » a depuis été jugé inconstitutionnel, ces passages sont utiles pour rappeler que la notion de « public » visée au nouvel al. 515(10)c) ne s'entend pas du justiciable canadien trop prompt à réagir de façon émotive. Cela dit, s'il est vrai que le public dont il est question à l'al. 515(10)c) n'est pas un membre trop émotif de la collectivité, mais plutôt une personne raisonnable et bien informée, certaines décisions me semblent avoir vidé de tout son sens cette notion de « public ». Le législateur a fait un choix exprès en demandant aux tribunaux de tenir compte de la confiance du « public » envers l'administration de la justice lorsqu'ils décident si un accusé devrait être détenu en attendant son procès. Il n'a pas fait mention d'un juriste ou d'un juge, mais bien du « public ». Il faut donc donner un sens à ce choix législatif. En conséquence, la confiance du public ne saurait être assimilée à la confiance des juristes envers l'administration de la justice. On ne peut attendre de la population canadienne — même de ses membres les mieux informés — le même niveau de connaissances juridiques qu'un juge ou un avocat. Ce serait là dénaturer la

“public”. It would also disregard the purpose of this provision, which is to maintain public confidence in the administration of justice.

[78] I note that this position is similar to the one taken by this Court concerning s. 24(2) of the *Charter*, which provides for the exclusion of evidence obtained in violation of the *Charter* if “the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute”. In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, Lamer J., writing for the majority, put the relevant question in figurative terms: “Would the admission of the evidence bring the administration of justice into disrepute in the eyes of the reasonable man, dispassionate and fully apprised of the circumstances of the case?” (p. 282, quoting Y.-M. Morissette, “The Exclusion of Evidence under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: What To Do and What Not To Do” (1984), 29 *McGill L.J.* 521, at p. 538). Lamer J. stated that “[t]he reasonable person is usually the average person in the community, but only when that community’s current mood is reasonable”: *Collins*, at p. 282. He explained that the reasonable person test “serves as a reminder to each individual judge that his discretion is grounded in community values, and, in particular, long term community values. He should not render a decision that would be unacceptable to the community when that community is not being wrought with passion or otherwise under passing stress due to current events”: *ibid.*, at pp. 282-83; see also *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, at para. 142.

[79] Thus, a reasonable member of the public is familiar with the basics of the rule of law in our country and with the fundamental values of our criminal law, including those that are protected by the *Charter*. Such a person is undoubtedly aware of the importance of the presumption of innocence and the right to liberty in our society and knows that these are fundamental rights guaranteed by our Constitution. He or she also expects that someone charged with a crime will be tried within a reasonable period of time, and is aware of the adage that “justice

notion de « public ». Ce serait également faire abstraction de l’objectif de cette disposition, qui consiste à assurer le maintien de la confiance du public envers l’administration de la justice.

[78] Je souligne que cette position est similaire à celle adoptée par notre Cour au sujet du par. 24(2) de la *Charte*, qui prévoit l’exclusion d’éléments de preuve obtenus en violation de celle-ci lorsque « leur utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice ». Dans l’arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, s’exprimant au nom de la majorité, le juge Lamer a utilisé la formule imagée suivante pour énoncer la question pertinente : « L’utilisation des éléments de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l’administration de la justice aux yeux de l’homme raisonnable, objectif et bien informé de toutes les circonstances de l’affaire? » (p. 282, citant Y.-M. Morissette, « The Exclusion of Evidence under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* : What To Do and What Not To Do » (1984), 29 *R.D. McGill* 521, p. 538). Le juge Lamer a précisé que « [I]a personne raisonnable est habituellement la personne moyenne dans la société, mais uniquement lorsque l’humeur courante de la société est raisonnable » : *Collins*, p. 282. Il a expliqué que le critère de la personne raisonnable « sert à rappeler à chaque juge que son pouvoir discrétionnaire est enraciné dans les valeurs de la société et, en particulier, ses valeurs à long terme. Il ne doit pas rendre une décision que la société considérerait inacceptable lorsque celle-ci n’est pas déchirée par la passion ou autrement tiraillée par des événements présents » : *ibid.*, p. 283; voir aussi *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, par. 142.

[79] Ce membre raisonnable du public connaît donc les rudiments de notre État de droit et il est sensible à nos valeurs fondamentales en droit pénal, dont celles protégées par la *Charte*. Il ne fait aucun doute qu’il est au fait de l’importance de la présomption d’innocence et du droit à la liberté dans notre société. Il sait qu’il s’agit là de droits fondamentaux, garantis par notre Constitution. Cette personne s’attend aussi à ce que les personnes accusées d’un crime subissent leur procès dans un délai raisonnable, et elle connaît l’adage selon lequel [TRADUCTION] « justice retardée

delayed is justice denied”: *R. v. Trout*, 2006 MBCA 96, 205 Man. R. (2d) 277, at para. 15. Finally, a reasonable member of the public knows that a criminal offence requires proof of culpable intent (*mens rea*) and that the purpose of certain defences is to show the absence of such intent. A well-known example of this type of defence is the mental disorder defence. The person contemplated by s. 515(10)(c) *Cr. C.* therefore understands that such a defence, once established, will enable an accused to avoid criminal responsibility. However, it would be going too far to expect the person in question to master all the subtleties of complex defences, especially where there is overwhelming evidence of the crime, the circumstances of the crime are heinous and the accused admits committing it.

[80] In short, the person in question in s. 515(10)(c) *Cr. C.* is a thoughtful person, not one who is prone to emotional reactions, whose knowledge of the circumstances of a case is inaccurate or who disagrees with our society’s fundamental values. But he or she is not a legal expert familiar with all the basic principles of the criminal justice system, the elements of criminal offences or the subtleties of criminal intent and of the defences that are available to accused persons.

[81] It is of course not easy for judges to strike an appropriate balance between the unrealistic expectations they might have for the public on the one hand, and the need to refuse to yield to public reactions driven solely by emotion on the other. This exercise may be particularly difficult in this era characterized by the multiplication and diversification of information sources, access to 24-hour news reports and the advent of social media.

[82] Canadians may in fact think they are very well informed, but that is unfortunately not always the case. Moreover, people can also make their reactions known much more quickly, more effectively and on a wider scale than in the past, in particular through the social media mentioned above, which are conducive to chain reactions. The courts must therefore be careful not to yield to purely emotional public reactions or reactions that may be based on

équivalent à justice déniée » : *R. c. Trout*, 2006 MBCA 96, 205 Man. R. (2d) 277, par. 15. Enfin, elle sait que les infractions criminelles requièrent la preuve d’une intention coupable (*mens rea*) et que certaines défenses tendent à démontrer l’absence de cette intention. Un exemple bien connu de ce type de défense est celle relative aux troubles mentaux. La personne envisagée à l’al. 515(10)c) *C. cr.* comprend donc que, une fois établie, cette défense permet à l’accusé d’échapper à sa responsabilité criminelle. Cela dit, il serait exagéré de s’attendre à ce qu’elle maîtrise toutes les subtilités de moyens de défense complexes, particulièrement lorsque la preuve de l’acte criminel est accablante, que les circonstances du crime sont odieuses et que l’accusé reconnaît l’avoir commis.

[80] Bref, la personne visée à l’al. 515(10)c) *C. cr.* est donc une personne réfléchie et non une personne aux réactions émotives, mal informée sur les circonstances d’une affaire ou en désaccord avec les valeurs fondamentales de notre société. Mais cette personne n’est pas un juriste qui connaît tous les rudiments du système de justice criminelle, les éléments constitutifs des infractions criminelles ou les subtilités de l’intention criminelle et des défenses disponibles aux accusés.

[81] Je conçois qu’il n’est certes pas facile pour les juges de trouver le juste équilibre entre, d’une part, leurs attentes peut-être démesurées envers le public, et d’autre part, la nécessité de refuser de céder aux réactions populaires mues uniquement par la passion. Cet exercice peut s’avérer particulièrement délicat en cette ère caractérisée par la multiplication et la diversification des sources d’information, l’accès à des bulletins d’information en continu et le phénomène des médias sociaux.

[82] En effet, il est possible que la population canadienne croie qu’elle est très bien informée, mais ce n’est malheureusement pas toujours le cas. En outre, la population est également en mesure de faire connaître ses réactions beaucoup plus rapidement, efficacement et largement que par le passé, notamment par l’entremise des médias sociaux évoqués plus haut, lesquels sont propices à des réactions en chaîne. Pour cette raison, les tribunaux doivent se

inadequate knowledge of the real circumstances of a case.

[83] However, the courts must also be sensitive to the perceptions of people who are reasonable and well informed. This enables the courts to act both as watchdogs against mob justice and as guardians of public confidence in our justice system. It would therefore be dangerous, inappropriate and wrong for judges to base their decisions on media reports that are in no way representative of a well-informed public. Indeed, the Quebec Court of Appeal recognized this risk in its recent decision in *R. v. Turcotte*, 2014 QCCA 2190:

[TRANSLATION] The press clippings show how risky it is to rely on this mode of proof. They contain several different opinions that vary in the degree to which they are balanced, objective, moderate or superficial. Many of them contain inaccurate facts or do not mention the essential facts. Most of them say nothing about the legal principles that must be applied in making release decisions. Certain opinions stir up anger and distort the debate. Few accurately report the facts and correctly state the applicable principles. On the whole, it must be acknowledged that they do not satisfy the reasonable person test defined in the case law. [para. 68 (CanLII)]

[84] Having said this, I wish to point out that this does not mean the courts must automatically disregard evidence that comes from the news media. It must be recognized that the media are part of life in society and that they reflect the opinions of certain segments of the Canadian public. In *Canadian Broadcasting Corporation v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459, at p. 475, this Court noted: “The media have a vitally important role to play in a democratic society. It is the media that, by gathering and disseminating news, enable members of our society to make an informed assessment of the issues which may significantly affect their lives and well-being.” Such opinion evidence can therefore be considered by the courts when it is

garder de céder aux réactions purement émotives de la population ou susceptibles d’être fondées sur une connaissance inappropriée des véritables circonstances de l’affaire.

[83] Cependant, les tribunaux doivent aussi être sensibles aux perceptions de la personne raisonnable et bien informée. Ce faisant, ils agissent à la fois comme vigiles à l’égard des mouvements de vindicte populaire et comme gardiens de la confiance du public envers notre système de justice. Il serait en conséquence dangereux, inapproprié et erroné pour un juge de fonder sa décision sur des reportages médiatiques qui ne seraient nullement représentatifs d’un public bien informé. La Cour d’appel du Québec a d’ailleurs reconnu ce danger dans sa récente décision dans l’affaire *R. c. Turcotte*, 2014 QCCA 2190 :

La lecture des coupures de presse montre à quel point il est dangereux de recourir à ce mode de preuve. On y retrouve des opinions diverses, plus ou moins nuancées, plus ou moins objectives, plus ou moins mesurées, plus ou moins superficielles. Plusieurs exposent des faits inexacts ou ne rapportent pas ceux qui sont essentiels. La plupart taisent les principes juridiques essentiels à la prise de décision en matière de mise en liberté. Certaines opinions attisent la colère et dénaturent le débat. Peu rapportent fidèlement les faits et rappellent correctement les principes applicables. Globalement, il faut convenir qu’elles ne satisfont pas au critère de la personne raisonnable définie par la jurisprudence. [par. 68 (CanLII)]

[84] Cela dit, je tiens à préciser que cela ne signifie pas pour autant que les tribunaux doivent automatiquement occulter la preuve qui émane des médias d’information. Il faut reconnaître que les médias participent à la vie en société et reflètent l’opinion de certains segments de la population canadienne. Dans l’arrêt *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459, p. 475, notre Cour soulignait : « Les médias ont un rôle primordial à jouer dans une société démocratique. Ce sont les médias qui, en réunissant et en diffusant les informations, permettent aux membres de notre société de se former une opinion éclairée sur les questions susceptibles d’avoir un effet important sur leur vie et leur bien-être. »

admissible and relevant. This will be the case where it corresponds to the opinion of the reasonable person I described above.

[85] I should mention, however, that since *Turcotte* has not been brought before this Court, it would be inappropriate for me to speak to the correctness of the Court of Appeal's conclusion with respect to release in that case. I will simply observe that the soundness of that conclusion must be assessed in light of the principles I have already outlined.

[86] In short, there is not just one way to undermine public confidence in the administration of justice. It may be undermined not only if a justice declines to order the interim detention of an accused in circumstances that justify detention, but also if a justice orders detention where such a result is not justified.

(4) Conclusion on the Application of Section 515(10)(c) Cr. C.

[87] I would summarize the essential principles that must guide justices in applying s. 515(10)(c) Cr. C. as follows:

- Section 515(10)(c) Cr. C. does not create a residual ground for detention that applies only where the first two grounds for detention ((a) and (b)) are not satisfied. It is a distinct ground that itself provides a basis for ordering the pre-trial detention of an accused.
- Section 515(10)(c) Cr. C. must not be interpreted narrowly (or applied sparingly) and should not be applied only in rare cases or exceptional circumstances or only to certain types of crimes.
- The four circumstances listed in s. 515(10)(c) Cr. C. are not exhaustive.
- A court must not order detention automatically even where the four listed circumstances support such a result.

Ainsi, lorsqu'elle est admissible et pertinente, cette preuve d'opinion peut être considérée par les tribunaux. Ce sera le cas lorsqu'elle correspondra à celle de la personne raisonnable, telle que je l'ai décrite.

[85] Je souligne par ailleurs que, comme l'affaire *Turcotte* n'a jamais été portée devant notre Cour, il ne conviendrait pas que je me prononce sur le bien-fondé de la conclusion de la Cour d'appel sur la mise en liberté dans cette affaire. Je me contenterai de signaler que la justesse de cette conclusion doit être appréciée à l'aune des principes que j'ai déjà énoncés.

[86] Somme toute, la confiance du public envers l'administration de la justice n'est pas tributaire d'une seule avenue. Cette confiance peut être minée tout autant lorsque le juge refuse d'ordonner la détention provisoire d'un accusé dans des circonstances qui le justifient, que lorsqu'il l'ordonne alors qu'elle est injustifiée.

(4) Conclusion sur l'application de l'al. 515(10)(c) C. cr.

[87] Je résumerais ainsi les principes essentiels qui doivent guider le juge dans l'application de l'al. 515(10)(c) C. cr. :

- L'alinéa 515(10)(c) C. cr. ne prévoit pas un motif résiduel de détention, applicable seulement lorsque les deux premiers motifs de détention (al. a) et b)) ne sont pas satisfaits. Il s'agit d'un motif distinct permettant à lui seul d'ordonner la détention avant procès d'un accusé.
- L'alinéa 515(10)(c) C. cr. ne doit pas être interprété restrictivement (ou appliqué avec parcimonie), ni s'appliquer que dans de rares cas ou circonstances exceptionnelles, ou pour certains types de crime seulement.
- Les quatre circonstances énumérées à l'al. 515(10)(c) C. cr. ne sont pas exhaustives.
- Le tribunal ne doit pas automatiquement ordonner la détention même si les quatre circonstances énumérées favorisent ce résultat.

- The court must instead consider all the circumstances of each case, paying particular attention to the four listed circumstances.
- The question whether a crime is “unexplainable” or “unexplained” is not a criterion that should guide the analysis.
- No single circumstance is determinative. The justice must consider the combined effect of all the circumstances of each case to determine whether detention is justified.
- This involves balancing all the relevant circumstances. At the end of this balancing exercise, the ultimate question to be asked by the court is whether detention is necessary to maintain confidence in the administration of justice. This is the test to be met under s. 515(10)(c).
- To answer this question, the court must adopt the perspective of the “public”, that is, the perspective of a reasonable person who is properly informed about the philosophy of the legislative provisions, *Charter* values and the actual circumstances of the case. However, this person is not a legal expert and is not able to appreciate the subtleties of the various defences that are available to the accused.
- This reasonable person’s confidence in the administration of justice may be undermined not only if a court declines to order detention where detention is justified having regard to the circumstances of the case, but also if it orders detention where detention is not justified.
- Le tribunal doit plutôt tenir compte de toutes les circonstances propres à chaque cas d’espèce, en prêtant une attention particulière aux quatre circonstances énumérées.
- Le caractère « inexplicable » ou « inexpliqué » du crime n’est pas un critère devant guider l’analyse.
- Aucune circonstance n’est déterminante en soi. Le juge doit considérer les effets combinés de toutes les circonstances de chaque affaire qui lui permettront de déterminer si la détention est justifiée.
- Il s’agit d’un exercice de pondération de toutes les circonstances pertinentes, au terme duquel le tribunal doit ultimement se poser la question suivante : la détention est-elle nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice? Tel est le test à satisfaire sous l’al. 515(10)c).
- Pour répondre à cette question, le tribunal doit adopter le point de vue du « public », c’est-à-dire celui d’une personne raisonnable, bien informée de la philosophie des dispositions législatives, des valeurs consacrées par la *Charte* et des circonstances réelles de l’affaire. Cette personne n’est toutefois pas un juriste et n’est pas en mesure d’apprécier les subtilités des différentes défenses qui s’offrent à l’accusé.
- La confiance de cette personne raisonnable envers l’administration de la justice peut être minée tout autant si le tribunal refuse d’ordonner une détention justifiée compte tenu des circonstances de l’espèce, que lorsqu’il l’ordonne alors qu’elle est injustifiée.

[88] In conclusion, if the crime is serious or very violent, if there is overwhelming evidence against the accused and if the victim or victims were vulnerable, pre-trial detention will usually be ordered.

[89] Having completed the interpretation of s. 515(10)(c) *Cr. C.*, I will now consider the power

[88] En conclusion, en présence d’un crime grave ou très violent, lorsque la preuve contre l’accusé est accablante, et que la ou les victimes sont vulnérables, la détention préventive sera habituellement ordonnée.

[89] Maintenant que j’ai interprété l’al. 515(10)c) *C. cr.*, je vais examiner le pouvoir de révision dont

of review of superior court judges, which enables them to vary release or detention orders made under s. 515(10)(a), (b) or (c) *Cr. C.*

B. *Availability of a Review Under Sections 520 and 521 Cr. C.*

[90] Section 520 *Cr. C.* gives an *accused* the right to apply to a judge for a review of an interim detention order made against him or her by a justice. Similarly, s. 521 *Cr. C.* enables the *prosecutor* to apply to a judge for a review of a release order made in relation to an accused. Sections 520 and 521 are worded similarly. In both cases, the application may be made “at any time before the trial”: ss. 520(1) and 521(1) *Cr. C.* It should be noted that these sections are limited to the review of orders made in connection with offences other than the ones referred to in s. 469 *Cr. C.*

[91] This is the first time this Court has considered the scope of ss. 520 and 521 *Cr. C.* Not all lower courts in Canada are agreed on the nature of this review process. Some consider it an appeal, which means that only an error of law or principle will provide a basis for a “review”. Others take the view that they have full discretion to vary the initial order even in the absence of an error. This approach is sometimes described as a “*de novo*” hearing, although, as Justice Trotter points out, a true *de novo* hearing is conducted as if there were no previous proceedings: p. 8-13. Finally, other courts treat the review under ss. 520 and 521 *Cr. C.* as a hybrid remedy. In their view, the section authorizes the accused and the prosecutor to present new evidence to show a change in circumstances, and to raise an error of law or principle by the justice to justify a review of the initial order.

[92] For the reasons that follow, I am of the opinion that ss. 520 and 521 *Cr. C.* do not confer an open-ended discretion on the reviewing judge to

dispose un juge d’une cour supérieure pour modifier l’ordonnance de mise en liberté ou de détention, qu’elle soit rendue en application de l’al. 515(10)a), b) ou c) *C. cr.*

B. *Les cas donnant ouverture à la révision prévue aux art. 520 et 521 C. cr.*

[90] L’article 520 *C. cr.* accorde au *prévenu* le droit de demander à un juge de réviser une ordonnance de détention provisoire rendue contre lui par un juge de paix. De même, l’art. 521 *C. cr.* permet au *poursuivant* de demander à un juge de réviser une ordonnance de mise en liberté rendue à l’égard d’un prévenu. Le libellé des art. 520 et 521 est similaire. Dans les deux cas, la demande peut être faite « en tout temps avant [le] procès » : par. 520(1) et 521(1) *C. cr.* Notons que ces articles ne concernent que les révisions d’ordonnances rendues dans le cadre d’infractions autres que celles mentionnées à l’art. 469 *C. cr.*

[91] Il s’agit de la première occasion qu’a notre Cour de se pencher sur la portée des art. 520 et 521 *C. cr.* Les tribunaux inférieurs canadiens ne s’entendent pas tous sur la nature de ce processus de révision. Certains considèrent qu’il s’agit d’un appel et donc que seule une erreur de droit ou de principe donnerait ouverture à la « révision ». D’autres sont plutôt d’avis qu’ils disposent de toute la discrétion voulue pour modifier l’ordonnance initiale, et ce, même en l’absence d’erreur. Cette approche est parfois qualifiée d’audience « *de novo* » bien que, comme le souligne le juge Trotter, une véritable audience *de novo* se déroule comme s’il n’y avait pas eu de procédures antérieures : p. 8-13. Enfin, d’autres tribunaux traitent le recours prévu aux art. 520 et 521 *C. cr.* comme un recours de nature hybride. Selon eux, il autorise l’accusé et le poursuivant à soumettre une preuve nouvelle pour démontrer un changement de circonstances et à soulever une erreur de droit ou de principe du premier juge pour justifier la révision de l’ordonnance initiale.

[92] Pour les raisons qui suivent, je suis d’avis que les art. 520 et 521 *C. cr.* ne confèrent pas au juge réviseur un pouvoir discrétionnaire illimité

vary the initial decision concerning the detention or release of the accused. Nonetheless, they establish a hybrid remedy and therefore provide greater scope than an appeal for varying the initial order.

(1) Wording of Sections 520 and 521 Cr. C.

[93] The provisions — ss. 520(1) and (7) and 521(1) and (8) — that establish the power of review read as follows:

520. (1) If a justice, or a judge of the Nunavut Court of Justice, makes an order under subsection 515(2), (5), (6), (7), (8) or (12) or makes or vacates any order under paragraph 523(2)(b), the accused may, at any time before the trial of the charge, apply to a judge for a review of the order.

. . .

(7) ...

and [the judge] shall either

(d) dismiss the application, or

(e) if the accused shows cause, allow the application, vacate the order previously made by the justice and make any other order provided for in section 515 that he considers is warranted.

. . .

521. (1) If a justice, or a judge of the Nunavut Court of Justice, makes an order under subsection 515(1), (2), (7), (8) or (12) or makes or vacates any order under paragraph 523(2)(b), the prosecutor may, at any time before the trial of the charge, apply to a judge for a review of the order.

. . .

(8) ...

and [the justice] shall either

(d) dismiss the application, or

pour modifier la décision initiale relative à détention ou à la mise en liberté de l'accusé. Toutefois, ces dispositions établissent un recours de nature hybride et, partant, les possibilités de modification de l'ordonnance initiale par rapport à un appel, s'en trouvent accrues.

(1) Le langage des art. 520 et 521 C. cr.

[93] Les dispositions conférant le pouvoir de révision, les par. 520(1) et (7) et 521(1) et (8), sont rédigées ainsi :

520. (1) Le prévenu peut, en tout temps avant son procès sur l'inculpation, demander à un juge de réviser l'ordonnance rendue par un juge de paix ou un juge de la Cour de justice du Nunavut conformément aux paragraphes 515(2), (5), (6), (7), (8) ou (12), ou rendue ou annulée en vertu de l'alinéa 523(2)b).

. . .

(7) ...

et [le juge] doit :

d) soit rejeter la demande;

e) soit, si le prévenu fait valoir des motifs justifiant de le faire, accueillir la demande, annuler l'ordonnance antérieurement rendue par le juge de paix et rendre toute autre ordonnance prévue à l'article 515, qu'il estime justifiée.

. . .

521. (1) Le poursuivant peut, en tout temps avant le procès sur l'inculpation, demander à un juge de réviser l'ordonnance rendue par un juge de paix ou un juge de la Cour de justice du Nunavut conformément aux paragraphes 515(1), (2), (7), (8) ou (12), ou rendue ou annulée en vertu de l'alinéa 523(2)b).

. . .

(8) ...

et [le juge] doit :

d) soit rejeter la demande;

(e) if the prosecutor shows cause, allow the application, vacate the order previously made by the justice and make any other order provided for in section 515 that he considers to be warranted.

e) soit, si le poursuivant fait valoir des motifs justifiant de le faire, accueillir la demande, annuler l'ordonnance antérieurement rendue par le juge de paix et rendre toute autre ordonnance prévue à l'article 515, qu'il estime justifiée.

[94] It should be mentioned that ss. 520 and 521 do not provide for a *de novo* hearing, whereas Parliament expressly provided for such a hearing in the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1, s. 33(1), where an application for release is made to a youth justice court and that court has not ruled on the initial application. If Parliament had intended for reviewing judges to conduct a true *de novo* hearing, it would have specified this in the legislation. As well, ss. 520(7) and 521(8) provide that the review is conducted on the basis of the transcript and exhibits from the initial proceedings, although some new evidence is admissible. I will return to this point below. For the moment, it is enough to say that these factors confirm my conclusion that ss. 520 and 521 *Cr. C.* do not establish a *de novo* proceeding.

[94] Il convient de souligner que les art. 520 et 521 n'envisagent pas d'audience *de novo*, alors que le législateur a expressément prévu une telle audience dans la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1, par. 33(1), lorsqu'une demande de mise en liberté est présentée à un tribunal pour adolescent, si celui-ci n'a pas rendu la décision sur la demande initiale. Si le législateur avait voulu que le juge réviseur tiende une véritable audience *de novo*, il l'aurait précisé dans le texte de la loi. De plus, les par. 520(7) et 521(8) prévoient que la révision s'effectue sur la base de la transcription et des pièces des procédures initiales, bien qu'une certaine nouvelle preuve soit admissible. Je reviendrai plus tard sur ce point. Pour l'instant, il suffit de mentionner que ces facteurs confirment ma conclusion selon laquelle les art. 520 et 521 *C. cr.* n'établissent pas une procédure *de novo*.

[95] Moreover, even though the power of review may seem broad at first glance, ss. 520 and 521 *Cr. C.* expressly limit its exercise in favour of the accused or the prosecutor, as the case may be, to cases in which cause is shown. It should be borne in mind that, in the old *Young Offenders Act*, R.S.C. 1985, c. Y-1, Parliament used the word "discretion" in referring to the reviewing court's power over the transfer of young accused persons to ordinary court: s. 16(9) and (10). This Court found that the use of that word conferred a broad power of review on the reviewing court and authorized that court to make an independent evaluation and to arrive at an independent conclusion on the same facts: *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446. But Parliament did not choose to use the same wording in ss. 520 and 521 *Cr. C.*

[95] Par ailleurs, même si le pouvoir de révision peut sembler large à première vue, le texte des art. 520 et 521 *C. cr.* limite son application en faveur du prévenu ou du poursuivant, selon le cas, aux seuls cas où ceux-ci font la démonstration de motifs justificatifs. Rappelons que, dans l'ancienne *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, c. Y-1, le législateur avait expressément mentionné le pouvoir « discrétionnaire » du tribunal réviseur en matière de renvoi d'un accusé adolescent vers le tribunal compétent : par. 16(9) et (10). Notre Cour a considéré que ce libellé conférait un grand pouvoir de révision, qui autorisait le tribunal à procéder à une évaluation indépendante et à tirer une conclusion distincte à partir des mêmes faits : *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446. Le législateur n'a pas fait ce même choix lors de la rédaction des art. 520 et 521 *C. cr.*

[96] The wording of ss. 520 and 521 *Cr. C.* therefore seems to preclude an interpretation to the effect that the reviewing judge has an open-ended discretion. It remains to be seen whether this conclusion can be confirmed through a comparison with other similar provisions, having regard to the nature of the initial release decision.

(2) Difference Between the Wording of Sections 520 and 521 *Cr. C.* and That of Other Review Provisions

[97] The appellant argues that the difference between the wording of ss. 520(7)(e) and 521(8)(e) *Cr. C.*, which provide that a reviewing judge may vary the initial decision “if the accused [or the prosecutor, as the case may be,] shows cause”, and that of s. 680(1) *Cr. C.* and s. 18(2) of the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, which contain no such words, favours a standard of review requiring greater deference to the initial release decision.

[98] Section 680 *Cr. C.* deals, *inter alia*, with the review of release decisions in the context of the offences listed in s. 469 *Cr. C.* Section 680(1) *Cr. C.* reads as follows:

680. (1) A decision made by a judge under section 522 or subsection 524(4) or (5) or a decision made by a judge of the court of appeal under section 261 or 679 may, on the direction of the chief justice or acting chief justice of the court of appeal, be reviewed by that court and that court may, if it does not confirm the decision,

(a) vary the decision; or

(b) substitute such other decision as, in its opinion, should have been made.

[99] The appellant concedes that the case law on the nature and availability of a review under s. 680 *Cr. C.* is not consistent. This has even been recognized by certain provincial courts of appeal: *R. v. Oliver*, 2008 NLCA 27, 287 Nfld. & P.E.I.R. 123; *R. v. Massan*, 2012 MBCA 26, 289 C.C.C. (3d) 285; *R. v. White*, 2005 ABCA 403, 202 C.C.C. (3d) 295; see also Trotter, at p. 8-23; T. Quigley, *Procedure in*

[96] Le texte des art. 520 et 521 *C. cr.* semble donc exclure une interprétation reconnaissant un pouvoir discrétionnaire illimité au juge réviseur. Il reste à voir si cette constatation peut être confirmée au terme d’une comparaison avec d’autres dispositions similaires et compte tenu de la nature de la décision initiale sur la mise en liberté.

(2) La différence entre le libellé des art. 520 et 521 *C. cr.* et celui d’autres dispositions en matière de révision

[97] L’appelante soutient que la différence entre le libellé des al. 520(7)e) et 521(8)e) *C. cr.*, qui énoncent que le juge en révision peut modifier la décision initiale « si le prévenu [ou le poursuivant, selon le cas] fait valoir des motifs justifiant de le faire », et celui des par. 680(1) *C. cr.* et 18(2) de la *Loi sur l’extradition*, L.C. 1999, c. 18, qui ne comportent pas pareille mention, milite en faveur d’une norme de contrôle requérant une plus grande déférence envers la décision initiale sur la mise en liberté.

[98] L’article 680 *C. cr.* traite notamment de la révision de la décision de mise en liberté dans le cas d’infractions prévues à l’art. 469 *C. cr.* Le paragraphe 680(1) *C. cr.* est rédigé ainsi :

680. (1) Une décision rendue par un juge en vertu de l’article 522 ou des paragraphes 524(4) ou (5) ou une décision rendue par un juge de la cour d’appel en vertu des articles 261 ou 679 peut, sur l’ordre du juge en chef ou du juge en chef suppléant de la cour d’appel, faire l’objet d’une révision par ce tribunal et celui-ci peut, s’il ne confirme pas la décision :

a) ou bien modifier la décision;

b) ou bien substituer à cette décision telle autre décision qui, à son avis, aurait dû être rendue.

[99] Comme l’appelante l’admet elle-même, la jurisprudence sur la nature de la révision prévue à l’art. 680 *C. cr.* et sur les cas donnant ouverture à celle-ci n’est pas uniforme. Certaines cours d’appel provinciales ont même reconnu cet état de fait : *R. c. Oliver*, 2008 NLCA 27, 287 Nfld. & P.E.I.R. 123; *R. c. Massan*, 2012 MBCA 26, 289 C.C.C. (3d) 285; *R. c. White*, 2005 ABCA 403, 202 C.C.C. (3d) 295;

Canadian Criminal Law (2nd ed. (loose-leaf)), at p. 11-17.

[100] Section 18(2) of the *Extradition Act* concerns the review of an order made with regard to a person arrested under that statute. It reads as follows:

(2) A decision respecting judicial interim release may be reviewed by a judge of the court of appeal and that judge may

(a) confirm the decision;

(b) vary the decision; or

(c) substitute any other decision that, in the judge's opinion, should have been made.

[101] It can be seen immediately that the various decisions open to the reviewing judge are set out in a similar way to those provided for in s. 520 *Cr. C.* However, like s. 680(1) *Cr. C.*, s. 18(2) of the *Extradition Act* does not limit the variation of the initial decision to cases in which "cause" is shown.

[102] The case law of Canadian appellate courts is nearly unanimous. Section 18(2) of the *Extradition Act* provides that a reviewing judge may vary the initial decision only on the basis of an error in principle: *United States of America v. Chan* (2000), 144 C.C.C. (3d) 93 (Ont. C.A.); *United States of America v. Pannell* (2005), 193 C.C.C. (3d) 414 (Ont. C.A.); *United States of America v. Yuen*, 2004 ABCA 368, 363 A.R. 28; *Tenenbaum v. United States of America*, 2008 ABCA 396, 446 A.R. 155; *Delagarde v. United States of America* (2005), 293 N.B.R. (2d) 80 (C.A.); *United States of America v. Palmucci*, 2001 CanLII 38680 (Que. C.A.); *Boily v. États-Unis Mexicains*, 2005 QCCA 599; *Ivanov v. United States of America*, 2003 NLCA 11, 223 Nfld. & P.E.I.R. 44.

[103] Only the British Columbia Court of Appeal has taken the position that, although this is not a *de novo* hearing or a proceeding in which it can

voir aussi Trotter, p. 8-23; T. Quigley, *Procedure in Canadian Criminal Law* (2^e éd. (feuilles mobiles)), p. 11-17.

[100] De son côté, le par. 18(2) de la *Loi sur l'extradition* porte sur la révision d'une ordonnance rendue à l'égard d'une personne arrêtée en vertu de cette loi. Celui-ci prévoit ce qui suit :

(2) La décision d'accorder ou de refuser la mise en liberté provisoire peut faire l'objet d'une révision par un juge de la cour d'appel; celui-ci peut confirmer la décision, la modifier ou y substituer toute décision qui, à son avis, aurait dû être rendue.

[101] On remarque immédiatement que les différentes décisions que peut rendre le juge réviseur sont présentées de façon analogue à celles prévues à l'art. 520 *C. cr.* Cependant, à l'instar du par. 680(1) *C. cr.*, le libellé du par. 18(2) de la *Loi sur l'extradition* ne limite pas la révision de la décision initiale à la démonstration de « motifs justificatifs ».

[102] La jurisprudence des cours d'appel canadiennes est presque unanime. Le paragraphe 18(2) de la *Loi sur l'extradition* prévoit que seule une erreur de principe permet au juge réviseur de changer la décision initiale : *United States of America c. Chan* (2000), 144 C.C.C. (3d) 93 (C.A. Ont.); *United States of America c. Pannell* (2005), 193 C.C.C. (3d) 414 (C.A. Ont.); *United States of America c. Yuen*, 2004 ABCA 368, 363 A.R. 28; *Tenenbaum c. United States of America*, 2008 ABCA 396, 446 A.R. 155; *Delagarde c. United States of America* (2005), 293 R.N.-B. (2^e) 80 (C.A.); *United States of America c. Palmucci*, 2001 CanLII 38680 (C.A. Qc); *Boily c. États-Unis Mexicains*, 2005 QCCA 599; *Ivanov c. United States of America*, 2003 NLCA 11, 223 Nfld. & P.E.I.R. 44.

[103] Seule la Cour d'appel de la Colombie-Britannique considère que, bien qu'il ne s'agisse pas d'une audience *de novo* ni d'une procédure lui

render a decision as if it were the first judge, it must determine whether the initial decision is “correct” while at the same time according the usual deference to the first judge’s findings of fact: *Seifert v. Canada (Attorney General)*, 2002 BCCA 385, 171 B.C.A.C. 203, at para. 6; *United States of America v. Graham*, 2004 BCCA 162, 195 B.C.A.C. 245, at paras. 8-10. Paradoxically, the British Columbia Court of Appeal and the Newfoundland and Labrador Court of Appeal arrived at different outcomes even though they both based their decisions on an analogy with the review procedure provided for in s. 680 *Cr. C.* This is hardly surprising given that the courts do not agree on the nature of the latter procedure.

[104] For the purposes of this appeal, I do not have to determine the validity of the positions taken by appellate courts with respect to s. 680(1) *Cr. C.* and s. 18(2) of the *Extradition Act*. The comparison between those provisions and ss. 520 and 521 *Cr. C.* is nonetheless not without relevance. The fact that s. 680(1) *Cr. C.* and s. 18(2) of the *Extradition Act* — unlike ss. 520 and 521 *Cr. C.* — do not require cause to be shown for the court of appeal to exercise its power of review suggests that Parliament intended, in ss. 520 and 521 *Cr. C.*, to limit the reviewing judge’s discretion.

(3) Comparison Between the Appeal From a Sentence and the Review Procedure Provided for in Sections 520 and 521 *Cr. C.*

[105] The appellant points to similarities between the interim release decision and the sentencing decision. In the appellant’s view, these similarities mean that a release decision should be reviewed on the basis of the same principles that guide a sentence appeal under s. 687 *Cr. C.* Relying on *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948, *R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163, and *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206, the appellant asserts that a superior court conducting a review under ss. 520 and 521 should reverse the initial decision and substitute another one for it only if the initial decision contains an error in principle that

permettant de décider comme si elle était le premier juge, elle doit déterminer si la décision initiale est correcte (« *correct* »), tout en accordant la déférence habituelle aux conclusions de fait du premier juge : *Seifert c. Canada (Attorney General)*, 2002 BCCA 385, 171 B.C.A.C. 203, par. 6; *United States of America c. Graham*, 2004 BCCA 162, 195 B.C.A.C. 245, par. 8-10. Paradoxalement, alors que la Cour d’appel de la Colombie-Britannique et celle de Terre-Neuve-et-Labrador fondent toutes deux leur décision sur une analogie avec la procédure de révision prévue à l’art. 680 *C. cr.*, elles arrivent à des résultats différents. Cela n’est guère surprenant, étant donné que les tribunaux ne s’entendent pas sur la nature de la procédure de révision à l’art. 680 *C. cr.*

[104] Pour les besoins du présent pourvoi, je n’ai pas à me prononcer sur la validité de la position des tribunaux d’appel sur les par. 680(1) *C. cr.* et 18(2) de la *Loi sur l’extradition*. La comparaison entre ces dispositions et les art. 520 et 521 *C. cr.* n’est pas pour autant dénuée d’intérêt. Le fait que — contrairement aux art. 520 et 521 *C. cr.* — les par. 680(1) *C. cr.* et 18(2) de la *Loi sur l’extradition* ne soumettent pas l’exercice du pouvoir de révision de la cour d’appel à la démonstration de motifs justificatifs tend à indiquer que le législateur a voulu, aux art. 520 et 521 *C. cr.*, limiter la discrétion du juge réviseur.

(3) Comparaison entre l’appel de la peine et la procédure de révision prévue aux art. 520 et 521 *C. cr.*

[105] L’appelante relève des similitudes entre la décision sur la mise en liberté provisoire et celle sur la peine. Elle est donc d’avis que la décision sur la mise en liberté devrait être révisée au regard des mêmes principes que ceux guidant l’appel de la peine prévu à l’art. 687 *C. cr.* Se fondant sur les décisions *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948; *R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163, et *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206, l’appelante affirme que les cours supérieures agissant en révision en vertu des art. 520 et 521 ne devraient infirmer la décision initiale et la remplacer que si celle-ci est entachée

affects the result, or if it is clearly inappropriate or clearly unreasonable.

[106] In the respondent's view, the distinctions between the sentencing decision and the interim release decision are so great that no similarity would justify equating the rules for one with the rules for the other. According to the respondent, the right to interim release is a constitutional right, whereas the sentencing principle requiring consideration of whether "less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances" (s. 718.2(d) *Cr. C.*) is not important enough to justify this analogy.

[107] It is true that there are similarities between the interim release decision and the sentencing decision. Although both these decisions are discretionary, specific statutory rules apply to each of them. In both cases, the rules on the admissibility of evidence are relaxed: ss. 518 and 723 *Cr. C.* As well, the release of an accused must be ordered unless the prosecution shows cause why detention is justified: s. 515(2) and (10) *Cr. C.* Similarly, the sentencing judge must opt for the least restrictive sanction having regard to the circumstances: s. 718.2(d) *Cr. C.* Finally, the various possibilities available to the judge are similar. In the case of interim release, the justice may release the accused without conditions, impose statutory conditions for interim release of the accused (with or without sureties), require the payment of a deposit or order the detention of the accused: s. 515(1), (2)(a) to (d), (4) to (4.3), (5) and (8) *Cr. C.* In the case of sentencing, the judge may discharge the accused, impose statutory conditions of probation, fine the accused or sentence the accused to a term of imprisonment: ss. 730, 731, 734 and 732.1(3) *Cr. C.*

[108] However, there are also some significant differences between the interim release decision and the sentencing decision. In *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721, this Court discussed the expeditious nature of

d'une erreur de principe affectant le résultat ou si elle est manifestement non indiquée ou nettement déraisonnable.

[106] De l'avis de l'intimé, les distinctions entre la décision sur la peine et celle sur la mise en liberté provisoire sont à ce point énormes qu'aucune similitude ne permet d'assimiler les règles de l'une à celles de l'autre. En effet, selon l'intimé, le droit à la mise en liberté provisoire est un droit constitutionnel alors que le principe de détermination de la peine demandant « d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient » (al. 718.2d) *C. cr.*) n'atteint pas le niveau d'importance justifiant cette analogie.

[107] Il est vrai qu'il existe des similitudes entre la décision sur la mise en liberté provisoire et celle relative à la peine. Bien que de nature discrétionnaire, les deux décisions sont encadrées par des paramètres législatifs. Dans les deux cas, les règles d'admissibilité de la preuve sont assouplies : art. 518 et 723 *C. cr.* De plus, la mise en liberté de l'accusé doit être ordonnée sauf si la poursuite fait valoir des motifs justifiant sa détention : par. 515(2) et (10) *C. cr.* Similairement, le juge qui statue sur la peine doit opter pour la sanction la moins contraignante compte tenu des circonstances : al. 718.2d) *C. cr.* Enfin, les diverses possibilités dont dispose le juge sont semblables. Dans le cas de la mise en liberté provisoire, le juge peut libérer l'accusé sans condition, l'assujettir à des conditions de mise en liberté provisoire prévues par la loi (avec ou sans caution), exiger le versement d'un dépôt, ou ordonner sa détention : par. 515(1), al. 515(2)a) à d), par. 515(4) à (4.3), par. 515(5) et par. 515(8) *C. cr.* Dans le cas de la peine, le juge peut absoudre l'accusé, l'assujettir à des conditions de probation prévues par la loi, le condamner à une amende ou lui infliger une peine d'emprisonnement : art. 730, 731 et 734 et par. 732.1(3) *C. cr.*

[108] Cela dit, il existe aussi des différences notables entre la décision sur la mise en liberté provisoire et celle relative à la peine. Dans l'arrêt *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721, notre Cour a rappelé la nature expéditive

our interim release system and the implications of that nature:

... s. 503(1)(a) *Cr. C.* requires that a person who is arrested and detained be taken before a justice “without unreasonable delay” and in any event within 24 hours after the arrest. Section 515 *Cr. C.* provides that the justice *shall* release the person unless the prosecution shows cause why the detention should be continued. The grounds that can be relied on to deny the person’s release are limited. In the short time it has before it must show cause why the detention of the accused is justified, the prosecution has to gather the evidence it intends to use at the bail hearing, which means it may have insufficient time to meet with witnesses and further investigate the matters relevant to bail. Section 516(1) *Cr. C.* provides that the adjournment of a bail hearing cannot exceed three days except with the consent of the accused; and orders can be reviewed at the request of the accused provided that the accused has given the prosecution two days’ notice (s. 520(1) and (2) *Cr. C.*).

To avoid any delay prejudicial to an accused who ought to be released, while at the same time ensuring that those who do not meet the criteria for release are kept in custody, compromises had to be made regarding the nature of the evidence to be adduced at the bail hearing. There are practically no prohibitions as regards the evidence the prosecution can lead to show cause why the detention of the accused in custody is justified. According to s. 518(1)(e) *Cr. C.*, the prosecutor may lead any evidence that is “credible or trustworthy”, which might include evidence of a confession that has not been tested for voluntariness or consistency with the *Charter*, bad character, information obtained by wiretap, hearsay statements, ambiguous post-offence conduct, untested similar facts, prior convictions, untried charges, or personal information on living and social habits. The justice has a broad discretion to “make such inquiries, on oath or otherwise, of and concerning the accused as he considers desirable” (s. 518(1)(a)). The process is informal; the bail hearing can even take place over the phone (s. 515(2.2)). [Underlining added; paras. 27-28.]

de notre système de remise en liberté provisoire et ses implications :

... l’al. 503(1)a) *C. cr.* prévoit qu’une personne qui est arrêtée puis mise sous garde doit être conduite devant un juge de paix « sans retard injustifié » et, dans tous les cas, dans un délai de 24 heures suivant son arrestation. Selon l’art. 515 *C. cr.*, le juge de paix *doit* mettre la personne en liberté, à moins que le poursuivant ne fasse valoir des motifs justifiant sa détention continue. Seuls des motifs restreints peuvent être invoqués pour refuser la mise en liberté. Dans le court délai accordé pour justifier la détention, la poursuite doit réunir les éléments de preuve qu’elle entend utiliser à l’enquête sur remise en liberté provisoire, ce qui signifie qu’elle pourrait ne pas avoir le temps de rencontrer les témoins et de mener une enquête plus poussée sur les questions pertinentes pour le cautionnement; le par. 516(1) *C. cr.* prévoit que l’ajournement d’une enquête sur remise en liberté provisoire ne peut dépasser trois jours, sauf avec le consentement du prévenu; l’ordonnance peut être révisée à la demande de l’accusé après que celui-ci a donné un préavis de deux jours au poursuivant (par. 520(1) et (2) *C. cr.*).

Afin d’éviter tout retard qui serait préjudiciable à un accusé devant être mis en liberté tout en s’assurant que ceux qui ne satisfont pas aux conditions demeurent en détention, il a fallu trouver des compromis quant à la nature de la preuve produite lors de l’enquête sur remise en liberté provisoire. Il n’y a pratiquement aucune interdiction quant à ce que le poursuivant peut produire en preuve afin de démontrer que l’accusé doit être placé en détention. Selon l’al. 518(1)e) *C. cr.*, le poursuivant peut présenter toute preuve « plausible ou digne de foi », soit notamment les confessions dont on n’a pas vérifié le caractère volontaire ou la conformité à la *Charte*, la preuve de mauvaise moralité, la preuve obtenue par écoute électronique ou la preuve par oui-dire, tout comportement ambigu postérieur à l’infraction, la preuve de faits similaires qui n’a été soumise à aucun examen, les déclarations de culpabilité antérieures, les accusations en instance n’ayant fait l’objet d’aucun procès, ainsi que les renseignements personnels concernant le mode de vie et les habitudes sociales. Le juge de paix dispose d’un vaste pouvoir discrétionnaire qui lui permet de « faire, auprès du prévenu ou à son sujet, sous serment ou autrement, les enquêtes qu’il estime opportunes » (al. 518(1)a)). Le processus est informel et l’enquête sur remise en liberté provisoire peut même avoir lieu par téléphone (par. 515(2.2)). [Je souligne; par. 27-28.]

[109] This conscious choice to expedite the release hearing is grounded in the importance our society attaches to the presumption of innocence and the right of individuals to liberty even when charged with a serious criminal offence. However, this expeditious process is not without consequences for the accused, who generally has very little time to choose counsel and may even have no legal representation at the release hearing. The accused, or his or her counsel, also has very little time to, *inter alia*, review and analyze the prosecutor's evidence, devise a defence strategy and make the best possible decisions on how to proceed.

[110] On the other hand, the sentencing judge is often the judge who presided over the trial of the accused. Thus, even though the appellant argues that the rules on the admissibility of evidence are relaxed, a sentencing decision is made at the end of a long process during which the judge has generally analyzed an abundance of evidence and is more familiar with the situation of the accused. The sentencing judge is therefore not in the same position as the justice who must decide whether to grant the accused interim release.

[111] Finally, it is important to note that, at the time of sentencing, the accused has already been convicted and is therefore no longer presumed innocent. However, the sentence could have a longer-term impact on the life of the accused than would interim detention.

[112] Thus, although a comparison between the interim release decision and the sentencing decision is interesting, it cannot in itself be determinative, given the differences between these two types of decisions.

(4) Nature of the Decision Reviewed Under Sections 520 and 521 Cr. C.

[113] The decision concerning the interim release of an accused is often characterized as “discretionary”. This word must be used carefully in the context of this provision of the *Criminal Code*,

[109] Ce choix conscient de tenir rapidement une enquête sur la mise en liberté repose sur l'importance que notre société accorde à la présomption d'innocence et au droit à la liberté des individus, même lorsqu'ils sont accusés d'une infraction criminelle sérieuse. Mais ce traitement rapide n'est pas sans conséquence pour l'accusé. Ce dernier a généralement très peu de temps pour choisir un avocat, et il peut arriver que celui-ci ne soit même pas représenté par avocat lors de l'enquête sur sa mise en liberté. De plus, l'accusé ou son avocat ont très peu de temps pour, entre autres, examiner la preuve du poursuivant, l'analyser, établir une stratégie de défense, et prendre les meilleures décisions possibles sur la conduite à adopter.

[110] Par ailleurs, le juge qui détermine la peine est souvent celui qui a présidé le procès de l'accusé. Ainsi, même si l'appelante fait valoir que les règles d'admissibilité de la preuve sont assouplies, la décision sur la peine est rendue à la fin d'un long processus, au cours duquel le juge a généralement analysé une preuve abondante et possède une meilleure connaissance de l'accusé devant lui. Le juge qui décide de la peine n'est donc pas dans la même position que celui qui doit décider de la mise en liberté provisoire de l'accusé.

[111] Enfin, il importe de rappeler que, lors de la détermination de la peine, l'accusé a déjà été reconnu coupable et il ne bénéficie donc plus de la présomption d'innocence. Toutefois, la peine peut avoir des répercussions à plus long terme sur sa vie que celles inhérentes à sa détention provisoire.

[112] En conséquence, la comparaison entre la décision sur la mise en liberté provisoire et celle relative à la peine est intéressante, mais elle ne peut à elle seule être déterminante, vu les différences entre ces deux types de décision.

(4) La nature de la décision qui fait l'objet de la révision en vertu des art. 520 et 521 C. cr.

[113] La décision relative à la mise en liberté provisoire de l'accusé est souvent qualifiée de « discrétionnaire ». Il faut être prudent avec ce qualificatif dans le contexte de cette disposition du *Code*

since release of the accused remains the rule, the exception being where his or her detention is justified on one of the grounds set out in s. 515(10) *Cr. C.*

[114] Nevertheless, s. 515(10)(c) requires the justice to balance several factors, including the ones listed in that provision. In this balancing exercise, the justice must for the most part make findings of fact and assess the weight of those findings to determine whether detention is justified. Thus, the provision requires the justice to assess the appropriateness of a decision, which, from this perspective, can be characterized as “discretionary”.

[115] I have already dealt with the argument concerning the similarity between the release decision and the sentencing decision. It will be helpful to return here to the discretionary nature of the sentencing decision. In *Shropshire*, this Court reproduced comments that had been made by the Nova Scotia Court of Appeal, quoting *R. v. Muise* (1994), 94 C.C.C. (3d) 119, at pp. 123-24:

In considering the fitness of a sentence imposed by a trial judge, this court has consistently held that it will not interfere unless the sentence imposed is clearly excessive or inadequate. . . .

. . .

The law on sentence appeals is not complex. If a sentence imposed is not clearly excessive or inadequate it is a fit sentence assuming the trial judge applied the correct principles and considered all relevant facts. . . . My view is premised on the reality that sentencing is not an exact science; it is anything but. It is the exercise of judgment taking into consideration relevant legal principles, the circumstances of the offence and the offender. The most that can be expected of a sentencing judge is to arrive at a sentence that is within an acceptable range. In my opinion, that is the true basis upon which Courts of Appeal review sentences when the only issue is whether the sentence is inadequate or excessive. [para. 48]

criminel, car la mise en liberté de l'accusé demeure la règle, à moins que sa détention ne soit justifiée pour l'un des motifs énumérés au par. 515(10) *C. cr.*

[114] Il n'en reste pas moins que l'al. 515(10)c) appelle le juge à effectuer un exercice de pondération entre divers facteurs, notamment ceux énumérés à cette disposition. Dans le cadre de cet exercice, le juge doit principalement tirer des conclusions de fait et en apprécier la valeur afin de déterminer si la détention est justifiée. En conséquence, cette disposition oblige le juge à apprécier l'opportunité d'une décision et, en ce sens, celle-ci peut être qualifiée de « discrétionnaire ».

[115] J'ai déjà traité de l'argument relatif à la similitude entre la décision sur mise en liberté et celle relative à la peine. Il est utile de revenir sur le caractère discrétionnaire de cette décision. Dans *Shropshire*, notre Cour a repris les propos de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, citant *R. c. Muise* (1994), 94 C.C.C. (3d) 119, p. 123-124 :

[TRADUCTION] Chaque fois que notre cour a été appelée à examiner la justesse d'une peine infligée par un juge du procès, elle a constamment décidé de ne pas intervenir, sauf si la peine était nettement excessive ou inadéquate. . .

. . .

La règle de droit applicable aux appels interjetés contre une peine n'est pas complexe. Si la peine infligée n'est pas clairement excessive ou inadéquate, elle est indiquée à supposer que le juge du procès ait appliqué les bons principes et tenu compte de tous les faits pertinents. [. . .] Mon point de vue repose sur le fait que la détermination de la peine n'est pas une science exacte, tout au contraire. C'est un exercice de jugement qui tient compte des principes juridiques pertinents, des circonstances de l'infraction et du contrevenant. Tout au plus peut-on s'attendre à ce que le juge qui prononce la peine en arrivera à une peine qui respectera des limites acceptables. À mon sens, c'est la vraie raison pour laquelle des cours d'appel examinent des peines quand il s'agit seulement de savoir si la peine est inadéquate ou excessive. [par. 48]

It then added:

Unreasonableness in the sentencing process involves the sentencing order falling outside the “acceptable range” of orders; this clearly does not arise in the present appeal. [Emphasis added; para. 50.]

[116] In *Nasogaluak*, the Court noted that an appellate court cannot interfere with a sentence simply because it would have weighed the relevant factors differently (para. 46, quoting *R. v. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41 (Ont. C.A.), at para. 35):

. . . The weighing of relevant factors, the balancing process is what the exercise of discretion is all about. . . . Only if by emphasizing one factor or by not giving enough weight to another, the trial judge exercises his or her discretion unreasonably should an appellate court interfere with the sentence on the ground the trial judge erred in principle. [Emphasis added.]

[117] Allow me to repeat that the accused has a right to be presumed innocent at the time of the release hearing, which is no longer the case at the time of sentencing. However, the passages reproduced above aptly convey the implications of a discretionary decision that involves the balancing of a number of factors. As I explained above, a decision with respect to release made on the basis of s. 515(10)(c) *Cr. C.* calls for the consideration of several factors that may be difficult to balance. This is a delicate exercise whose essence would be distorted if an open-ended discretion to review the initial release decision were to be conferred on the judge.

[118] As I mentioned above, I am of the opinion that ss. 520 and 521 *Cr. C.* do not provide for a *de novo* hearing. Thus, unless there is new evidence — a subject I will address below — the reviewing judge is not in a better position than the justice to evaluate whether the detention of the accused is necessary. In addition, the reviewing judge has, in

Elle a ajouté :

Pour être considérée comme déraisonnable, l’ordonnance relative à la détermination de la peine doit tomber en dehors des « limites acceptables », ce qui n’est clairement pas le cas en l’espèce. [Je souligne; par. 50.]

[116] Dans *Nasogaluak*, la Cour a rappelé que les tribunaux d’appel ne peuvent pas modifier une peine simplement parce qu’ils auraient accordé un poids différent aux facteurs pertinents (par. 46, citant *R. c. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41 (C.A. Ont.), par. 35) :

[TRADUCTION] . . . La pondération des facteurs pertinents, le processus de mise en balance, voilà l’objet de l’exercice du pouvoir discrétionnaire. [. . .] Ce n’est que si le juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable, en insistant trop sur un facteur ou en omettant d’accorder suffisamment d’importance à un autre, que le tribunal d’appel pourra modifier la peine au motif que le juge a commis une erreur de principe. [Je souligne.]

[117] J’insiste à nouveau sur le fait que, lors de l’audience sur la mise en liberté, l’accusé jouit de la présomption d’innocence, ce qui n’est plus le cas lors de la détermination de sa peine. Cependant, les extraits cités plus haut expriment avec justesse les implications d’une décision discrétionnaire qui incorpore plusieurs facteurs devant être pondérés. Comme je l’ai expliqué précédemment, la décision relative à la mise en liberté prise en vertu de l’al. 515(10)c) *C. cr.* requiert l’examen de plusieurs facteurs qui peuvent s’avérer difficiles à pondérer. Il s’agit d’un exercice délicat. Accorder au juge un pouvoir discrétionnaire illimité de réviser la décision initiale sur la mise en liberté trahirait l’essence de l’exercice.

[118] Comme je l’ai mentionné, je suis d’avis que les art. 520 et 521 *C. cr.* ne prévoient pas la tenue d’une audience *de novo*. Ainsi, à moins de preuve nouvelle — un sujet dont je traiterai plus loin — le juge réviser n’est pas en meilleure position que le juge de paix pour évaluer si la détention de l’accusé est nécessaire. De plus, le juge réviser ne détient

relation to the justice, no special expertise with respect to release.

[119] I therefore have difficulty seeing any possible justification for allowing a reviewing judge, at all times, to substitute his or her assessment of the various circumstances for that of the justice.

(5) Conclusion: The Review Provided for in Sections 520 and 521 Cr. C. Is a Hybrid Remedy

[120] On the basis of the wording of ss. 520 and 521 *Cr. C.*, a comparison with other review provisions and with sentence appeals, and the nature of the decision being reviewed, I conclude that these sections do not confer on the reviewing judge an open-ended power to review the initial order respecting the detention or release of the accused. The reviewing judge must therefore determine whether it is appropriate to exercise this power of review.

[121] It will be appropriate to intervene if the justice has erred in law. It will also be appropriate for the reviewing judge to exercise this power if the impugned decision was clearly inappropriate, that is, if the justice who rendered it gave excessive weight to one relevant factor or insufficient weight to another. The reviewing judge therefore does not have the power to interfere with the initial decision simply because he or she would have weighed the relevant factors differently. I reiterate that the relevant factors are not limited to the ones expressly specified in s. 515(10)(c) *Cr. C.* Finally, where new evidence is submitted by the accused or the prosecutor as permitted by ss. 520 and 521 *Cr. C.*, the reviewing judge may vary the initial decision if that evidence shows a material and relevant change in the circumstances of the case.

(6) Material Change in Circumstances

[122] Sections 520(7) and 521(8) *Cr. C.* provide for the tendering of new “evidence or exhibits”. Section 520(7) reads as follows:

pas, par rapport au juge de paix, une expertise particulière en matière de mise en liberté.

[119] Dans ce contexte, je vois difficilement comment on pourrait justifier de permettre au juge réviseur de substituer en tout temps son appréciation des différentes circonstances à celle du juge de paix.

(5) Conclusion : la révision prévue aux art. 520 et 521 C. cr. constitue un recours de nature hybride

[120] L’examen du libellé des art. 520 et 521 *C. cr.*, la comparaison avec d’autres dispositions en matière de révision et avec l’appel en matière de peine, ainsi que la nature de la décision qui fait l’objet de la révision, m’amènent à conclure que ces dispositions ne confèrent pas au juge réviseur un pouvoir illimité pour réviser l’ordonnance initiale relative à la détention ou à la mise en liberté de l’accusé. Le juge doit donc se demander s’il est opportun qu’il exerce ce pouvoir de révision.

[121] L’opportunité d’intervenir existera lorsqu’une erreur de droit a été commise par le premier juge. Il est aussi opportun pour le juge réviseur d’exercer son pouvoir lorsque la décision contestée est manifestement inappropriée, c’est-à-dire lorsque le juge ayant rendu la décision contestée a accordé trop d’importance à un facteur pertinent ou pas suffisamment à un autre. Il ne s’agit donc pas d’accorder aux juges réviseurs le pouvoir d’intervenir à l’égard de la décision initiale simplement parce qu’ils auraient accordé un poids différent aux facteurs pertinents. Je rappelle que les facteurs pertinents ne sont pas limités à ceux énoncés expressément à l’al. 515(10)c) *C. cr.* Finalement, si l’accusé ou le poursuivant soumet une nouvelle preuve, comme le permettent les art. 520 et 521 *C. cr.*, le juge réviseur peut modifier la décision initiale si cette nouvelle preuve démontre un changement important et pertinent dans les circonstances de l’affaire.

(6) Le changement important de circonstances

[122] La présentation de « preuves ou pièces » nouvelles est autorisée par les par. 520(7) et 521(8) *C. cr.* Le paragraphe 520(7) stipule ce qui suit :

520. (7) On the hearing of an application under this section, the judge may consider

- (a) the transcript, if any, of the proceedings heard by the justice and by any judge who previously reviewed the order made by the justice,
- (b) the exhibits, if any, filed in the proceedings before the justice, and
- (c) such additional evidence or exhibits as may be tendered by the accused or the prosecutor,

Section 521(8) is essentially identical to s. 520(7).

[123] The question is what is admissible as new evidence.

[124] The appellant submits that this evidence is limited to facts that are truly new in the sense that they have come to light since the initial decision. It therefore does not include facts that could have been alleged at the initial hearing or during a previous review. Otherwise, the system could encourage “judge shopping”.

[125] It is true that the principle of finality of judgments and that of the need to avoid a multiplicity of unwarranted court proceedings are important, and the courts must not facilitate “judge shopping”. However, it is going too far to say, as the appellant does, that it might be in an arrested person’s interest to tender a minimum of evidence at the initial release hearing and then, should that prove to be insufficient, to adduce evidence on review that had existed at the time of that hearing but had not been used then. Detained persons generally do everything in their power to be released as quickly as possible. The appellant’s argument reflects a misunderstanding of the impact of detention on an individual, particularly when it may be unjustified: see, e.g., *Toronto Star Newspapers Ltd.*, at para. 51, quoting *Hall*, at para. 47; *Ell v. Alberta*, 2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857, at para. 24.

520. (7) Lors de l’audition d’une demande en vertu du présent article, le juge peut examiner :

- a) la transcription, s’il en est, des procédures entendues par le juge de paix et par un juge qui a déjà révisé l’ordonnance rendue par le juge de paix;
- b) les pièces, s’il en est, déposées au cours des procédures devant le juge de paix;
- c) les autres preuves ou pièces que le prévenu ou le poursuivant peuvent présenter,

Le paragraphe 521(8) est essentiellement identique.

[123] La question est de savoir ce qui est admissible à titre de preuve nouvelle.

[124] Selon l’appelante, une telle preuve ne peut porter que sur des faits véritablement nouveaux, soit des faits qui sont survenus depuis la décision initiale. Cela exclut donc des faits qui auraient pu être allégués lors de l’audience initiale ou d’une révision antérieure. À défaut, le système risque d’encourager « la recherche d’un juge plus accommodant » (ce qu’on appelle en anglais le « *judge shopping* »).

[125] Il est vrai que le principe de la finalité des jugements et celui de la nécessité d’éviter la multiplication des recours judiciaires non justifiés sont importants, et les tribunaux ne doivent pas faciliter « la recherche d’un juge plus accommodant ». Il est toutefois exagéré de prétendre, comme le fait l’appelante, qu’une personne arrêtée pourrait avoir intérêt à présenter le minimum de preuve lors de l’audience initiale sur la mise en liberté et, si cela s’avère insuffisant, à invoquer en cas de révision des éléments de preuve qui existaient déjà au moment de cette audience mais qu’elle n’a pas utilisés. Normalement, une personne détenue fait généralement tout en son pouvoir pour être remise en liberté le plus rapidement possible. La prétention de l’appelante témoigne d’une incompréhension de l’impact de la détention sur un individu, en particulier lorsque celle-ci peut s’avérer non justifiée : voir, p. ex., *Toronto Star Newspapers Ltd.*, par. 51, citant *Hall*, par. 47; *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S. 857, par. 24.

[126] That the fear expressed by the appellant goes too far seems even clearer to me given the fact that, following a first application for review under ss. 520 and 521 *Cr. C.*, a further application may not be made, except with leave of a judge, prior to the expiration of 30 days: ss. 520(8) and 521(9) *Cr. C.*

[127] I am instead of the opinion that the reason why detained persons may not always tender all possible evidence at their first hearing lies in the generally expeditious nature of the release process and in the consequences of that nature, namely the short time between arrest and hearing, a lack of representation for accused persons, and incomplete evidence at this stage. The interests of justice would therefore be undermined if courts acting under ss. 520 and 521 *Cr. C.* were to adopt a narrow view regarding the “new evidence” that can be admitted under those sections.

[128] In *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, at p. 775, this Court established the following criteria that must be met for evidence to be considered “new evidence” on appeal:

- (1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial
- (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.

(Reproduced in *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579, at para. 50.)

[129] In my opinion, the four criteria from *Palmer* are relevant, with any necessary modifications, to the determination of what constitutes new evidence for the purposes of the review provided for in ss. 520 and 521 *Cr. C.* Given the generally expeditious nature of the interim release process and the risks of violating the rights of the accused, and since

[126] La crainte de l’appelante m’apparaît d’autant plus démesurée qu’après une première demande de révision en vertu de l’art. 520 et 521 *C. cr.*, une nouvelle demande ne peut être présentée avant l’expiration d’un délai de 30 jours, sauf avec l’autorisation d’un juge : par. 520(8) et 521(9) *C. cr.*

[127] Je suis plutôt d’avis que la nature généralement expéditive du processus de mise en liberté et ses conséquences — rapidité entre l’arrestation et l’audience, non-représentation des accusés, preuve incomplète à cette étape — expliquent qu’une personne détenue ne puisse pas toujours présenter tous les éléments de preuve possibles lors de sa première audience. L’intérêt de la justice serait donc compromis si les tribunaux agissant en vertu des art. 520 et 521 *C. cr.* devaient appliquer une conception restrictive de la « preuve nouvelle » admissible au sens de ces articles.

[128] Dans *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, p. 775, notre Cour a établi les critères suivants pour qu’une preuve satisfasse à la notion de « preuve nouvelle » lors d’un appel :

- (1) On ne devrait généralement pas admettre une [preuve] qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès
- (2) La [preuve] doit être pertinente, en ce sens qu’elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.
- (3) La [preuve] 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.

(Réitéré dans *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579, par. 50.)

[129] Je suis d’avis que les quatre critères de l’arrêt *Palmer* sont pertinents, avec les adaptations nécessaires, pour déterminer en quoi consiste une preuve nouvelle pour les besoins de la révision prévue aux art. 520 et 521 *C. cr.* Étant donné la nature généralement expéditive du processus de mise en liberté provisoire et les risques d’atteinte aux droits

the release hearing takes place at the very start of criminal proceedings and not at the end like the sentence appeal, a reviewing judge must be flexible in applying these four criteria. I reiterate at the outset that the rules of evidence are relaxed in the context of the release hearing: s. 518 *Cr. C.*

[130] The first criterion — due diligence — exists to ensure finality and order, which are values that are essential to the integrity of the criminal process: *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, at para. 19, quoting *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (Ont. C.A.), at p. 411. The appellant relies on these same values to limit what constitutes new evidence in this case. However, the pre-trial detention of accused persons — like their release — is, by its nature, very often “interim” and not final.

[131] Moreover, despite the importance of these values, this Court has also stated that the due diligence criterion should not be applied as strictly in criminal matters as in civil cases: *Palmer*, at p. 775, quoting *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484, at p. 493. The weight to be given to this criterion depends on the strength of the other criteria or, in other words, on the totality of the circumstances: *R. v. Price*, [1993] 3 S.C.R. 633, at p. 634; see also *Warsing*, at para. 51. In *G.D.B.*, this Court stated that “an appellate court should determine the reason why the evidence was not available at the trial”: para. 20. A generous and liberal interpretation of the meaning of “new evidence” in the context of ss. 520 and 521 *Cr. C.* is thus quite consistent with the principles developed by this Court.

[132] I am therefore of the opinion that a reviewing judge may consider evidence that is truly new or evidence that existed at the time of the initial release hearing but was not tendered for some reason that is legitimate and reasonable. This is how the “due diligence” criterion from *Palmer* must be

de l’accusé, et puisque l’audience sur la mise en liberté survient au tout début des procédures criminelles et non à la fin comme l’appel de la peine, les juges réviseurs doivent faire preuve de souplesse dans l’application de ces quatre critères. D’entrée de jeu, je rappelle que les règles de preuve sont assouplies dans le cadre de l’enquête sur la mise en liberté : art. 518 *C. cr.*

[130] Le premier critère — la diligence raisonnable — existe pour assurer le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires, des valeurs qui sont essentielles à l’intégrité du processus pénal: *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, par. 19, citant *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (C.A. Ont.), p. 411. L’appelante fait d’ailleurs valoir ces mêmes valeurs pour restreindre la notion de preuve nouvelle en l’espèce. Cependant, la détention de l’accusé avant le procès — tout comme sa mise en liberté — est de par sa nature même très souvent « provisoire » et non pas définitive.

[131] De plus, malgré l’importance de ces valeurs, notre Cour a également précisé que le critère de la diligence raisonnable ne devait pas être appliqué de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles : *Palmer*, p. 775, citant *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484, p. 493. Le poids qu’il faut accorder à ce critère dépend de la force des autres ou, en d’autres termes, de l’ensemble des circonstances : *R. c. Price*, [1993] 3 R.C.S. 633, p. 634; voir aussi *Warsing*, par. 51. Dans *G.D.B.*, notre Cour a précisé que « la cour d’appel doit déterminer la raison pour laquelle l’élément de preuve n’était pas disponible au procès » : par. 20. Ainsi, le fait de permettre une approche généreuse et libérale de la notion de « preuve nouvelle » pour l’application des art. 520 et 521 *C. cr.* s’inscrit fort bien dans la jurisprudence de notre Cour.

[132] J’estime donc que le juge réviseur peut tenir compte d’éléments de preuve véritablement nouveaux ou d’éléments qui existaient au moment de l’audience initiale sur la mise en liberté de l’accusé, mais qui n’ont pas été présentés pour une raison légitime et raisonnable. C’est en ce sens qu’il faut

understood in the context of the review provided for in ss. 520 and 521 *Cr. C.* The nature of the release system and the risks associated with it demand no less.

[133] I wish to be clear that such new evidence is not limited to evidence that was unavailable to the accused before the initial hearing because, for example, the prosecutor did not disclose it to the accused. It is possible that the prosecutor will give the evidence to the accused only at the very last minute before, or very shortly before, the initial hearing. Depending on the circumstances of a given case, it could be unreasonable and unfair to say that if the accused does not use such evidence at the initial hearing, he or she will be precluded from adducing it on a subsequent application for review, that is, after his or her counsel has had the necessary time to analyze it and weigh the advantages and disadvantages of using it. In each case, the reviewing judge will have to determine whether the reason why the accused did not tender such pre-existing evidence earlier was legitimate and reasonable.

[134] This requirement to show a reason that was legitimate and reasonable means that it will be open to the reviewing judge to refuse to admit new evidence where it is alleged to have actually been in the interest of the accused to drag out the application for release or where the accused is alleged to have tried to use the review to engage in judge shopping. In this way, the conception of new evidence in the context of ss. 520 and 521 *Cr. C.* reflects both the need to ensure the integrity of our criminal justice system and the need to protect the rights of accused persons in proceedings that are generally expeditious.

[135] As to the second *Palmer* criterion, the evidence obviously does not have to “bea[r] upon a decisive or potentially decisive issue in the trial”: p. 775. It will suffice if the evidence is relevant for the purposes of s. 515(10) *Cr. C.* Where, more specifically, the third ground for detention under s. 515(10)(c) — the one at issue here — is concerned, I note that the justice must consider “all the

comprendre le critère de la « diligence raisonnable » établi dans l’arrêt *Palmer* pour la révision prévue aux art. 520 et 521 *C. cr.* La nature du système de mise en liberté et les risques y afférents n’exigent pas moins.

[133] Je précise que cette preuve nouvelle ne se limite pas à des éléments auxquels l’accusé n’a pas eu accès avant l’audience initiale, du fait que, par exemple, le poursuivant ne les lui avait pas communiqués. Il est possible que ce dernier ne remette des éléments de preuve à l’accusé qu’au tout dernier moment avant l’audience initiale ou très peu de temps avant. Compte tenu des circonstances propres à chaque affaire, il pourrait être déraisonnable et injuste d’exiger de l’accusé qu’il utilise une telle preuve dès l’audience initiale, faute de quoi il ne pourrait plus l’invoquer dans une demande de révision subséquente, soit une fois que son avocat aurait eu le temps nécessaire pour l’analyser et mesurer les avantages et désavantages de son utilisation. Il appartiendra aux juges réviseurs de déterminer, dans chaque cas, si la raison pour laquelle l’accusé n’a pas présenté plus tôt ces éléments de preuve préexistants était légitime et raisonnable.

[134] Cette exigence relative à la démonstration d’une raison légitime et raisonnable fait en sorte que, dans les cas où un accusé aurait véritablement intérêt à faire traîner sa demande de mise en liberté ou tenterait de profiter de la révision pour choisir un juge plus accommodant, le juge réviseur pourra refuser la preuve nouvelle. De cette façon, la conception de preuve nouvelle pour l’application des art. 520 et 521 *C. cr.* répond à la fois au besoin de respecter l’intégrité de notre système de justice criminelle et à celui d’assurer la protection des droits de l’accusé dans le cadre de procédures généralement expéditives.

[135] Quant au deuxième critère de l’arrêt *Palmer*, il va de soi que la preuve n’a pas à « porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès » : p. 775. Il suffit que la preuve soit pertinente pour les besoins du par. 515(10) *C. cr.* En ce qui a trait spécifiquement au troisième motif de détention sous l’al. 515(10)(c), celui en cause ici, je souligne que le juge doit tenir compte

circumstances”. The second *Palmer* criterion will therefore rarely be decisive in the context of an application for review under ss. 520 and 521 *Cr. C.*, since the range of “relevant” evidence will generally be quite broad.

[136] The third criterion — that the evidence “must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief” (*Palmer*, at p. 775) — must be interpreted in light of the relaxation of the rules of evidence at the bail stage and in particular of s. 518(1)(e) *Cr. C.*, which provides that “the justice may receive and base his decision on evidence considered credible or trustworthy by him in the circumstances of each case”.

[137] Finally, the fourth *Palmer* criterion should be modified as follows: the new evidence must be such that it is reasonable to think, having regard to all the relevant circumstances, that it could have affected the balancing exercise engaged in by the justice under s. 515(10)(c) *Cr. C.* The new evidence must therefore be significant.

[138] If the new evidence meets the four criteria for admissibility, the reviewing judge is authorized to repeat the analysis under s. 515(10)(c) *Cr. C.* as if he or she were the initial decision-maker. The reviewing judge must therefore consider all the circumstances of the case, focusing in particular on the circumstances specified in that provision. The judge must then undertake a balancing exercise and determine, from the perspective of the public, whether the detention of the accused is still justified. The *Palmer* criteria, modified as I have just done, must not be applied in a manner that delays or needlessly complicates the release process. As I explained above, that process, by its very nature, generally requires an expeditious and flexible procedure. The criteria therefore serve as guidelines for the reviewing judge, but they must not have the effect of creating a procedural straightjacket that would interfere with the administration of justice.

de « toutes les circonstances ». Le deuxième critère de l’arrêt *Palmer* sera donc rarement décisif lors d’une demande de révision en vertu des art. 520 et 521 *C. cr.*, puisque l’éventail de preuves « pertinentes » sera généralement assez large.

[136] En ce qui concerne le troisième critère — soit que la preuve « doit être plausible, en ce sens qu’on puisse raisonnablement y ajouter foi » (*Palmer*, p. 775) —, il doit être interprété à la lumière de l’assouplissement des règles de preuve à l’étape de la mise en liberté sous caution, en particulier de l’al. 518(1)e) *C. cr.*, lequel prévoit que « le juge de paix peut recevoir toute preuve qu’il considère plausible ou digne de foi dans les circonstances de l’espèce et fonder sa décision sur cette preuve ».

[137] Enfin, il convient de modifier ainsi le quatrième critère de l’arrêt *Palmer* : la preuve nouvelle doit être telle qu’il est raisonnable de penser que, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes, elle aurait été susceptible d’influencer l’exercice de pondération auquel s’est livré le premier juge pour l’application de l’al. 515(10)c) *C. cr.* Cette nouvelle preuve doit donc être significative.

[138] Si la preuve nouvelle satisfait aux quatre critères d’admissibilité, le juge réviseur est autorisé à reprendre l’analyse fondée sur l’al. 515(10)c) *C. cr.* comme s’il était le premier décideur. Il doit donc analyser toutes les circonstances de l’affaire, en prêtant une attention particulière à celles énoncées à cet alinéa. Il doit ensuite se livrer à un exercice de pondération et déterminer, à travers l’œil du public, si la détention de l’accusé est toujours justifiée. Les critères de l’arrêt *Palmer*, tels que je viens de les modifier, ne doivent pas être appliqués pour ralentir ou compliquer inutilement le processus de mise en liberté. Encore une fois, de par sa nature, ce processus suppose généralement une procédure rapide et flexible. Ces critères servent donc de guides au juge réviseur, mais ils ne doivent pas avoir effet de créer des carcans procéduraux qui nuiraient à l’administration de la justice.

[139] In conclusion, a reviewing judge can intervene where relevant new evidence is tendered, where an error of law has been made or, finally, where the decision was clearly inappropriate.

C. Application to the Facts of This Case

(1) No New Facts

[140] In making the initial decision on whether the respondent should be released, Judge Lavergne considered the fact that, according to the witnesses, the respondent and his co-accused had shouted abuse and insults at the driver during the entire ride, had tried to provoke him and had threatened to beat him up. Judge Lavergne also noted that the video showed that the young men had spat at the driver while getting off the bus. This appeared to provoke a reaction by the driver, who stood up and went to the door of the bus. Judge Lavergne wrote that the driver had in all likelihood said something to the young men, who had then rushed back onto the bus. That was when the assault began.

[141] On review, Martin J. of the Superior Court found that not all elements of the incident had been in evidence before Judge Lavergne. According to Martin J., the starting point for the events taken into account by Judge Lavergne seemed to be the moment when the three young men had stood up at the back of the bus to go to the front. However, in Martin J.'s view, the events had instead started when the driver had refused to open the bus doors to let the young men on at a previous stop. Martin J. also pointed out that, once the three young men had gotten off the bus, the driver had jumped up from his seat and headed for the door. Following a verbal exchange, the driver went back to sit down, followed by the young men, who got back on the bus. At that moment, the driver turned toward them and took [TRANSLATION] "a certain physical action against one of the individuals": para. 11. It was from that point on, according to Martin J., that the situation degenerated.

[139] En conclusion, le juge réviseur pourra intervenir en cas de présentation d'une preuve nouvelle pertinente, en présence d'une erreur de droit ou, finalement, lorsque la décision est manifestement inappropriée.

C. Application aux faits de la présente affaire

(1) Absence de faits nouveaux

[140] Lors de la décision initiale sur la mise en liberté de l'intimé, le juge Lavergne a considéré que, au dire des témoins, l'intimé et ses coaccusés auraient invectivé et injurié le chauffeur tout au long du trajet; on aurait cherché à le provoquer et on aurait menacé de lui donner une raclée. Le juge Lavergne a aussi relevé que la vidéo démontrait qu'à leur sortie de l'autobus, les jeunes hommes ont craché en direction du chauffeur. Cela aurait provoqué une réaction du chauffeur, qui s'est alors levé et s'est rendu au seuil de la porte de l'autobus. Le juge Lavergne a écrit que, selon toute vraisemblance, le chauffeur se serait adressé aux jeunes hommes, qui seraient alors revenus précipitamment dans l'autobus. C'est alors que l'agression a débuté.

[141] Lors de la révision, le juge Martin de la Cour supérieure a estimé que tous les éléments de l'incident n'étaient pas en preuve devant le juge Lavergne. Selon le juge Martin, le point de départ des événements qu'a pris en compte le juge Lavergne semble être le moment où les trois jeunes hommes se sont levés à l'arrière de l'autobus pour se rendre à l'avant. Or, de l'avis du juge Martin, les événements ont plutôt débuté lorsque le chauffeur a refusé d'ouvrir les portes de l'autobus aux jeunes hommes pour les laisser monter à un arrêt précédent. Le juge Martin a également souligné qu'une fois les trois jeunes hommes sortis de l'autobus, le chauffeur a bondi de son siège et s'est dirigé vers la porte. Après un échange de propos, le chauffeur est retourné s'asseoir, suivi des jeunes hommes qui sont remontés dans l'autobus. À ce moment, le chauffeur s'est tourné vers eux et a exécuté un « certain geste physique envers un des individus » : par. 11. C'est à compter de ce moment-là, de dire le juge Martin, que la situation a dégénéré.

[142] It is true that Judge Lavergne did not state in his decision that the driver had refused to let the three young men board at a previous stop. The transcript from the initial hearing seems to indicate that this was not discussed by counsel of record. Judge Lavergne also did not refer to the physical action the driver had taken against the young men before they assaulted him. These details came from a statement made by a passenger, which was not given to counsel for the respondent until the morning of the hearing before Judge Lavergne. The investigating officer, who testified for the prosecution, referred to the passenger's statement, but this specific point was not mentioned. When cross-examining the investigating officer, counsel for the respondent did not bring up the passenger's statement. In light of my conclusions with respect to "new evidence" and of the fact that counsel did not receive the statement until the morning of the initial hearing, this fact could have constituted a reason that was legitimate and reasonable for not using it at that hearing but then doing so at a subsequent hearing.

[143] However, it can be seen from the transcript of the second release hearing, held on completion of the preliminary inquiry, that counsel for the respondent submitted at that hearing that the bus driver had not stopped at a previous stop. Counsel also observed that, after being spat at, the driver had spoken aggressively to the three young men and had allegedly pushed the first of the young men who had gotten back on the bus. Counsel for the respondent then filed the passenger's statement in evidence.

[144] In the decision he rendered following the preliminary inquiry, Judge Legault noted that the young men had complained to the driver for not waiting for them at a previous stop. He also observed that, when the young men had gotten off the bus throwing what remained of their pizza at him and spitting at him, the driver had gone to the door of the bus to object to their behaviour.

[142] Il est vrai que, dans sa décision, le juge Lavergne n'a pas indiqué que le chauffeur avait refusé de prendre les trois jeunes hommes à un arrêt précédent. Les transcriptions de l'audience initiale semblent indiquer que cet élément n'a pas été discuté par les avocats au dossier. Le juge Lavergne n'a pas non plus fait état de geste physique posé par le chauffeur à l'endroit des jeunes hommes avant que ceux-ci ne l'agressent. C'est la déclaration d'un passager qui a fourni ces détails et celle-ci n'a été remise au procureur de l'intimé que le matin même de l'audience devant le juge Lavergne. La policière qui menait l'enquête, qui a témoigné pour la poursuite, s'est référée à la déclaration du passager, mais ce point précis n'a pas été mentionné. Lors du contre-interrogatoire de la policière, l'avocat de l'intimé n'a pas abordé la déclaration du passager. Compte tenu de mes conclusions antérieures sur la notion de « preuve nouvelle » et du fait que l'avocat n'avait reçu cette déclaration que le matin même de l'audience initiale, ce fait pouvait constituer une raison légitime et raisonnable de ne pas l'avoir utilisée lors de la première audience mais de l'avoir fait à une audience subséquente.

[143] Or, la transcription de la seconde audience relative à la mise en liberté, tenue à la fin de l'enquête préliminaire, démontre que l'avocat de l'intimé a plaidé que le chauffeur d'autobus ne s'était pas arrêté à un arrêt précédent. L'avocat a en outre souligné que, à la suite des crachats, le chauffeur était allé parler aux trois jeunes hommes sur un ton agressif et qu'il aurait repoussé le premier des jeunes hommes qui a remonté dans l'autobus. La déclaration du passager a alors été déposée en preuve par l'avocat de l'intimé.

[144] Dans la décision qu'il a rendue au terme de l'enquête préliminaire, le juge Legault a noté que les jeunes reprochaient au chauffeur de ne pas les avoir attendus à un arrêt précédent. Il a aussi fait observer que, lorsque les jeunes sont sortis en lui lançant les restants de pizza ou en crachant sur lui, le chauffeur est alors allé à la porte de l'autobus pour leur reprocher leur comportement.

[145] Judge Legault nevertheless found that the detention of the respondent was still justified under s. 515(10)(c) *Cr. C.*:

[TRANSLATION] The Court sees no reason to interfere with Judge Lavergne’s observations on the third ground, which concerns confidence in the administration of justice, having regard to all the factors, namely the likelihood of conviction, the circumstances surrounding the commission of the offence, the gravity of the offence, which is even greater because of the serious consequences for the personal life and work of the accused, the lack of prospects for independence in the future and, finally, the fact that the accused is liable for a potentially lengthy term of imprisonment.

The Court is not of the opinion that it has evidence that would allow it to qualify or temper the judge’s findings concerning the aggravating factors involved in the significant participation of the accused in the offence that was committed. [paras. 26 and 30]

[146] Thus, no new facts were presented to Martin J. in the context of the application for review. Judge Lavergne may not have had all the elements of the incident before him at the initial hearing, but Judge Legault did have them on completion of the preliminary inquiry. He found that the new details in the sequence of events did not alter Judge Lavergne’s initial conclusion.

[147] It is true that, in his decision, Judge Legault did not mention the [TRANSLATION] “physical action” taken by the driver to which the Superior Court judge referred. However, it can be seen from the evidence that Judge Legault was aware of that fact. It must be assumed that he considered it in making his decision. “The judge is not required to demonstrate that he or she knows the law [or] has considered all aspects of the evidence”: *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, at p. 664. I do not think this is a case in which the judge failed to appreciate, or completely disregarded, relevant evidence: *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2, at p. 14. In light of all the relevant circumstances, the driver’s action could not in itself have tipped the balance in the respondent’s favour.

[145] Le juge Legault a néanmoins conclu que la détention de l’intimé était toujours justifiée en vertu de l’al. 515(10)c) *C. cr.* :

Le tribunal ne trouve aucune raison d’intervenir avec les observations du juge Lavergne sur le troisième motif qui touche à la confiance du public dans l’administration de la justice en tenant compte de tous ces facteurs que sont la probabilité de condamnation, les circonstances entourant la perpétration de l’infraction, la gravité encore plus élevée en raison des conséquences lourdes dans la vie personnelle et le travail de l’accusé, l’absence de perspectives d’autonomie dorénavant et enfin le fait que l’accusé encoure une peine longue d’emprisonnement.

Le tribunal ne considère pas qu’il a en sa possession des preuves qui lui permettent de nuancer ou d’adoucir les constats du juge sur les facteurs aggravants de la participation importante de l’accusé à l’infraction commise. [par. 26 et 30]

[146] En conséquence, aucun fait nouveau n’a été présenté au juge Martin à l’occasion de la demande de révision. Si le juge Lavergne n’avait pas tous les éléments de l’incident devant lui lors de l’audience initiale, le juge Legault, lui, les avait à la fin de l’enquête préliminaire. Il a conclu que ces détails de la chronologie des événements ne changeaient pas la conclusion initiale du juge Lavergne.

[147] Il est vrai que, dans sa décision, le juge Legault n’a pas mentionné le « geste physique » qu’a posé le chauffeur et dont fait état le juge de la Cour supérieure. La preuve démontre toutefois que le juge Legault a eu connaissance de cet élément. Il faut supposer qu’il en a tenu compte dans sa décision. « Le juge n’est pas tenu de démontrer qu’il connaît le droit [ou] qu’il a tenu compte de tous les aspects de la preuve » : *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, p. 664. Je ne crois pas que l’on soit en présence d’une omission d’apprécier des éléments de preuve pertinents ou d’un cas où le juge en a fait entièrement abstraction : *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2, p. 14. Compte tenu de toutes les circonstances pertinentes, le geste physique du chauffeur, à lui seul, ne pouvait faire pencher la balance en faveur de l’intimé.

[148] It was therefore not open to Martin J. to review the initial detention order on the basis of new facts.

(2) Question Whether the Alleged Crime Is “Unexplainable”

[149] Judge Lavergne began by properly identifying the test set out in s. 515(10)(c) *Cr. C.*, as can be seen from the following comment:

[TRANSLATION] But above all, this provision, s. 515(10)(c) of the Criminal Code, essentially calls for an analysis of whether, at the end of the day, after all the circumstances are considered, including the four (4) factors I have already mentioned, there is a reasonable collective expectation that interim release must be denied to maintain public confidence in the administration of justice. [Emphasis added; pp. 18-19.]

[150] Judge Lavergne also stated that [TRANSLATION] “[t]he public means persons who are reasonable, dispassionate and properly informed about the values expressed in legislation, including the presumption of innocence . . . but who are also informed about all the circumstances associated with the commission of a crime”: p. 19. This statement is perfectly consistent with this Court’s decision in *Hall*. Judge Lavergne added that the onus was on the prosecutor to show that the detention of the accused was justified.

[151] It is true that Judge Lavergne did not elaborate on his finding that the prosecution had discharged its burden of proof under s. 515(10)(c) in this case. However, when considered as a whole, his decision was detailed enough for a reviewing judge to be able to understand the grounds on which he had based his detention order. He referred to the first three factors, which he had already discussed in the context of s. 515(10)(b). On the fourth factor, he stated that the accused was liable for a potentially [TRANSLATION] “significant” term. In his analysis under s. 515(10)(b), Judge Lavergne considered the following circumstances surrounding the offence: (1) the three young men had allegedly shouted abuse and insults at the driver during the bus ride; (2) they had spat at him when getting off the bus; (3) the driver had then stood up and gone to the door and

[148] En conséquence, le juge Martin ne pouvait réviser l’ordonnance initiale de détention sur la base de faits nouveaux.

(2) Le caractère « inexplicable » du crime reproché

[149] Le juge Lavergne a d’abord bien cerné le test édicté à l’al. 515(10)c) *C. cr.*, comme en témoignent les propos suivants :

Mais surtout, surtout, essentiellement, cette disposition de l’article 515.10c) du Code criminel induit à analyser si, au bout du compte, après considération de toutes les circonstances, dont les quatre (4) facteurs que j’ai mentionnés précédemment, il existe une expectative collective raisonnable de la nécessité de refuser la mise en liberté provisoire pour maintenir la confiance du public dans l’administration de la justice. [Je souligne; p. 18-19.]

[150] Le juge Lavergne a aussi précisé que « [l]e public réfère à la personne raisonnable, objective, bien informée des valeurs véhiculées par les lois, notamment la présomption d’innocence [. . .] mais informée aussi de toutes les circonstances qui marquent la perpétration d’un crime » : p. 19. Cet énoncé est tout à fait conforme à l’arrêt *Hall* de notre Cour. Le juge Lavergne a ajouté qu’il incombait au poursuivant de démontrer que la détention de l’accusé était justifiée.

[151] Certes, le juge Lavergne n’a pas développé sa conclusion selon laquelle, en l’espèce, la poursuite s’était acquittée de son fardeau de preuve en vertu de l’al. 515(10)c). Mais, considérée dans son ensemble, sa décision est suffisamment détaillée pour qu’un juge agissant en révision puisse dégager les motifs sur lesquels il a fondé son ordonnance de détention. Il s’est référé aux trois premiers facteurs, qu’il avait déjà examinés lors de son analyse sous l’al. 515(10)b), et, relativement au quatrième facteur, il a affirmé que l’accusé encourait une peine « significative ». Dans son analyse fondée sur l’al. b), le juge Lavergne a tenu compte des circonstances suivantes entourant l’infraction : (1) durant le trajet d’autobus, les trois jeunes hommes auraient invectivé et injurié le chauffeur; (2) lorsqu’ils sont sortis de l’autobus, ils ont

had, in all likelihood, said something to the young men; and (4) the young men had gotten back on the bus, rushed at the driver and beat him severely. Judge Lavergne also noted that the respondent had been an active participant and that the existence of the videotape meant that a conviction was highly likely.

[152] Judge Lavergne repeatedly stressed the brutality and gratuitousness of the assault as well as the fact that it was unexplainable and unexplained:

[TRANSLATION] [The video footage] illustrates the brutality of the assault, which is matched only by its gratuitousness.

. . .

The Court will refrain [from describing such conduct] except to again emphasize the unexplainable and unexplained brutality of such behaviour.

. . .

The defendant and the driver do not know each other, which makes this even more incomprehensible. There was nothing to predispose the defendant to attack the driver so violently, which makes the assault that much more senseless and heinous.

. . .

Conduct as unpredictable and disturbing as this does not weigh in favour of release. [pp. 2, 9-10 and 14-15]

[153] Judge Lavergne's reasons may suggest that the fact that the assault was gratuitous or unexplainable played a key part in his conclusion that the detention of the respondent was necessary under s. 515(10)(c) *Cr. C.*, and not only under s. 515(10)(b). As I mentioned above, however, the question whether an offence is unexplainable or unexplained is not a criterion that should guide justices in their analysis under s. 515(10)(c) *Cr. C.*

craché dans sa direction; (3) le chauffeur s'est alors levé, s'est rendu au seuil de la porte et, selon toute vraisemblance, il se serait adressé aux jeunes hommes; (4) ceux-ci sont revenus dans l'autobus, se sont rués sur le chauffeur et l'ont battu violemment. Le juge a aussi noté la participation active de l'intimé et la probabilité élevée d'une déclaration de culpabilité en raison de l'existence de la bande vidéo.

[152] À plusieurs reprises, le juge Lavergne a souligné la brutalité et la gratuité de l'agression, ainsi que son caractère inexplicable et inexpliqué :

[Les images du système vidéo] illustrent la brutalité de l'agression qui n'a d'égale que sa gratuité.

. . .

Le Tribunal [s'abstiendra de qualifier une pareille conduite], si ce n'est que de souligner de nouveau la brutalité inexplicable et inexpiquée d'un tel comportement.

. . .

Le défendeur et le chauffeur ne se connaissent pas; ce qui ajoute à l'incompréhensible. Rien ne prédisposait à ce que le défendeur s'en prenne aussi violemment au chauffeur; ce qui ajoute à la déraison comme à l'odieux de l'agression.

. . .

Une conduite aussi imprévisible et inquiétante ne milite pas en faveur d'une remise en liberté. [p. 2, 9-10 et 14-15]

[153] Les motifs du juge Lavergne peuvent laisser croire que le caractère gratuit ou inexplicable de l'agression a joué un rôle de premier plan dans sa conclusion que la détention de l'intimé était nécessaire en vertu de l'al. 515(10)c) *C. cr.*, et non seulement en vertu de l'al. 515(10)b). Or, comme je l'ai mentionné précédemment, le caractère inexplicable ou inexpliqué d'une infraction n'est pas un critère qui devrait guider le juge dans son analyse en vertu de l'al. 515(10)c) *C. cr.*

[154] In any event, there is no doubt that Martin J. made the crime being “explainable” a criterion in his analysis, in addition to unduly restricting the scope of s. 515(10)(c) *Cr. C.* After finding that Judge Lavergne had not had all the circumstances before him at the initial hearing, Martin J. wrote that this was not a totally gratuitous and unexplained or unexplainable incident. He then reviewed the history of s. 515(10) *Cr. C.* and the case law on s. 515(10)(c), finding that the latter provision had to be used [TRANSLATION] “sparingly”: para. 22.

[155] Martin J. disagreed with the view that the incident was unexplainable. He added:

[TRANSLATION] Do not misunderstand me. Such behaviour is heinous and cannot be justified. However, it is not unexplainable. [para. 27]

[156] I note as well that Martin J. quoted, with approval, *Trout*, in which the Manitoba Court of Appeal had found that the facts of the case before it, though brutal, “pale[d] in comparison to the vicious butchering of the victim in *Hall*”: para. 26, quoting *Trout*, at para. 12.

[157] With all due respect for the reviewing judge, I believe he erred in stating that s. 515(10)(c) *Cr. C.* must be interpreted narrowly and applied only in rare cases. In addition, the offence being “explainable” proved to be a determinative factor in his decision, although he did properly recognize the seriousness of the offence and its [TRANSLATION] “heinous” and “repugnant” nature. Moreover, he reversed the decisions of Judge Lavergne and Judge Legault without even considering the four factors set out in s. 515(10)(c) *Cr. C.* Martin J. therefore made several errors that justify reviewing his entire decision.

[158] Finally, Martin J. intervened even though there was no basis for a review, given that there was no material change in circumstances and no error

[154] En tout état de cause, pour sa part, le juge Martin a sans aucun doute fait du caractère « explicable » du crime un critère d’analyse, en plus d’avoir restreint indûment la portée de l’al. 515(10) c) *C. cr.* Après avoir conclu que le juge Lavergne n’avait pas toutes les circonstances devant lui lors de l’audience initiale, le juge Martin a écrit qu’il ne s’agissait pas d’un incident tout à fait gratuit et inexpliqué ou inexplicable. Le juge Martin a ensuite analysé l’historique du par. 515(10) *C. cr.* et la jurisprudence portant sur l’al. c), et il a conclu que cette disposition devait être appliquée « avec parcimonie » : par. 22.

[155] Puis, le juge Martin a déclaré qu’il n’était pas d’accord que l’incident soit inexplicable. Il a ajouté :

Je ne dois pas être mal compris. Un tel comportement est odieux et ne peut être justifié. Il n’est cependant pas inexplicable. [par. 27]

[156] Je signale également que le juge Martin a cité avec approbation l’arrêt *Trout* dans lequel la Cour d’appel du Manitoba a conclu que, bien que brutaux, les faits de l’affaire dont elle était saisie [TRADUCTION] « faisaient pâle figure face à la mutilation violente de la victime dans *Hall* » : par. 26, citant *Trout*, par. 12.

[157] Avec égards pour l’opinion exprimée par le juge réviseur, je suis d’avis que ce dernier a fait erreur en déclarant que l’al. 515(10)c) *C. cr.* devait être interprété restrictivement et n’être appliqué qu’en de rares occasions. De plus, le caractère « explicable » de l’infraction s’est révélé être un critère déterminant dans la décision du juge Martin, ce dernier ayant par ailleurs valablement reconnu le sérieux de l’infraction ainsi que son caractère « odieux » et « répugnant ». De surcroît, le juge a infirmé les décisions des juges Lavergne et Legault sans même analyser les quatre facteurs énoncés à l’al. 515(10)c) *C. cr.* Le juge Martin a donc commis plusieurs erreurs qui justifient de réviser l’ensemble de sa décision.

[158] Enfin, le juge est intervenu alors qu’il n’y avait pas matière à révision, vu l’absence de changement important de circonstances et d’erreur de

of law, and that the initial decision was not clearly inappropriate. Indeed, in my opinion, the detention of the respondent was justified under s. 515(10)(c) *Cr. C.*

(3) Necessity of the Respondent's Detention

[159] All the relevant factors in this case must be analyzed to determine whether, when they are balanced as they should have been had it not been for the errors, the detention of the respondent is necessary to maintain confidence in the administration of justice.

[160] First of all, the prosecution's case appears to be strong, since the incident was videotaped and there is eyewitness testimony. Real evidence such as a videotape is more reliable than circumstantial or testimonial evidence. In addition, the respondent does not seem, *prima facie*, to have a valid defence to put forward, even if the driver's [TRANSLATION] "physical action" against the respondent and his co-accused were to be taken into account. Indeed, the respondent did not argue in this Court that he had a valid defence that could limit the apparent strength of the prosecution's case. Although it is not my role — nor is it the role of a bail judge — to analyze in detail the possible outcomes of a future trial, it is difficult to imagine, at first glance, how self-defence could be available to the respondent. At this stage of the proceedings, the evidence does not logically support an argument by the respondent that he used reasonable force to defend or protect himself or to protect another person, or that the act he committed was reasonable in the circumstances: s. 34 *Cr. C.* It should also be noted that the defence of provocation is not available, given that it applies only to reduce a murder charge: s. 232 *Cr. C.*

[161] The offence is objectively very serious, since it is aggravated assault and since the maximum sentence of 14 years for that offence is among the most severe in the *Criminal Code* after imprisonment for life: para. 268(2).

droit, et le fait que la décision initiale n'était pas manifestement inappropriée. En effet, la détention de l'intimé était à mon avis justifiée au regard de l'al. 515(10)c) *C. cr.*

(3) La nécessité de la détention de l'intimé

[159] Il faut analyser tous les éléments pertinents en l'espèce afin de déterminer si la pondération de ceux-ci, telle qu'elle aurait dû être effectuée n'eût été des erreurs, rend la détention de l'intimé nécessaire afin de ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice.

[160] D'abord, l'accusation paraît fondée, puisque la scène a été captée sur bande vidéo et que des témoins oculaires ont déposé. Un élément matériel de preuve telle une bande vidéo présente une fiabilité supérieure à celle de la preuve circonstancielle ou testimoniale. Ensuite, l'intimé ne semble pas à première vue avoir un moyen de défense valable à faire valoir, et ce, même si l'on tenait compte du « geste physique » du chauffeur envers l'intimé et ses coaccusés. Il n'a d'ailleurs pas plaidé devant notre Cour qu'il disposait d'une défense valable de nature à mitiger l'apparence de fondement de l'accusation. Bien que ce ne soit pas mon rôle — ni celui du juge qui préside l'enquête sur la mise en liberté sous caution d'un accusé — d'analyser en détail les issues possibles d'un éventuel procès, il est difficile d'imaginer de prime abord comment l'intimé pourrait invoquer la légitime défense. À ce stade-ci des procédures, la preuve ne permet pas en toute logique à l'intimé de plaider qu'il a utilisé la force raisonnable pour se défendre ou pour se protéger ou protéger une autre personne, ni qu'il a agi raisonnablement dans les circonstances : art. 34 *C. cr.* Rappelons aussi que la défense de provocation ne peut être invoquée, étant donné qu'elle est admise seulement pour réduire une accusation de meurtre : art. 232 *C. cr.*

[161] L'infraction est objectivement très sérieuse, car il s'agit de voies de fait graves et que la peine maximale de 14 ans qui est prévue est parmi les plus sévères du *Code criminel*, après l'emprisonnement à perpétuité : par. 268(2).

[162] As for the circumstances surrounding the commission of the offence, I am considering the fact that the respondent was an active participant in the assault and that the assault was extremely brutal: even the intervention of passengers could not put a quick stop to it. The fact that an offence is violent, brutal or heinous is clearly an important factor that a justice can consider. The fact that the driver had refused to wait for the young men at a previous stop is of no relevance in this analysis. Moreover, I have difficulty seeing why the physical action the driver allegedly took — pushing a friend of the respondent's — should even be considered to favour the respondent in light of the insults and threats directed at him during the ride.

[163] Finally, the maximum sentence for aggravated assault is 14 years. If the respondent were instead convicted of assault causing bodily harm, the maximum sentence would be 10 years: s. 267(b) *Cr. C.* Neither offence carries a minimum sentence. Courts have held that [TRANSLATION] “this type of crime, aggravated assault, generally demands an unconditional term of imprisonment to properly express society's denunciation of crimes of violence against the person and to send a clear message of deterrence”: *R. v. Dagenais*, 2012 QCCA 244, at para. 18 (CanLII); *R. v. Riendeau*, 2012 QCCA 1155, at para. 32; see also C. C. Ruby, G. J. Chan and N. R. Hasan, *Sentencing* (8th ed. 2012), at § 23.230. Even though the respondent had no criminal record and was only 20 years old at the time of the events, he will, if convicted, likely be sentenced to a significant term of imprisonment in light of the circumstances of the offence, and in particular of his active participation in and the violent nature of the assault. Therefore, there is no doubt that he is liable for a potentially “lengthy term of imprisonment” within the meaning of s. 515(10)(c) *Cr. C.* if he is convicted of either aggravated assault or assault causing bodily harm.

[164] Accordingly, the four circumstances set out in s. 515(10)(c) *Cr. C.* strongly support the detention of the respondent.

[162] En ce qui concerne les circonstances entourant la perpétration de l'infraction, je prends en considération que l'intimé a participé activement à l'agression et que celle-ci a été des plus brutales : même l'intervention de passagers n'a pas réussi à y mettre fin rapidement. Le caractère violent, brutal ou odieux d'une infraction est sans aucun doute un critère important dont le juge peut tenir compte. D'une part, le fait que le chauffeur ait refusé d'attendre les jeunes hommes à un arrêt précédent n'a aucune pertinence dans l'analyse entreprise. D'autre part, je vois difficilement comment le geste physique que le chauffeur aurait posé — soit de repousser un ami de l'intimé — devrait être considéré en faveur de l'intimé, à la lumière des injures et menaces dirigées à son endroit lors du trajet.

[163] Enfin, la peine maximale pour voies de fait graves est de 14 ans. Si l'intimé était plutôt reconnu coupable de voies de fait avec lésions, la peine maximale serait alors de 10 ans : al. 267b) *C. cr.* Les deux infractions ne comportent pas de peine minimale. Des tribunaux ont déjà jugé que « ce genre de crime, voies de fait graves, commande généralement une peine d'emprisonnement ferme pour bien démontrer la réprobation de la société à l'égard des crimes violents contre la personne et pour envoyer un message clair de dissuasion » : *R. c. Dagenais*, 2012 QCCA 244, par. 18 (CanLII); *R. c. Riendeau*, 2012 QCCA 1155, par. 32; voir aussi C. C. Ruby, G. J. Chan et N. R. Hasan, *Sentencing* (8^e éd. 2012), § 23.230. Même si l'intimé n'avait aucun antécédent criminel et n'était âgé que de 20 ans au moment des faits, il est vraisemblable qu'il recevra une lourde peine d'emprisonnement s'il est reconnu coupable compte tenu des circonstances de l'infraction, en particulier sa participation active à l'agression et le caractère violent de celle-ci. Ainsi, dans son cas, il ne fait pas de doute qu'il encourt une « longue peine d'emprisonnement » au sens de l'al. 515(10)c) *C. cr.*, qu'il soit déclaré coupable de l'infraction de voies de fait graves ou de celle de voies de fait avec lésions.

[164] Les quatre circonstances énoncées à l'al. 515(10)c) *C. cr.* militent donc fortement en faveur de la détention de l'intimé.

[165] In my view, the fact that the assault was committed against a bus driver, a civil servant who works in the community to ensure the well-being of the public, makes the offence even more heinous. Also relevant are the nature and severity of the injuries sustained by the driver, and in particular the long-term effects and the impact on his career and his personal life.

[166] In short, I find that, when all the relevant circumstances are weighed as required by s. 515(10)(c) *Cr. C.*, the detention of the respondent was necessary to maintain confidence in the administration of justice.

[167] I believe that a reasonable member of the public who, although not a legal expert, is nonetheless properly informed about the philosophy underlying the legislative provisions, *Charter* values and the actual circumstances of the case would not understand why the respondent should not remain in custody pending his trial. Such members of the public are not people who would allow themselves to be guided by their emotions and to be swayed by the mob or by incomplete or distorted information. In the face of such a brutal attack that was committed by several people in the middle of the night against a bus driver, a person who was serving the community, and that had serious consequences for the victim's health and integrity and was captured on a videotape that left no doubt as to the respondent's active participation in the assault, I believe that the confidence in our justice system of a reasonable member of our society would be undermined if the interim detention of the respondent were not ordered.

V. Disposition

[168] I would allow the appeal. It was not open to the Superior Court judge to interfere with the initial release decision, and he unduly restricted the scope of s. 515(10)(c) *Cr. C.* and erred in basing his decision on the question whether that the offence was "unexplainable". The detention of the

[165] Je considère également que le fait d'agresser un chauffeur d'autobus, un représentant des services publics qui travaille directement au bien-être de la population au sein de celle-ci, ajoute à l'odieux de l'infraction. La nature et la gravité des blessures qu'il a subies sont également pertinentes, particulièrement les séquelles à long terme, ainsi que les répercussions sur sa carrière et sa vie personnelle.

[166] En somme, je conclus que la pondération de toutes les circonstances pertinentes, comme le requiert l'al. 515(10)c) *C. cr.*, rendait nécessaire la détention de l'intimé afin de ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice.

[167] À mon avis, un membre raisonnable du public qui, sans être juriste, est néanmoins bien informé de la philosophie des dispositions législatives, des valeurs consacrées par la *Charte* et des circonstances réelles de l'affaire, ne comprendrait pas pourquoi l'intimé ne doit pas demeurer incarcéré en attendant son procès. Ce membre du public n'est pas une personne qui se laisse guider par ses émotions et qui se laisserait influencer par un mouvement de vindicte populaire ou par des informations incomplètes ou déformées. Devant une attaque aussi brutale commise en pleine nuit par plusieurs personnes contre un chauffeur d'autobus, une personne au service de la communauté, qui a entraîné de lourdes conséquences sur la santé et l'intégrité de la victime et qui a été captée sur une bande vidéo montrant indubitablement la participation active de l'intimé à l'agression, j'estime que la confiance d'un membre raisonnable de notre société envers notre système de justice serait minée si la détention provisoire de l'intimé n'était pas ordonnée.

V. Dispositif

[168] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. Le juge de la Cour supérieure ne pouvait intervenir à l'égard de la décision initiale sur la mise en liberté, et il a indûment restreint la portée de l'al. 515(10)c) *C. cr.* et a erronément fondé sa décision sur le caractère « explicable » de l'infraction. La détention

respondent is justified on the basis of s. 515(10)(c) *Cr. C.* The detention order is accordingly restored.

de l'intimé est justifiée au regard de l'al. 515(10)c *C. cr.* L'ordonnance de détention est donc rétablie.

APPENDIX

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

515. . . .

(10) For the purposes of this section, the detention of an accused in custody is justified only on one or more of the following grounds:

(a) where the detention is necessary to ensure his or her attendance in court in order to be dealt with according to law;

(b) where the detention is necessary for the protection or safety of the public, including any victim of or witness to the offence, or any person under the age of 18 years, having regard to all the circumstances including any substantial likelihood that the accused will, if released from custody, commit a criminal offence or interfere with the administration of justice; and

(c) if the detention is necessary to maintain confidence in the administration of justice, having regard to all the circumstances, including

(i) the apparent strength of the prosecution's case,

(ii) the gravity of the offence,

(iii) the circumstances surrounding the commission of the offence, including whether a firearm was used, and

(iv) the fact that the accused is liable, on conviction, for a potentially lengthy term of imprisonment or, in the case of an offence that involves, or whose subject-matter is, a firearm, a minimum punishment of imprisonment for a term of three years or more.

517. (1) If the prosecutor or the accused intends to show cause under section 515, he or she shall so state to the justice and the justice may, and shall on application by the accused, before or at any time during the course of the proceedings under that section, make an order directing that the evidence taken, the information given or the representations made and the reasons, if any, given or

ANNEXE

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46

515. . . .

(10) Pour l'application du présent article, la détention d'un prévenu sous garde n'est justifiée que dans l'un des cas suivants :

a) sa détention est nécessaire pour assurer sa présence au tribunal afin qu'il soit traité selon la loi;

b) sa détention est nécessaire pour la protection ou la sécurité du public, notamment celle des victimes et des témoins de l'infraction ou celle des personnes âgées de moins de dix-huit ans, eu égard aux circonstances, y compris toute probabilité marquée que le prévenu, s'il est mis en liberté, commettra une infraction criminelle ou nuira à l'administration de la justice;

c) sa détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice, compte tenu de toutes les circonstances, notamment les suivantes :

(i) le fait que l'accusation paraît fondée,

(ii) la gravité de l'infraction,

(iii) les circonstances entourant sa perpétration, y compris l'usage d'une arme à feu,

(iv) le fait que le prévenu encourt, en cas de condamnation, une longue peine d'emprisonnement ou, s'agissant d'une infraction mettant en jeu une arme à feu, une peine minimale d'emprisonnement d'au moins trois ans.

517. (1) Si le poursuivant ou le prévenu déclare son intention de faire valoir des motifs justificatifs aux termes de l'article 515 au juge de paix, celui-ci peut et doit, sur demande du prévenu, avant le début des procédures engagées en vertu de cet article ou à tout moment au cours de celles-ci, rendre une ordonnance enjoignant que la preuve recueillie, les renseignements fournis ou les

to be given by the justice shall not be published in any document, or broadcast or transmitted in any way before such time as

(b) if the accused in respect of whom the proceedings are held is tried or ordered to stand trial, the trial is ended.

520. (1) If a justice, or a judge of the Nunavut Court of Justice, makes an order under subsection 515(2), (5), (6), (7), (8) or (12) or makes or vacates any order under paragraph 523(2)(b), the accused may, at any time before the trial of the charge, apply to a judge for a review of the order.

(2) An application under this section shall not, unless the prosecutor otherwise consents, be heard by a judge unless the accused has given to the prosecutor at least two clear days notice in writing of the application.

(3) If the judge so orders or the prosecutor or the accused or his counsel so requests, the accused shall be present at the hearing of an application under this section and, where the accused is in custody, the judge may order, in writing, the person having the custody of the accused to bring him before the court.

(4) A judge may, before or at any time during the hearing of an application under this section, on application by the prosecutor or the accused, adjourn the proceedings, but if the accused is in custody no adjournment shall be for more than three clear days except with the consent of the accused.

(5) Where an accused, other than an accused who is in custody, has been ordered by a judge to be present at the hearing of an application under this section and does not attend the hearing, the judge may issue a warrant for the arrest of the accused.

(6) A warrant issued under subsection (5) may be executed anywhere in Canada.

(7) On the hearing of an application under this section, the judge may consider

(a) the transcript, if any, of the proceedings heard by the justice and by any judge who previously reviewed the order made by the justice,

observations faites et, le cas échéant, les raisons données ou devant être données par le juge de paix, ne soient ni publiés ni diffusés de quelque façon que ce soit :

b) si le prévenu auquel se rapportent les procédures subit son procès ou est renvoyé pour subir son procès, tant que le procès n'aura pas pris fin.

520. (1) Le prévenu peut, en tout temps avant son procès sur l'inculpation, demander à un juge de réviser l'ordonnance rendue par un juge de paix ou un juge de la Cour de justice du Nunavut conformément aux paragraphes 515(2), (5), (6), (7), (8) ou (12), ou rendue ou annulée en vertu de l'alinéa 523(2)b).

(2) Une demande en vertu du présent article ne peut, sauf si le poursuivant y consent, être entendue par un juge, à moins que le prévenu n'ait donné par écrit au poursuivant un préavis de la demande de deux jours francs au moins.

(3) Si le juge l'ordonne ou si le poursuivant, le prévenu ou son avocat le demande, le prévenu doit être présent à l'audition d'une demande en vertu du présent article et, lorsque le prévenu est sous garde, le juge peut ordonner, par écrit, à la personne ayant la garde du prévenu, de l'amener devant le tribunal.

(4) Un juge peut, avant le début de l'audition d'une demande en vertu du présent article ou à tout moment au cours de cette audition, ajourner les procédures sur demande du poursuivant ou du prévenu, mais si le prévenu est sous garde, un tel ajournement ne peut jamais être de plus de trois jours francs sauf avec le consentement du prévenu.

(5) Lorsqu'un prévenu, autre qu'un prévenu qui est sous garde, a reçu d'un juge l'ordre d'être présent à l'audition d'une demande en vertu du présent article et n'est pas présent à l'audition, le juge peut décerner un mandat pour l'arrestation du prévenu.

(6) Un mandat décerné en vertu du paragraphe (5) peut être exécuté n'importe où au Canada.

(7) Lors de l'audition d'une demande en vertu du présent article, le juge peut examiner :

a) la transcription, s'il en est, des procédures entendues par le juge de paix et par un juge qui a déjà révisé l'ordonnance rendue par le juge de paix;

(b) the exhibits, if any, filed in the proceedings before the justice, and

(c) such additional evidence or exhibits as may be tendered by the accused or the prosecutor,

and shall either

(d) dismiss the application, or

(e) if the accused shows cause, allow the application, vacate the order previously made by the justice and make any other order provided for in section 515 that he considers is warranted.

(8) Where an application under this section or section 521 has been heard, a further or other application under this section or section 521 shall not be made with respect to that same accused, except with leave of a judge, prior to the expiration of thirty days from the date of the decision of the judge who heard the previous application.

(9) The provisions of sections 517, 518 and 519 apply with such modifications as the circumstances require in respect of an application under this section.

521. (1) If a justice, or a judge of the Nunavut Court of Justice, makes an order under subsection 515(1), (2), (7), (8) or (12) or makes or vacates any order under paragraph 523(2)(b), the prosecutor may, at any time before the trial of the charge, apply to a judge for a review of the order.

(2) An application under this section shall not be heard by a judge unless the prosecutor has given to the accused at least two clear days notice in writing of the application.

(3) If the judge so orders or the prosecutor or the accused or his counsel so requests, the accused shall be present at the hearing of an application under this section and, where the accused is in custody, the judge may order, in writing, the person having the custody of the accused to bring him before the court.

(4) A judge may, before or at any time during the hearing of an application under this section, on application of the prosecutor or the accused, adjourn the proceedings, but if the accused is in custody no adjournment shall be for more than three clear days except with the consent of the accused.

b) les pièces, s'il en est, déposées au cours des procédures devant le juge de paix;

c) les autres preuves ou pièces que le prévenu ou le poursuivant peuvent présenter,

et il doit :

d) soit rejeter la demande;

e) soit, si le prévenu fait valoir des motifs justifiant de le faire, accueillir la demande, annuler l'ordonnance antérieurement rendue par le juge de paix et rendre toute autre ordonnance prévue à l'article 515, qu'il estime justifiée.

(8) Lorsqu'une demande en vertu du présent article ou de l'article 521 a été entendue, il ne peut être fait de nouvelle demande ou d'autre demande en vertu du présent article ou de l'article 521 relativement au même prévenu, sauf avec l'autorisation d'un juge, avant l'expiration d'un délai de trente jours à partir de la date de la décision du juge qui a entendu la demande précédente.

(9) Les articles 517, 518 et 519 s'appliquent, compte tenu des adaptations de circonstance, à l'égard d'une demande en vertu du présent article.

521. (1) Le poursuivant peut, en tout temps avant le procès sur l'inculpation, demander à un juge de réviser l'ordonnance rendue par un juge de paix ou un juge de la Cour de justice du Nunavut conformément aux paragraphes 515(1), (2), (7), (8) ou (12), ou rendue ou annulée en vertu de l'alinéa 523(2)b).

(2) Une demande en vertu du présent article ne peut être entendue par un juge à moins que le poursuivant n'ait donné par écrit au prévenu un préavis de la demande de deux jours francs au moins.

(3) Si le juge l'ordonne ou si le poursuivant, le prévenu ou son avocat le demande, le prévenu doit être présent à l'audition d'une demande en vertu du présent article et, lorsque le prévenu est sous garde, le juge peut ordonner, par écrit, à la personne ayant la garde du prévenu, de l'amener devant le tribunal.

(4) Un juge peut, avant le début de l'audition d'une demande en vertu du présent article ou à tout moment au cours de cette audition, ajourner les procédures sur demande du poursuivant ou du prévenu, mais si le prévenu est sous garde, un tel ajournement ne peut jamais être de plus de trois jours francs sauf avec le consentement du prévenu.

(5) Where an accused, other than an accused who is in custody, has been ordered by a judge to be present at the hearing of an application under this section and does not attend the hearing, the judge may issue a warrant for the arrest of the accused.

(6) Where, pursuant to paragraph (8)(e), the judge makes an order that the accused be detained in custody until he is dealt with according to law, he shall, if the accused is not in custody, issue a warrant for the committal of the accused.

(7) A warrant issued under subsection (5) or (6) may be executed anywhere in Canada.

(8) On the hearing of an application under this section, the judge may consider

(a) the transcript, if any, of the proceedings heard by the justice and by any judge who previously reviewed the order made by the justice,

(b) the exhibits, if any, filed in the proceedings before the justice, and

(c) such additional evidence or exhibits as may be tendered by the prosecutor or the accused,

and shall either

(d) dismiss the application, or

(e) if the prosecutor shows cause, allow the application, vacate the order previously made by the justice and make any other order provided for in section 515 that he considers to be warranted.

(9) Where an application under this section or section 520 has been heard, a further or other application under this section or section 520 shall not be made with respect to the same accused, except with leave of a judge, prior to the expiration of thirty days from the date of the decision of the judge who heard the previous application.

(10) The provisions of sections 517, 518 and 519 apply with such modifications as the circumstances require in respect of an application under this section.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.

(5) Lorsqu'un prévenu, autre qu'un prévenu qui est sous garde, a reçu d'un juge l'ordre d'être présent à l'audition d'une demande en vertu du présent article et n'est pas présent à l'audition, le juge peut décerner un mandat pour l'arrestation du prévenu.

(6) Lorsque, en application de l'alinéa (8)e), le juge rend une ordonnance enjoignant que le prévenu soit détenu sous garde jusqu'à ce qu'il soit traité selon la loi, il décerne, si le prévenu n'est pas sous garde, un mandat de dépôt pour l'internement du prévenu.

(7) Un mandat décerné en vertu du paragraphe (5) ou (6) peut être exécuté n'importe où au Canada.

(8) Lors de l'audition d'une demande en vertu du présent article, le juge peut examiner :

a) la transcription, s'il en est, des procédures entendues par le juge de paix et par un juge qui a déjà révisé l'ordonnance rendue par le juge de paix;

b) les pièces, s'il en est, déposées au cours des procédures devant le juge de paix;

c) les autres preuves ou pièces que le poursuivant ou le prévenu peuvent présenter,

et il doit :

d) soit rejeter la demande;

e) soit, si le poursuivant fait valoir des motifs justifiant de le faire, accueillir la demande, annuler l'ordonnance antérieurement rendue par le juge de paix et rendre toute autre ordonnance prévue à l'article 515, qu'il estime justifiée.

(9) Lorsqu'une demande en vertu du présent article ou de l'article 520 a été entendue, il ne peut être fait de nouvelle demande ou d'autre demande en vertu du présent article ou de l'article 520 relativement au même prévenu, sauf avec l'autorisation d'un juge, avant l'expiration d'un délai de trente jours à partir de la date de la décision du juge qui a entendu la demande précédente.

(10) Les articles 517, 518 et 519 s'appliquent, compte tenu des adaptations de circonstance, à l'égard d'une demande en vertu du présent article.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.

Solicitors for the respondent: André Lapointe, Montréal; Guylaine Tardif, Montréal.

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

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): John Norris, Toronto; Henein Hutchison, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Kapoor Barristers, Toronto.

Procureurs de l'intimé : André Lapointe, Montréal; Guylaine Tardif, Montréal.

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

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : John Norris, Toronto; Henein Hutchison, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Kapoor Barristers, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Clifford Kokopenace *Respondent*

and

Advocates' Society, Nishnawbe Aski Nation, David Asper Centre for Constitutional Rights, Women's Legal Education and Action Fund, Inc. (LEAF), Native Women's Association of Canada, Canadian Association of Elizabeth Fry Societies and Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. *Interveners*

INDEXED AS: R. v. KOKOPENACE

2015 SCC 28

File No.: 35475.

2014: October 6; 2015: May 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to a fair hearing — Right to trial by jury — Jury representativeness — Definition — Aboriginal accused from First Nation reserve convicted of manslaughter — Aboriginal on-reserve residents underrepresented on jury roll from which jury selected for accused's trial — What is the appropriate legal test for representativeness — Whether state met its representativeness obligation — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d), (f).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Aboriginal on-reserve residents — Aboriginal accused from First Nation reserve convicted of manslaughter — Aboriginal on-reserve residents underrepresented on jury roll from which jury selected for accused's trial — Whether state violated right to equality of accused or of

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Clifford Kokopenace *Intimé*

et

Advocates' Society, Nation Nishnawbe Aski, David Asper Centre for Constitutional Rights, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, inc. (FAEJ), Association des femmes autochtones du Canada, Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry et Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. KOKOPENACE

2015 CSC 28

N° du greffe : 35475.

2014 : 6 octobre; 2015 : 21 mai.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès équitable — Droit à un procès avec jury — Représentativité du jury — Définition — Accusé autochtone d'une réserve des Premières Nations déclaré coupable d'homicide involontaire coupable — Résidents autochtones des réserves sous-représentés sur la liste des jurés à partir de laquelle a été constitué le jury pour le procès de l'accusé — Quel est le critère juridique convenable en matière de représentativité? — L'État s'est-il acquitté de son obligation de représentativité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d), f).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Résidents autochtones des réserves — Accusé autochtone d'une réserve des Premières Nations déclaré coupable d'homicide involontaire coupable — Résidents autochtones des réserves sous-représentés sur la liste des jurés à partir de laquelle a été constitué le jury

Aboriginal on-reserve residents who were potential jurors — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.

The accused, an Aboriginal man from a First Nation reserve, was charged with second degree murder and convicted of manslaughter after a trial by judge and jury. Prior to sentencing, the accused's counsel learned that there may have been problems with the inclusion of Aboriginal on-reserve residents on the jury roll for the District of Kenora, which raised questions about the representativeness of the jury in the accused's case. The trial judge refused to adjourn the proceedings to hear a mistrial application, as he considered himself to be *functus officio*. The representativeness issue was therefore raised for the first time on appeal, where fresh evidence was introduced regarding the efforts made by the province in preparing the jury rolls for the district. The Court of Appeal was satisfied that the accused received a fair trial and that his jury was not tainted by a reasonable apprehension of bias or partiality. However, the majority held that the accused's ss. 11(d) and 11(f) *Charter* rights had been violated and ordered a new trial. All three judges rejected the accused's s. 15 *Charter* claims.

Held (McLachlin C.J. and Cromwell J. dissenting): The appeal should be allowed. The order for a new trial is set aside and the conviction is reinstated.

Per Rothstein, Moldaver, Wagner and Gascon JJ.: Representativeness is an important feature of our jury system, but its meaning is circumscribed. What is required is a representative cross-section of society, honestly and fairly chosen. With respect to the jury roll, representativeness focuses on the process used to compile it, not its ultimate composition.

To determine if the state has met its representativeness obligation, the question is whether the state provided a fair opportunity for a broad cross-section of society to participate in the jury process. A fair opportunity will be provided when the state makes reasonable efforts to: (1) compile the jury roll using random selection from lists that draw from a broad cross-section of society, and (2) deliver jury notices to those who have been randomly selected. When this process is followed, the jury roll will be representative and an accused's *Charter* right to a

pour le procès de l'accusé — L'État a-t-il violé le droit à l'égalité de l'accusé ou des résidents autochtones d'une réserve qui étaient des candidats jurés? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.

L'accusé, un Autochtone habitant la réserve d'une Première Nation, a été accusé de meurtre au deuxième degré et reconnu coupable d'homicide involontaire coupable au terme d'un procès devant juge et jury. Avant le prononcé de la sentence, l'avocat de l'accusé a appris qu'il y avait peut-être eu des irrégularités concernant les mesures prises pour inscrire les résidents autochtones des réserves sur la liste des jurés du district de Kenora, ce qui suscitait des interrogations au sujet de la représentativité du jury dans le cas de l'accusé. Le juge du procès a refusé d'ajourner l'instance pour instruire une demande d'annulation du procès puisqu'il se considérait dessaisi de l'affaire. La question de la représentativité a donc été soulevée pour la première fois en appel, où de nouveaux éléments de preuve ont été présentés relativement aux mesures que la province avait prises pour dresser les listes de jurés du district. La Cour d'appel était convaincue que l'accusé avait bénéficié d'un procès équitable et que le jury n'était pas entaché d'une crainte raisonnable de partialité. Les juges majoritaires ont toutefois conclu que les droits garantis à l'accusé par les al. 11d) et 11f) de la *Charte* avaient été violés et ont ordonné la tenue d'un nouveau procès. Les trois juges ont tous rejeté les prétentions de l'accusé fondées sur l'art. 15 de la *Charte*.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et le juge Cromwell sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. L'ordonnance prévoyant la tenue d'un nouveau procès est annulée et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Les juges Rothstein, Moldaver, Wagner et Gascon : La représentativité est un aspect important de notre système de jury, mais elle a un sens restreint. Il faut un échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement. Pour ce qui est de la liste des jurés, la représentativité met l'accent sur la procédure utilisée pour la dresser, et non sur sa composition finale.

Pour déterminer si l'État s'est acquitté de son obligation de représentativité, la question consiste à savoir s'il a donné à un large échantillon de la société une possibilité honnête de participer au processus de sélection des jurés. Pareille possibilité est donnée quand l'État déploie des efforts raisonnables pour : (1) dresser la liste des jurés en sélectionnant ceux-ci au hasard à partir de listes brutes issues d'un large échantillon de la société et (2) envoyer des avis de sélection de juré aux personnes choisies au hasard. Quand cette procédure est suivie, la

representative jury will be respected. This process aims to ensure that there is an opportunity for individuals with varied perspectives to be included on the jury, and it seeks to preclude systemic exclusion of segments of the population.

Jury representativeness is captured by both ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*, but it plays a different role in these two guarantees.

The role of representativeness under s. 11(d) is limited to its effect on independence and impartiality. A problem with representativeness that does not undermine these concepts will not violate s. 11(d).

The parties in this case focused on the impartiality aspect of s. 11(d). Even if the petit jury does not appear to be biased, s. 11(d) will be violated if the process used to compile the jury roll raises an appearance of bias at the systemic level. This may occur in two ways: the deliberate exclusion of a particular group, or efforts in compiling the jury roll that are so deficient as to create an appearance of partiality. However, where neither form of conduct exists, a problem with representativeness will not violate s. 11(d).

The narrow way in which representativeness is defined in Canadian jurisprudence means that impartiality is guaranteed through the process used to compile the jury roll, not through the ultimate composition of the jury roll or petit jury itself. A jury roll containing few individuals of the accused's race or religion is not in itself indicative of bias.

The role of representativeness in s. 11(f) is broader: it not only promotes impartiality, it also legitimizes the jury's role as the "conscience of the community" and promotes public trust in the criminal justice system. This broader role creates an important point of distinction: while a problem with representativeness will not necessarily violate s. 11(d), its absence will automatically undermine the s. 11(f) right to a trial by jury.

If the state deliberately excludes a particular subset of the population that is eligible for jury service, it will violate an accused's right to a representative jury, regardless of the size of the group affected. However, if it is a question of unintentional exclusion, it is the quality of the

liste des jurés est représentative et le droit à un jury représentatif que la *Charte* garantit à l'accusé est respecté. Ce processus vise à faire en sorte que des personnes aux points de vue différents fassent partie du jury et à empêcher l'exclusion systémique de certains segments de la population.

La représentativité du jury relève à la fois de l'al. 11(d) et de l'al. 11(f) de la *Charte*, mais elle joue un rôle différent dans le cas de ces deux garanties.

Le rôle que joue la représentativité dans l'application de l'al. 11(d) se limite à son incidence sur l'indépendance et l'impartialité. Le problème de représentativité qui ne mine pas ces notions n'emportera pas violation de l'al. 11(d).

Les parties à la présente affaire se sont concentrées sur le volet « impartialité » de l'al. 11(d). Même si le petit jury ne semble pas partial, il y a violation de l'al. 11(d) si la procédure utilisée pour dresser la liste des jurés crée une apparence de partialité sur le plan systémique. Cela peut se produire de deux façons : un groupe en particulier est exclu délibérément ou les efforts déployés pour dresser la liste des jurés laissent à désirer au point de créer une apparence de partialité. Toutefois, lorsque l'État ne se conduit d'aucune de ces façons, le problème de représentativité ne viole pas l'al. 11(d).

La définition restreinte donnée à la représentativité dans la jurisprudence canadienne signifie que l'impartialité est garantie grâce à la procédure suivie pour dresser la liste des jurés, et non grâce à la composition finale de la liste des jurés ou du petit jury lui-même. La liste des jurés comptant peu de personnes de la même race ou religion que l'accusé ne constitue pas à elle seule un indice de partialité.

La représentativité joue un rôle élargi dans l'application de l'al. 11(f) : non seulement favorise-t-elle l'impartialité, mais elle confère également une légitimité au rôle du jury en tant que « conscience de la collectivité » et renforce la confiance du public dans le système de justice pénale. Ce rôle élargi crée une différence importante : bien qu'un problème de représentativité n'emporte pas nécessairement violation de l'al. 11(d), l'absence de représentativité mine automatiquement le droit, reconnu par l'al. 11(f), à un procès avec jury.

Si l'État exclut délibérément un certain sous-groupe de personnes habiles à remplir les fonctions de juré, il viole le droit de l'accusé à un jury représentatif, peu importe la taille du groupe touché. Cependant, s'il s'agit d'une exclusion involontaire, c'est la qualité des efforts déployés

state's efforts in compiling the jury roll that will determine whether an accused's right to a representative jury has been respected. If the state makes reasonable efforts but part of the population is excluded because it declines to participate, the state will nonetheless have met its constitutional obligation. In contrast, if the state does not make reasonable efforts, the size of the population that has been inadvertently excluded will be relevant. When only a small segment of the population is affected, there will still have been a fair opportunity for participation by a broad cross-section of society.

Representativeness is not about targeting particular groups for inclusion on the jury roll. The province was therefore not required to address systemic problems contributing to the reluctance of Aboriginal on-reserve residents to participate in the jury process. Efforts to address historical and systemic wrongs against Aboriginal peoples — although socially laudable — are by definition an attempt to target a particular group for inclusion on the jury roll. An accused's representativeness right is not the appropriate mechanism for repairing the damaged relationship between particular societal groups and our criminal justice system more generally.

There is no right to a jury roll of a particular composition, nor to one that proportionately represents all the diverse groups in Canadian society. Requiring a jury roll to proportionately represent the different religions, races, cultures, or individual characteristics of eligible jurors would create a number of insurmountable problems. There are an infinite number of characteristics that one might consider should be represented, and even if a perfect source list were used, it would be impossible to create a jury roll that fully represents them. A proportionate representation requirement would also do away with well-established principles, such as juror privacy and random selection. In their place, we would be left with an inquisition into prospective jurors' backgrounds and a requirement that the state target particular groups for inclusion on the jury roll. Such an approach would be unworkable and would spell the end of our jury system as we presently know it.

The province met its representativeness obligation in this case. The Court of Appeal raised potential issues with three parts of the process — the lists, the delivery, and the low response rates. Assessed in light of what was known at the time and against the proper standard, the province's efforts to include Aboriginal on-reserve

par l'État pour dresser la liste des jurés qui déterminera si le droit de l'accusé à un jury représentatif a été respecté. Lorsque l'État fait des efforts raisonnables, mais qu'une partie de la population est exclue parce qu'elle refuse de participer, l'État s'acquitte néanmoins de son obligation constitutionnelle. Par contre, si l'État ne déploie pas d'efforts raisonnables, il faut tenir compte du nombre de personnes exclues par inadvertance. Quand seule une petite couche de la population est touchée, un large échantillon de la société a tout de même une possibilité honnête de participer.

La représentativité ne consiste pas à cibler des groupes particuliers pour que leurs membres figurent sur la liste des jurés. La province n'était donc pas obligée de remédier aux problèmes systémiques contribuant à la réticence des Autochtones vivant dans des réserves à participer au processus de sélection des jurés. Les efforts déployés pour réparer les torts historiques et systémiques causés aux peuples autochtones — quoique louables sur le plan social — visent par définition à cibler un groupe en particulier pour que ses membres figurent sur la liste des jurés. Le droit de l'accusé à la représentativité ne constitue pas le bon moyen de réparer la relation mise à mal entre certains groupes de la société et notre système de justice pénale en général.

Il n'existe aucun droit à une liste de jurés d'une composition précise, ni à une liste qui représente proportionnellement tous les différents groupes de la société canadienne. Exiger qu'une liste de jurés représente proportionnellement les différentes religions, races, cultures ou autres caractéristiques personnelles des personnes habiles à être jurés engendrerait plusieurs problèmes insolubles. Il existe un nombre infini de caractéristiques qu'on pourrait considérer comme devant être représentées et, même si l'on utilisait une liste brute parfaite, il serait impossible d'établir une liste de jurés qui les représente entièrement. Exiger une représentation proportionnelle reviendrait aussi à écarter des principes bien établis, comme le droit à la vie privée des jurés et la sélection aléatoire. Ces principes seraient remplacés par un examen des antécédents des candidats jurés et par l'obligation pour l'État de cibler des groupes particuliers pour les inscrire sur la liste des jurés. Une telle approche serait inapplicable et entraînerait la disparition de notre système de jury dans sa forme actuelle.

La province s'est acquittée de son obligation de représentativité en l'espèce. La Cour d'appel a soulevé des points susceptibles d'être litigieux relativement à trois volets du processus : les listes, la distribution et le faible taux de réponse. Apprécies en fonction de ce que l'on savait à l'époque et en regard de la norme appropriée, les

residents in the jury process were reasonable. Accordingly, there was no violation of ss. 11(d) or 11(f) of the *Charter*. Although the problem of the underrepresentation of Aboriginal on-reserve residents in the jury system is a serious policy concern that merits attention, the accused's ss. 11(d) and 11(f) *Charter* rights are not the appropriate vehicle to address this concern.

The accused's claims based on s. 15 of the *Charter* must also be dismissed. With respect to his personal s. 15 claim, the accused has not clearly articulated a disadvantage. With respect to his request for public interest standing to advance a s. 15 claim on behalf of Aboriginal on-reserve residents who were potential jurors, it cannot be granted because the accused may have different, potentially conflicting interests from those of potential jurors.

Per Karakatsanis J.: Fair trial rights under s. 11 of the *Charter* entitle an accused person to an independent and impartial jury, drawn from a jury roll that was created through a fair and neutral process of random selection from broad-based source lists without deliberate or substantial exclusion. That threshold was met in this case.

Representativeness does not require a jury roll to mirror what a random sample from the community would look like. Adopting such an identity-based approach would mark a significant departure from both Canadian jurisprudence and experience. Jury representativeness is aimed at ensuring that the jury can fulfill its important roles as finder of fact and as the link connecting the judicial process to the broader community. This right has a limited meaning in Canadian law. It does not mean that the jury must reflect a cross-section of the community or its different characteristics or perspectives. It instead describes the functioning of the jury as an institution, in which laypersons are asked to contribute to the criminal justice process and to provide the crucial link between that system and the larger community. A jury acts on behalf of, and thus represents, society. It is not rendered legitimate because its members reflect the demographics of that community.

The representative function of the jury is assured by the use of a fair and random selection process, based on broadly inclusive source lists, that does not deliberately

efforts déployés par la province pour faire participer les résidents autochtones des réserves au processus de sélection des jurés étaient raisonnables. Par conséquent, il n'y a pas eu violation des al. 11(d) ou 11(f) de la *Charte*. Bien que le problème de la sous-représentation des résidents autochtones des réserves dans le système de jury soit une sérieuse préoccupation de principe qui mérite qu'on s'y attarde, les droits garantis à l'accusé par les al. 11(d) et 11(f) de la *Charte* ne constituent pas le moyen approprié de répondre à cette préoccupation.

Il faut aussi rejeter les prétentions de l'accusé fondées sur l'art. 15 de la *Charte*. S'agissant de sa prétention personnelle fondée sur l'art. 15, l'accusé n'a pas clairement formulé de désavantage. S'agissant de sa demande visant à obtenir la qualité pour agir dans l'intérêt public afin de faire valoir une réclamation fondée sur l'art. 15 au nom des résidents autochtones d'une réserve qui étaient des candidats jurés, elle ne peut être accueillie parce que l'accusé risque d'avoir des intérêts divergents, voire contradictoires, de ceux des candidats jurés.

La juge Karakatsanis : Les droits à un procès équitable reconnus par l'art. 11 de la *Charte* permettent à l'accusé d'être jugé par un jury indépendant et impartial, issu d'une liste de jurés dressée au moyen d'un processus équitable et neutre de sélection aléatoire à partir de listes brutes provenant d'un large échantillon, sans exclusion délibérée ou importante. Ce critère a été respecté en l'espèce.

La représentativité ne nécessite pas une liste de jurés qui reflète ce à quoi ressemblerait un échantillon aléatoire de la collectivité. Si l'on adopte une telle démarche fondée sur l'identité, cela constituerait un écart important par rapport à la jurisprudence et à l'expérience canadiennes. La représentativité du jury vise à permettre au jury d'exercer ses fonctions importantes de juge des faits et de lien entre le processus judiciaire et la collectivité dans son ensemble. Ce droit a un sens limité en droit canadien. Il ne signifie pas que le jury doit correspondre à un échantillon de la collectivité ou de ses différents points de vue ou caractéristiques. Il décrit plutôt le fonctionnement du jury en tant qu'institution, dans laquelle des profanes sont chargés de contribuer au processus de justice pénale et de fournir le lien essentiel entre ce système et l'ensemble de la collectivité. Le jury agit au nom de la société et, de ce fait, il la représente. Il ne tire pas sa légitimité du fait que ses membres reflètent la démographie de cette collectivité.

La fonction de représentant qui incombe au jury est assurée par le recours à un processus de sélection équitable et aléatoire, fondé sur des listes brutes largement

or substantially exclude a subset of the community. Representativeness requires more than reasonable efforts to use such a process. It is the adequacy of the process used, rather than the quality of the state's efforts, which determines whether or not an accused's *Charter* rights were violated.

Ensuring that source lists are drawn broadly from the community is critical, but perfection is not required. Provinces must be given leeway to use a selection process that is practical given the nature of the source lists generally available. The state must also ensure that the mechanism used to contact selected potential jurors does not undermine the broad-based and random quality of the jury roll.

Unintentional exclusion of some segments of the community from the jury roll does not amount to a constitutional defect. Even the best source lists will still exclude some, and that inadvertent exclusion may disproportionately apply to certain groups of people. This alone is insufficient to establish a s. 11 *Charter* violation. Because there are no perfect source lists, the state must be accorded flexibility in choosing a source list. Such flexibility also recognizes the substantial leeway that governments must be given to define the boundaries of judicial districts, which are established for administrative and practical purposes and are not required to ensure the representation of any particular community or group.

However, the state could, in exceptional circumstances, violate an accused's *Charter* rights by unintentionally but substantially excluding a segment of the population. It may be that such substantial exclusion rises to a level that could leave the jury unable to fulfill its representative function, thereby depriving it of legitimacy in the eyes of society, and undermining its independence and impartiality. Where the jury roll is so deficient that society would no longer accept that a jury chosen from it could legitimately act on its behalf, an accused's rights protected by both ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter* will be violated.

Intentional exclusion of certain segments of the population from the jury roll would render it unconstitutional. A jury roll tainted by such deliberate exclusion cannot be considered to be drawn fairly and randomly from the broader community, nor could it be said to be independent and impartial. An accused will accordingly succeed in her challenge if she establishes deliberate exclusion

inclusives, qui n'exclut pas délibérément ou de façon importante un segment de la collectivité. La représentativité nécessite davantage que le déploiement d'efforts raisonnables pour utiliser un tel processus. C'est le caractère adéquat du processus employé et non la qualité des efforts de l'État qui détermine si les droits que la *Charte* garantit à l'accusé ont été violés.

Il est essentiel de faire en sorte que les listes brutes soient produites à partir d'un large éventail de membres de la collectivité, mais la perfection n'est pas nécessaire. Il faut donner aux provinces la latitude d'employer un processus de sélection pratique eu égard à la nature des listes brutes généralement disponibles. L'État doit également faire en sorte que le mécanisme employé pour communiquer avec les candidats jurés sélectionnés ne mine pas la qualité généralisée et aléatoire de la liste des jurés.

L'exclusion involontaire de certains segments de la collectivité de la liste des jurés n'équivaut pas à un vice constitutionnel. Même les meilleures listes brutes excluront encore certaines personnes, et cette exclusion par inadvertance peut toucher certains groupes de façon disproportionnée. Cela ne suffit pas en soi pour établir une violation de l'art. 11 de la *Charte*. Puisqu'il n'existe pas de listes brutes parfaites, l'État doit bénéficier d'une marge de manœuvre dans le choix de la liste brute. Cette marge de manœuvre prend également en compte la latitude importante qu'il faut donner aux gouvernements pour définir les limites de districts judiciaires, lesquelles sont établies à des fins administratives et pratiques et qui n'ont pas à assurer la représentation d'une collectivité ou d'un groupe en particulier.

Par contre, l'État peut, dans des circonstances exceptionnelles, violer les droits garantis à l'accusé par la *Charte* en excluant de façon involontaire mais importante une couche de la population. Il se peut que l'importance de cette exclusion soit telle que le jury ne soit pas en mesure d'exercer sa fonction représentative, le privant ainsi de sa légitimité aux yeux de la société et minant son indépendance et son impartialité. Dans les cas où la liste des jurés est à ce point lacunaire que la société n'admettrait plus qu'un jury constitué à partir de cette liste puisse légitimement agir en son nom, il y a violation des droits que les al. 11(d) et 11(f) de la *Charte* garantissent à l'accusé.

L'exclusion délibérée de certaines couches de la population de la liste des jurés la rendrait inconstitutionnelle. Une liste de jurés viciée par une telle exclusion délibérée ne peut être considérée avoir été dressée équitablement et au hasard à partir de la collectivité dans son ensemble, et on ne saurait pas non plus la qualifier d'indépendante et d'impartiale. Un accusé aura donc gain de cause dans sa

for the purpose of restricting the representation of certain groups in the jury process.

An accused person's fair trial rights do not require the state to encourage jury participation among those who are unwilling to participate. Section 11 of the *Charter* is not the source of any duty on the state to encourage participation, or to repair damaged relationships that may cause some to disengage from the justice system. It is simply beyond the scope of s. 11 to require that the state address the reasons for this disaffection in order to uphold an accused individual's right to an impartial, independent and representative jury.

In this case, the accused has not established that the jury roll from which his jury was drawn was created in a manner that violated his rights under s. 11 of the *Charter*. With respect to the s. 15 *Charter* claims, this is not a proper case to determine whether the equality rights of Aboriginal peoples are implicated as a result of their alienation from the justice system and their underrepresentation on jury rolls.

Per McLachlin C.J. and Cromwell J. (dissenting): Selecting a properly constituted jury lays the foundation required for a fair trial and public confidence in the administration of justice. Fundamental to our conception of a properly selected jury is that it be drawn from a random sample of eligible people in the district who, by virtue of that random selection, are representative of its population. In Canada, there is no stand-alone *Charter*-protected right to a representative jury. But representativeness, in the sense that the jury roll is randomly selected from an appropriate pool of prospective jurors, is a component of the *Charter* rights to a jury trial and to be tried by an independent and impartial tribunal found at s. 11(f) and (d). Section 11(f) of the *Charter* enshrines in our Constitution the institution of the jury as a fundamental component of the Canadian criminal justice system. Representativeness is an integral part of that component, and is one of the fundamental characteristics of a properly constituted jury. Representativeness, along with impartiality, is essential in order for the institution of the jury to perform its function as the conscience of the community and in order for s. 11(f) to be meaningful and effective. Representativeness is also one of the components which ensure that the jury is an independent and impartial tribunal under s. 11(d) of the *Charter*. Thus, defects in the formation of the jury that affect its representative character will be taken into account in order to determine whether there is a breach of s. 11(d). As it is

contestation s'il établit une exclusion délibérée visant à limiter la représentation de certains groupes dans le processus de sélection des jurés.

Les droits de l'accusé à un procès équitable n'obligent pas l'État à inciter ceux qui ne veulent pas le faire à participer à la sélection des jurés. L'article 11 de la *Charte* n'impose à l'État aucune obligation d'encourager la participation ou de réparer des relations mises à mal qui peuvent amener certains à se désengager du système de justice. L'article 11 ne va tout simplement pas jusqu'à obliger l'État à s'attaquer aux raisons de cette désaffection pour faire respecter le droit de l'accusé à un jury impartial, indépendant et représentatif.

Dans le cas présent, l'accusé n'a pas établi que la liste des jurés à partir de laquelle on avait constitué son jury avait été dressée d'une manière qui violait les droits que lui garantit l'art. 11 de la *Charte*. S'agissant des prétentions fondées sur l'art. 15 de la *Charte*, il est inopportun en l'espèce de décider si les droits à l'égalité des Autochtones sont en cause par suite de l'aliénation de ces derniers à l'égard du système de justice et de leur sous-représentation sur les listes de jurés.

La juge en chef McLachlin et le juge Cromwell (dissidents) : La sélection d'un jury régulièrement constitué assure les assises nécessaires à la tenue d'un procès équitable et à la confiance du public envers l'administration de la justice. Notre conception d'un jury régulièrement formé repose essentiellement sur la condition qu'il soit constitué dans un district donné à partir d'un échantillon aléatoire de personnes habiles à remplir les fonctions de jurés qui, de par cette sélection au hasard, sont représentatives de la population de ce district. Au Canada, la *Charte* ne garantit pas de droit distinct à un jury représentatif. Toutefois, la représentativité — en ce sens que la liste des jurés résulte d'un tirage au sort effectué à partir d'un bassin acceptable de candidats jurés — s'inscrit dans le droit à un procès avec jury et le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial garantis par les al. 11f) et 11d) de la *Charte*. L'alinéa 11f) de la *Charte* constitutionnalise l'institution du jury comme composante fondamentale du système canadien de justice pénale. La représentativité est partie intégrante de cette composante et constitue l'une des caractéristiques fondamentales d'un jury régulièrement formé. La représentativité, tout comme l'impartialité, est essentielle pour que l'institution du jury joue son rôle de conscience de la collectivité et pour que l'al. 11f) ait un véritable effet. La représentativité constitue également l'un des éléments qui font du jury un tribunal indépendant et impartial au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'al. 11d)

guaranteed under s. 11(d) and (f), the right to representativeness of the jury roll is the right of persons charged with an offence, not of particular groups or the community at large. There is no corresponding right, under these provisions, of the community at large or of any particular group to be included on a jury roll, jury array or petit jury.

The focus of representativeness is on whether the jury roll, from which jurors will ultimately be selected, is as broadly representative of the community as would a group of people selected at random within that community. Thus, random selection is a proxy for representativeness. A representative jury roll is one that substantially resembles the group of persons that would be assembled through a process of random selection of all eligible jurors in the relevant community. But random selection is only a good proxy for representativeness if the pool of persons to whom a process of random selection is applied to assemble the jury roll is itself broadly based within the relevant community.

In order to achieve a representative jury roll, two things are necessary. First, the lists from which random selection will be made must be substantially representative of the district. The jury roll can only properly be representative of the population of the district if the list of people to whom notices may be sent is as complete and accurate as possible and is substantially similar to a random selection among all potentially eligible jurors in the district. Second, the group of eligible persons who return the questionnaires must be substantially similar to a random sample of the list. This requires the state to look at elements such as the proportion of notices and questionnaires that are in fact received and factors which could affect the return rate. If the group who in fact returns questionnaires does not substantially resemble a random sample of the persons on the list, then the whole foundation of representativeness is at risk because randomness can no longer serve as an appropriate proxy for representativeness.

Allowing random selection to be a proxy for representativeness is supported by both practical and policy reasons. If representativeness in this context were given a broader meaning, there could be endless debates about who and

de la *Charte*. Ainsi, les vices de formation du jury qui touchent son caractère représentatif seront analysés pour savoir s'il y a eu violation à l'al. 11d). Suivant la protection que lui confèrent les al. 11d) et 11f), le droit à la représentativité de la liste des jurés est un droit conféré à l'inculpé, et non à des groupes précis ou à la collectivité en général. Il n'existe pas dans ces dispositions de droit correspondant permettant à la collectivité en général ou à un groupe précis de faire partie d'une liste de jurés, d'un tableau de jurés ou d'un petit jury.

L'aspect central de la représentativité est la question de savoir si la liste des jurés, qui sert à la sélection des jurés, est aussi représentative de la collectivité que le serait un groupe de personnes choisies aléatoirement au sein de cette même collectivité. Ainsi, la sélection aléatoire est l'instrument de la représentativité. Une liste des jurés représentative ressemble sensiblement au groupe de personnes qui serait réuni à l'issue d'un processus de sélection au hasard effectuée parmi toutes les personnes habiles à remplir les fonctions de jurés dans une collectivité donnée. Or, la sélection aléatoire n'est un bon instrument de la représentativité que si le bassin de personnes auquel elle s'applique quand il s'agit de dresser la liste des jurés résulte lui-même d'un vaste échantillonnage au sein de la collectivité.

Pour obtenir une liste des jurés représentative, il faut que deux conditions soient réunies. Premièrement, les listes brutes à partir desquelles sera effectuée la sélection aléatoire doivent être sensiblement représentatives du district. La liste des jurés ne sera suffisamment représentative de la population du district que si la liste brute des personnes à qui les avis peuvent être envoyés est aussi complète et aussi exacte que possible et qu'elle ressemble sensiblement à un échantillon pris au hasard parmi toutes les personnes habiles à être jurés dans le district. Deuxièmement, le groupe constitué des personnes habiles à remplir les fonctions de jurés qui retournent les formules de rapport doit ressembler sensiblement à un échantillon aléatoire de la liste brute. L'État doit donc examiner certains éléments, par exemple, la proportion d'avis et de formules de rapport réellement reçus et les facteurs susceptibles d'influer sur le taux de réponse. Si le groupe constitué des personnes qui retournent les formules ne ressemble pas sensiblement à un échantillon de personnes choisies au hasard sur la liste brute, le fondement entier de la représentativité est en péril parce que le caractère aléatoire n'est alors plus l'instrument de la représentativité.

Des raisons d'ordre pratique et de principe étayent cette conception de la sélection aléatoire comme instrument de la représentativité. S'il fallait définir plus largement la représentativité dans ce contexte, d'interminables

what needs to be represented on the jury. Defining all of the relevant senses in which a jury should be representative, let alone going about assembling a jury roll that was representative in all those ways, would pose insurmountable practical problems and would lead to serious intrusions into the privacy of prospective jurors. These policy and practical considerations mean that we must not enlarge the Crown's disclosure obligations or expose potential jurors to intrusions into their privacy. The practical effect of protecting jurors' privacy is that an accused will rarely be in a position to establish the under-representation of a particular group other than by pointing to an inadequate list or some other significant departure from the random selection principle.

A flawed random selection may be demonstrated by showing faults in the process, such as the omission of large numbers of eligible jurors from the roll. But that is not the only way a departure from proper random selection may be shown. The fact that the focus is on the random selection process does not mean that the results of the process employed to compile the jury roll are irrelevant to whether there has been an acceptable process of random selection. Results that plainly show a significant departure from a properly conducted random selection process should not be ignored.

The *Charter* protects against interference by the state with guaranteed rights. In order to establish a breach of the *Charter*, the claimant must therefore show not only that there has been a limitation of his or her guaranteed rights but that the limitation can be attributed to state action. The question is whether there is a sufficient connection between the conduct of the state and the limitation of the right such that the limitation can fairly be attributed to the state. While the threshold of sufficient connection has been considered mainly in the context of s. 7 of the *Charter*, a similar causal threshold has been used in respect of other provisions of the *Charter* and under provincial human rights legislation, and applies in the context of this case. The starting point is not the state's efforts to comply, but whether the jury roll was representative. If the jury roll was not representative, the question then becomes whether that failure is attributable to state action, namely whether there is a sufficient connection between the limitation of the right and the action — or inaction — of the state. In order to determine whether the state has complied with its *Charter* obligations, the state conduct must be assessed in light of its contribution to the problem and its capacity to address it. With

débats s'ensuivraient pour savoir qui le jury doit représenter et sur la base de quelles caractéristiques. Définir toutes les facettes possibles de la représentativité d'un jury — et, de surcroît, dresser une liste des jurés qui les refléterait toutes — présenterait des difficultés d'ordre pratique insurmontables et entraînerait une incursion grave dans la vie privée des candidats jurés. Ces considérations de principe et d'ordre pratique signifient que nous devons nous garder d'élargir la portée des obligations de communication du ministère public ou d'exposer la vie privée des candidats jurés. Concrètement, la protection de la vie privée d'un juré signifie qu'un accusé sera rarement en mesure d'établir la sous-représentation d'un groupe donné à moins de dénoncer le caractère inadéquat de la liste brute ou une autre dérogation importante au principe de la sélection aléatoire.

Il est possible d'établir une sélection aléatoire lacunaire en démontrant des vices dans le processus, par exemple qu'un grand nombre de personnes habiles à remplir les fonctions de jurés ont été exclues de la liste des jurés. Or, il existe d'autres moyens de démontrer un écart par rapport à une sélection aléatoire en bonne et due forme. Que l'analyse soit axée sur le processus de sélection aléatoire ne signifie pas que les résultats du processus ne comptent pas lorsqu'il s'agit de déterminer si ce dernier était acceptable. On ne saurait faire fi des résultats lorsqu'ils démontrent clairement un écart considérable par rapport à un processus en bonne et due forme de sélection aléatoire.

La *Charte* protège contre les interventions attentatoires de l'État. Pour prouver une violation de la *Charte*, le demandeur doit, par conséquent, non seulement établir que les droits qu'il tire de la *Charte* ont été restreints, mais aussi que cette restriction est attribuable à une action de l'État. La question qui se pose est celle de savoir s'il existe un lien suffisant entre les actes de l'État et la restriction du droit, de sorte qu'il est possible d'affirmer que cette limite est le fait de l'État. Bien que le critère du lien de causalité suffisant ait principalement servi dans le contexte de l'art. 7, un critère semblable a également été appliqué à l'égard d'autres dispositions de la *Charte* et de lois provinciales en matière de droits de la personne et convient dans la présente affaire. Le point de départ de l'analyse n'est pas les efforts que l'État a déployés pour se conformer; il faut plutôt se demander si la liste des jurés était représentative. Si elle ne l'était pas, il faut donc déterminer si ce défaut est attribuable à une action de l'État, à savoir s'il existe un lien suffisant entre la restriction du droit et l'action — ou l'omission — de l'État. Pour déterminer si l'État a respecté ses obligations découlant de la *Charte*, il faut évaluer sa conduite à la lumière des actes par lesquels il a contribué au problème et de sa capacité

respect to matters giving rise to the limitation of the right that are wholly or substantially within the state's capacity to address, the connection is evident between the state action or inaction and the limitation of the right in question. In such cases, a "reasonable efforts" test does not reflect the nature of the state's obligation: compliance with constitutional rights is not optional or (subject to justified limitations) dependent on the degree of effort required. Conversely, the state cannot be held responsible for matters which have the effect of limiting guaranteed rights, but which the state has no ability to address. With respect to matters falling somewhere between those two types of situations, the answer to the question of whether there is a sufficient connection between the limitation of the right and state action will depend on the capacity of the state to address the matters giving rise to the limitation and whether it has made reasonable efforts to do so.

This case concerns a situation in which the jury roll was not representative because its composition was a substantial departure from what random selection among all potentially eligible jurors in the district would produce, in view of the under-representation of Aboriginal on-reserve residents on the jury roll. Of the four factors that contributed to the unrepresentative jury roll, two — the lists and the delivery of jury notices — were the responsibility of the state and complying with that responsibility was within its power. The other two — the poor return rate of notices and Aboriginal disengagement from the criminal justice system — were matters which the state had some capacity to address, but it failed to make reasonable efforts to do so. Therefore, there is a sufficient connection between state action and inaction and the lack of a representative jury roll to find that there was a breach by the state of the accused's right to a representative jury roll as guaranteed under s. 11(d) and (f) of the *Charter*.

Determining what is an appropriate remedy following the state's failure to provide a representative jury roll requires examination of all the circumstances, including the nature of the breach of the accused's rights and its effect on public confidence in the administration of justice. The point in the proceedings at which the issue is raised is also a relevant consideration. Where, as here, the issue is raised for the first time after verdict, a declaration that the accused's rights were violated may be the appropriate remedy absent the accused establishing that, in light of all the circumstances, a new trial is the only way to restore public confidence in the administration of justice. In this case, the Court of Appeal did not make any reversible error in exercising its remedial discretion

à le régler. Lorsqu'une restriction du droit intervient dans une matière qui ressortit entièrement ou en grande partie à l'État, il existe un lien évident entre l'action ou l'omission de l'État et la restriction du droit en question. Dans ces cas, le critère fondé sur les « efforts raisonnables » ne reflète pas la nature de l'obligation de l'État : le respect des droits constitutionnels n'est ni facultatif ni (sous réserve des limites justifiées) fonction des efforts requis. En revanche, l'État ne peut être tenu responsable lorsque l'acte attentatoire intervient dans une matière qui ne lui ressortit pas. Quant aux cas qui se situent quelque part entre ces deux situations, la réponse à la question de savoir s'il existe un lien suffisant entre la restriction du droit et l'action de l'État dépendra de la capacité de ce dernier d'intervenir pour régler le problème dans la matière où la restriction agit et des efforts raisonnables qu'il aura déployés pour y parvenir.

En l'espèce, la liste des jurés n'était pas représentative, car sa composition se distinguait nettement de celle qui aurait résulté d'une sélection aléatoire effectuée parmi toutes les personnes habiles à être jurés dans le district, car les résidents autochtones de réserves y étaient sous-représentés. Parmi les quatre facteurs qui ont contribué à la non-représentativité de la liste des jurés, deux — les listes brutes et la distribution des avis de sélection de juré — incombaient à l'État, et il était en son pouvoir de s'en acquitter. Les deux autres — le faible taux de réponse aux avis et la marginalisation des Autochtones au sein du système de justice pénale — étaient des problèmes auxquels l'État pouvait remédier en partie, mais il n'a pas déployé d'efforts raisonnables pour ce faire. Par conséquent, il existe un lien suffisant entre l'action et l'omission de l'État d'une part et la non-représentativité de la liste des jurés d'autre part pour conclure que l'État a porté atteinte au droit de l'accusé à une liste des jurés représentative garanti par les al. 11d) et 11f) de la *Charte*.

Pour déterminer en quoi consiste la réparation convenable à l'omission de l'État de fournir une liste des jurés représentative, il faut examiner l'ensemble des circonstances, notamment la nature de l'atteinte aux droits de l'accusé et son effet sur la confiance du public dans l'administration de la justice. L'étape de l'instance à laquelle le problème est soulevé est également pertinente. Si, comme en l'espèce, la question est soulevée pour la première fois après le prononcé du verdict, un jugement déclaratoire portant qu'il y a eu atteinte aux droits de l'inculpé pourrait constituer la réparation convenable pourvu que ce dernier n'ait pas établi qu'un nouveau procès est le seul moyen de rétablir la confiance du public dans l'administration de la justice, compte tenu de toutes les

to order a new trial. The failure to provide a representative jury roll undermined public confidence in the administration of justice.

Cases Cited

By Moldaver J.

Referred to: *R. v. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *R. v. Laws* (1998), 41 O.R. (3d) 499; *R. v. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405; *R. v. Bradley (No. 2)* (1973), 23 C.R.N.S. 39; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *R. v. Brown* (2006), 215 C.C.C. (3d) 330; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Nahdee*, [1994] 2 C.N.L.R. 158; *R. v. Kokopenace*, 2011 ONCA 536, 107 O.R. (3d) 189; *R. v. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243; *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Pierre v. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321.

By Karakatsanis J.

Referred to: *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761; *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203.

By Cromwell J. (dissenting)

R. v. Barrow, [1987] 2 S.C.R. 694; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Born with a Tooth* (1993), 81 C.C.C. (3d) 393; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Yumnu*, 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777; *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761; *R. v. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405; *R. v. Buckingham*, 2007 NLTD 107, 221 C.C.C. (3d) 568; *R. v. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243; *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *R. v. Yooya*, [1995] 1 C.N.L.R. 166; *R. v. Teerhuis-Moar*, 2010 MBCA 102, 222 C.R.R. (2d) 207; *R. v. Pan*, 2001 SCC 42, [2001] 2 S.C.R. 344;

circumstances. En l'espèce, la Cour d'appel n'a commis aucune erreur susceptible d'annulation en ordonnant la tenue d'un nouveau procès en vertu de son pouvoir discrétionnaire. L'omission de fournir une liste des jurés représentative a miné la confiance du public dans l'administration de la justice.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Arrêts mentionnés : *R. c. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *R. c. Laws* (1998), 41 O.R. (3d) 499; *R. c. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405; *R. c. Bradley (No. 2)* (1973), 23 C.R.N.S. 39; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. Brown* (2006), 215 C.C.C. (3d) 330; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Nahdee*, [1994] 2 C.N.L.R. 158; *R. c. Kokopenace*, 2011 ONCA 536, 107 O.R. (3d) 189; *R. c. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243; *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Pierre c. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321.

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts mentionnés : *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761; *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

Citée par le juge Cromwell (dissident)

R. c. Barrow, [1987] 2 R.C.S. 694; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Born with a Tooth* (1993), 81 C.C.C. (3d) 393; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Yumnu*, 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777; *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761; *R. c. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405; *R. c. Buckingham*, 2007 NLTD 107, 221 C.C.C. (3d) 568; *R. c. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243; *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. Yooya*, [1995] 1 C.N.L.R. 166; *R. c. Teerhuis-Moar*, 2010 MBCA 102, 222 C.R.R. (2d) 207; *R. c. Pan*, 2001 CSC 42, [2001] 2 R.C.S. 344; *R. c.*

R. v. Nahdee, [1994] 2 C.N.L.R. 158; *Pierre v. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360; *R. v. W.E.B.*, 2014 SCC 2, [2014] 1 S.C.R. 34; *R. v. Clark*, 2005 SCC 2, [2005] 1 S.C.R. 6; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; *Morin v. The Queen* (1890), 18 S.C.R. 407; *McLean v. The King*, [1933] S.C.R. 688; *R. v. Bird*, [1984] 1 C.N.L.R. 122; *R. v. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40; *R. v. Cameron* (1991), 2 O.R. (3d) 633; *R. v. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99; *Rojas v. Berlaque*, [2003] UKPC 76, [2004] 1 W.L.R. 201; *R. v. Ellis*, [2011] NZCA 90, [2011] 4 L.R.C. 515.

Statutes and Regulations Cited

Assessment Act, R.S.O. 1990, c. A.31, s. 15.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11, 15, 24(1), 32.
Coroners Act, R.S.O. 1990, c. C.37.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 629, 630, 631, 632, 633, 634 to 638, 639 to 642, 644.
Juries Act, R.S.O. 1990, c. J.3, ss. 2 to 4, 5, 6(1), (2), (5), (8), 8, 9, 12, 15 to 18.1, 19, 38(3).

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 10th ed. by Bryan A. Garner, ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2014, "jury".
 Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book III. Oxford: Clarendon Press, 1768.
 Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV. Oxford: Clarendon Press, 1769.
 Brown, R. Blake. *A Trying Question: The Jury in Nineteenth-Century Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 2009.

Nahdee, [1994] 2 C.N.L.R. 158; *Pierre c. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360; *R. c. W.E.B.*, 2014 CSC 2, [2014] 1 R.C.S. 34; *R. c. Clark*, 2005 CSC 2, [2005] 1 R.C.S. 6; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *Morin c. The Queen* (1890), 18 R.C.S. 407; *McLean c. The King*, [1933] R.C.S. 688; *R. c. Bird*, [1984] 1 C.N.L.R. 122; *R. c. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40; *R. c. Cameron* (1991), 2 O.R. (3d) 633; *R. c. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99; *Rojas c. Berlaque*, [2003] UKPC 76, [2004] 1 W.L.R. 201; *R. c. Ellis*, [2011] NZCA 90, [2011] 4 L.R.C. 515.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11, 15, 24(1), 32.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 629, 630, 631, 632, 633, 634 à 638, 639 à 642, 644.
Loi sur l'évaluation foncière, L.R.O. 1990, c. A.31, art. 15.
Loi sur les coroners, L.R.O. 1990, c. C.37.
Loi sur les jurys, L.R.O. 1990, c. J.3, art. 2 à 4, 5, 6(1), (2), (5), (8), 8, 9, 12, 15 à 18.1, 19, 38(3).

Doctrine et autres documents cités

Black's Law Dictionary, 10th ed. by Bryan A. Garner, ed., St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2014, « jury ».
 Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book III, Oxford, Clarendon Press, 1768.
 Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV, Oxford, Clarendon Press, 1769.
 Brown, R. Blake. *A Trying Question : The Jury in Nineteenth-Century Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2009.

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 27. *The Jury in Criminal Trials*. Ottawa: The Commission, 1980.

Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, vol. 2, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated December 2014, release 114).

Granger, Christopher. *The Criminal Jury Trial in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

Iacobucci, Frank. *First Nations Representation on Ontario Juries: Report of the Independent Review Conducted by The Honourable Frank Iacobucci*. Toronto: Ontario Ministry of the Attorney General, 2013.

Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*. Winnipeg: The Inquiry, 1991.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Goudge, LaForme and Rouleau JJ.A.), 2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481, 306 O.A.C. 47, 285 C.R.R. (2d) 77, 4 C.R. (7th) 67, 299 C.C.C. (3d) 48, [2013] 4 C.N.L.R. 273, [2013] O.J. No. 2752 (QL), 2013 CarswellOnt 7938 (WL Can.), setting aside the accused's conviction for manslaughter and ordering a new trial. Appeal allowed, McLachlin C.J. and Cromwell J. dissenting.

Gillian E. Roberts, Deborah Calderwood and Michael Fawcett, for the appellant.

Jessica Orkin, Delmar Doucette, Andrew Furgiuele and Angela Ruffo, for the respondent.

Brian H. Greenspan, Katherine Hensel and Promise Holmes Skinner, for the intervener the Advocates' Society.

Julian N. Falconer, Julian Roy and Marc E. Gibson, for the intervener the Nishnawbe Aski Nation.

Cheryl Milne and Kim Stanton, for the interveners the David Asper Centre for Constitutional Rights and the Women's Legal Education and Action Fund, Inc. (LEAF).

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 27. *Le jury en droit pénal*, Ottawa, La Commission, 1980.

Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, vol. 2, 2nd ed., Aurora (Ont.), Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated December 2014, release 114).

Granger, Christopher. *The Criminal Jury Trial in Canada*, 2nd ed., Scarborough (Ont.), Carswell, 1996.

Iacobucci, Frank. *La représentation des Premières Nations sur la liste des jurés en Ontario : Rapport de l'examen indépendant mené par l'honorable Frank Iacobucci*, Toronto, Ministère du Procureur général de l'Ontario, 2013.

Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*, Winnipeg, The Inquiry, 1991.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Goudge, LaForme et Rouleau), 2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481, 306 O.A.C. 47, 285 C.R.R. (2d) 77, 4 C.R. (7th) 67, 299 C.C.C. (3d) 48, [2013] 4 C.N.L.R. 273, [2013] O.J. No. 2752 (QL), 2013 CarswellOnt 7938 (WL Can.), qui a annulé la déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et le juge Cromwell sont dissidents.

Gillian E. Roberts, Deborah Calderwood et Michael Fawcett, pour l'appelante.

Jessica Orkin, Delmar Doucette, Andrew Furgiuele et Angela Ruffo, pour l'intimé.

Brian H. Greenspan, Katherine Hensel et Promise Holmes Skinner, pour l'intervenante Advocates' Society.

Julian N. Falconer, Julian Roy et Marc E. Gibson, pour l'intervenante la Nation Nishnawbe Aski.

Cheryl Milne et Kim Stanton, pour les intervenants David Asper Centre for Constitutional Rights et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, inc. (FAEJ).

Mary Eberts, for the interveners the Native Women’s Association of Canada and the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies.

Christa Big Canoe and *Jonathan Rudin*, for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

The judgment of Rothstein, Moldaver, Wagner and Gascon JJ. was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] The right to be tried by a jury of one’s peers is one of the cornerstones of our criminal justice system. It is enshrined in two provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* — the s. 11(*d*) right to a fair trial by an impartial tribunal and the s. 11(*f*) right to a trial by jury. Yet despite the importance of this right, this is the first time the Court has been called upon to determine what efforts the state must make to ensure that a jury is “representative” of the community. In turn, this raises the related questions of how representativeness should be defined and what role it should play in the rights guaranteed by ss. 11(*d*) and 11(*f*) of the *Charter*. In answering these questions, it must be remembered that the right to a representative jury is an entitlement held by the accused that promotes the fairness of his or her trial, in appearance and in reality. It is not a mechanism for repairing the damaged relationship between particular societal groups and our criminal justice system more generally — and it should not be tasked with that responsibility.

[2] In my view, representativeness focuses on the process used to compile the jury roll, not its ultimate composition. Consequently, the state satisfies an accused’s right to a representative jury by providing a fair opportunity for a broad cross-section of society to participate in the jury process. A fair opportunity will be provided when the state makes reasonable efforts to: (1) compile the jury roll using random selection from lists that draw from a

Mary Eberts, pour les intervenantes l’Association des femmes autochtones du Canada et l’Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry.

Christa Big Canoe et *Jonathan Rudin*, pour l’intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Version française du jugement des juges Rothstein, Moldaver, Wagner et Gascon rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] Le droit d’être jugé par un jury formé de ses pairs est l’une des pierres angulaires de notre système de justice pénale. Il est consacré par deux dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* : le droit, prévu par l’al. 11(*d*), à un procès équitable devant un tribunal impartial et le droit, prévu par l’al. 11(*f*), à un procès devant jury. Pourtant, malgré l’importance de ce droit, c’est la première fois que la Cour est appelée à se prononcer sur les efforts que l’État doit déployer pour faire en sorte qu’un jury soit « représentatif » de la collectivité. Cet examen soulève à son tour les questions connexes de la définition que devrait recevoir la représentativité et du rôle qu’elle devrait jouer dans les droits garantis par les al. 11(*d*) et 11(*f*) de la *Charte*. Pour répondre à ces questions, il faut se rappeler que le droit à un jury représentatif est un droit de l’accusé qui favorise l’équité de son procès en apparence et dans les faits. Il ne s’agit pas d’un moyen de réparer la relation mise à mal entre certains groupes de la société et notre système de justice pénale en général, et ce droit ne devrait pas servir à cette fin.

[2] À mon avis, la représentativité met l’accent sur la procédure utilisée pour dresser la liste des jurés, et non sur sa composition finale. L’État respecte donc le droit de l’accusé à un jury représentatif en donnant à un large échantillon de la société une possibilité honnête de participer au processus de sélection des jurés. Une telle possibilité est fournie lorsque l’État déploie des efforts raisonnables pour : (1) dresser la liste des jurés en sélectionnant

broad cross-section of society, and (2) deliver jury notices to those who have been randomly selected. When this process is followed, the jury roll will be representative and the accused's *Charter* right to a representative jury will be respected.

[3] I am satisfied that there were no *Charter* violations in this case. I would accordingly allow the appeal.

II. Background

[4] Clifford Kokopenace is an Aboriginal man from the Grassy Narrows First Nation reserve in the District of Kenora. He was charged with second degree murder for stabbing his friend to death during a fight. After a trial by judge and jury in 2008, he was acquitted of murder but convicted of the lesser included offence of manslaughter. Prior to sentencing, his trial counsel learned that there may have been problems with the inclusion of Aboriginal on-reserve residents on the jury roll for the District of Kenora, which raised questions about the representativeness of the jury in Mr. Kokopenace's case. The trial judge, Stach J., refused to adjourn the proceedings to hear a mistrial application, as he considered himself to be *functus officio*. The representativeness issue was therefore raised for the first time on appeal to the Ontario Court of Appeal.

[5] Before the Court of Appeal, Mr. Kokopenace alleged that his jury was derived from a jury roll that did not adequately ensure the inclusion of Aboriginal on-reserve residents. Because of the allegedly inadequate process used to prepare the jury roll, he argued that his rights under ss. 11(d), 11(f), and 15 of the *Charter* were violated. Voluminous fresh evidence was introduced regarding the efforts Ontario had made, over a period of several years, in preparing the jury rolls for the District of Kenora.

ceux-ci au hasard à partir de listes brutes issues d'un large échantillon de la société et (2) envoyer des avis de sélection de juré aux personnes choisies au hasard. Quand cette procédure est suivie, la liste des jurés est représentative et le droit à un jury représentatif que la *Charte* garantit à l'accusé est respecté.

[3] Je suis convaincu qu'il n'y a pas eu de violations de la *Charte* en l'espèce. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

II. Contexte

[4] Clifford Kokopenace est un Autochtone de la Première Nation de Grassy Narrows dans le district de Kenora. Il a été accusé de meurtre au deuxième degré pour avoir poignardé son ami à mort durant une altercation. Au terme d'un procès devant juge et jury en 2008, il a été acquitté de l'accusation de meurtre, mais déclaré coupable de l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable. Avant le prononcé de la sentence, l'avocat qui le représentait au procès a appris qu'il y avait peut-être eu des irrégularités concernant les mesures prises pour inscrire les résidents autochtones des réserves sur la liste des jurés du district de Kenora, ce qui suscitait des interrogations au sujet de la représentativité du jury dans le cas de M. Kokopenace. Le juge du procès, le juge Stach, a refusé d'ajourner l'instance pour instruire une demande d'annulation du procès puisqu'il se considérait dessaisi de l'affaire. La question de la représentativité a donc été soulevée pour la première fois en appel devant la Cour d'appel de l'Ontario.

[5] En Cour d'appel, M. Kokopenace a prétendu que son jury avait été constitué à partir d'une liste de jurés qui n'assurait pas adéquatement la participation des résidents autochtones des réserves. Comme la liste des jurés serait le fruit d'une procédure inadéquate, il a soutenu que ses droits garantis aux al. 11(d) et 11(f) et à l'art. 15 de la *Charte* avaient été violés. De nouveaux éléments de preuve volumineux ont été présentés relativement aux mesures que l'Ontario avait prises durant plusieurs années pour dresser les listes de jurés du district de Kenora.

[6] The Court of Appeal issued three sets of reasons. Two of the judges — LaForme and Goudge J.J.A. — held that Mr. Kokopenace’s ss. 11(d) and 11(f) rights had been violated and ordered a new trial on that basis. In dissent, Rouleau J.A. held that Ontario had made reasonable efforts to include Aboriginal on-reserve residents in the jury roll. He therefore would have dismissed the appeal. All three judges rejected Mr. Kokopenace’s s. 15 claims.

[7] The Crown now appeals to this Court, and Mr. Kokopenace renews his s. 15 claims.

III. The Jury Selection Process in the District of Kenora

A. *Overview of the Jury Selection Process in Ontario*

[8] To be eligible to serve as a juror in Ontario, individuals must be at least 18 years of age and must be Canadian citizens who reside in Ontario. There are several additional limitations on eligibility, including exemptions related to an individual’s profession or prior criminal record: *Juries Act*, R.S.O. 1990, c. J.3, ss. 2 to 4. Drawing from the pool of eligible individuals, jury selection takes place in three stages:

1. The preparation of the jury roll, composed of individuals who are randomly selected from the community in each judicial district throughout Ontario.
2. The selection of names from the jury roll to make up the jury panels (also known as arrays) for court sittings. Jury panels act as the pools from which trial juries are selected.
3. The selection, from the jury panel, of the trial jury (also known as the petit jury) that will serve on a particular criminal trial.

[6] La Cour d’appel a rendu trois opinions. Deux des juges — les juges LaForme et Goudge — ont conclu que les droits garantis à M. Kokopenace par les al. 11d) et 11f) avaient été violés et ont ordonné la tenue d’un nouveau procès pour cette raison. Le juge Rouleau, dissident, a conclu que l’Ontario avait déployé des efforts raisonnables pour inscrire des Autochtones résidant dans une réserve sur la liste des jurés. Il aurait donc rejeté l’appel. Les trois juges ont tous rejeté les prétentions de M. Kokopenace fondées sur l’art. 15.

[7] Le ministère public se pourvoit maintenant devant notre Cour, et M. Kokopenace réitère ses prétentions fondées sur l’art. 15.

III. Le processus de sélection des jurés dans le district de Kenora

A. *Aperçu du processus de sélection des jurés en Ontario*

[8] Pour être habile à remplir les fonctions de juré en Ontario, la personne doit être âgée d’au moins 18 ans, avoir la citoyenneté canadienne et résider en Ontario. Cette habilité est assortie de plusieurs autres restrictions, dont des exemptions liées à la profession de la personne ou à sa possession d’un casier judiciaire : *Loi sur les jurys*, L.R.O. 1990, c. J.3, art. 2 à 4. La sélection des jurés se fait en trois étapes à partir du bassin des personnes habiles :

1. La préparation de la liste des jurés, composée de personnes sélectionnées au hasard dans la collectivité de chaque district judiciaire de l’Ontario.
2. La sélection des personnes inscrites sur la liste des jurés qui formeront le tableau des jurés lors des sessions du tribunal. Les tableaux des jurés constituent les bassins à partir desquels les jurés sont sélectionnés pour les procès.
3. La sélection du jury (également connu sous le nom de petit jury), à partir du tableau des jurés, qui remplira ses fonctions dans un procès criminel donné.

[9] In Ontario, the first two stages are governed by the *Juries Act* and the third stage is governed by the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The respondent's challenge is to the first stage of the process — the preparation of the jury roll.

[10] The *Juries Act* requires that a jury roll be prepared by provincial officials each year for every judicial district in Ontario. The same roll is used for all trials in a district in a given calendar year. Under s. 6(2) of the *Juries Act*, Ontario compiles its jury rolls based on municipal assessment lists obtained from the Municipal Property Assessment Corporation ("MPAC"). Enumeration by MPAC occurs once every three years, and the MPAC lists are not updated between enumerations.

[11] MPAC data does not capture individuals who reside on First Nations reserves. For that reason, s. 6(8) of the *Juries Act* provides a separate process for including on-reserve residents in the jury rolls. Section 6(8) directs:

In the selecting of persons for entry in the jury roll in a county or district in which an Indian reserve is situated, the sheriff shall select names of eligible persons inhabiting the reserve in the same manner as if the reserve were a municipality and, for the purpose, the sheriff may obtain the names of inhabitants of the reserve from any record available.

[12] The aim of both ss. 6(2) and 6(8) is that each municipality or reserve be sent the number of notices that is approximately proportionate to that municipality or reserve's percentage of the total population in the judicial district.

[13] In practice, the sheriff's duties under s. 6(8) are carried out by various provincial and local employees in each judicial district. Staff in the Court Services Division ("CSD") are responsible for virtually the entire process of selecting on-reserve individuals for the jury roll. They obtain lists of on-reserve residents for use in the jury selection process,

[9] En Ontario, les deux premières étapes sont régies par la *Loi sur les jurys* tandis que la troisième est régie par le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. La contestation de l'intimé vise la première étape du processus : la préparation de la liste des jurés.

[10] La *Loi sur les jurys* exige qu'une liste de jurés soit préparée chaque année par des fonctionnaires provinciaux pour chacun des districts judiciaires de l'Ontario. La même liste est utilisée pour tous les procès tenus dans un district au cours d'une année civile donnée. Suivant le par. 6(2) de cette loi, l'Ontario dresse ses listes de jurés en fonction des listes d'évaluation municipale qu'il reçoit de la Société d'évaluation foncière des municipalités (la « SEFM »). Cette dernière effectue un recensement une fois tous les trois ans et ses listes ne sont pas mises à jour entre les recensements.

[11] Les données de la SEFM ne tiennent pas compte des personnes qui habitent dans les réserves des Premières Nations. Voilà pourquoi le par. 6(8) de la *Loi sur les jurys* prévoit une procédure distincte pour inscrire ces résidents sur les listes de jurés. Le paragraphe 6(8) prévoit :

Pour dresser une liste de jurés pour un comté ou un district où se trouve une réserve indienne, le shérif sélectionne le nom des habitants de la réserve habiles à être membres d'un jury comme si la réserve était une municipalité et, à cette fin, il peut obtenir le nom des habitants de la réserve en consultant tout registre disponible.

[12] Les paragraphes 6(2) et 6(8) visent tous deux l'envoi, à chaque municipalité ou réserve, du nombre d'avis de sélection qui est approximativement proportionnel au pourcentage, dans cette municipalité ou réserve, de la population totale du district judiciaire.

[13] En fait, les fonctions attribuées au shérif par le par. 6(8) sont exercées par divers fonctionnaires provinciaux et municipaux dans chaque district judiciaire. Les employés de la Division des services aux tribunaux (la « DST ») sont responsables de presque tout le processus de sélection des habitants d'une réserve qui figureront sur la liste des jurés. Ils

calculate the number of jury notices (also known as questionnaires) that are required, randomly select the on-reserve individuals who will receive notices, prepare the notices, and mail them to the selected recipients. The Provincial Jury Centre (“PJC”) is responsible for providing each CSD office with the number of questionnaires that is required for the mailouts to the on-reserve population. The PJC receives the completed questionnaires from the selected on-reserve individuals and then enters the eligible names into the jury selection system, used to develop the jury roll.

B. *PDB #563 and the Lists Used for Section 6(8) Purposes*

[14] PDB #563 was the policy directive from the Ontario Ministry of the Attorney General that provided guidance to CSD staff on the s. 6(8) process at the relevant time. It indicated that CSD staff should

- ascertain, check, and confirm the reserves located in their county or district;
- attempt to obtain band electoral lists, or any other accurate lists of residents, by writing letters, telephoning, or visiting the reserves in the district;
- calculate the number of questionnaires to be sent to on-reserve residents;
- randomly select the required number of individuals to whom questionnaires were to be sent from the best possible list; and
- provide interim and final reports to the PJC at certain points in the process.

[15] PDB #563 encouraged staff to attempt to obtain the best lists of on-reserve residents available.

obtiennent les listes des résidents d’une réserve qui seront utilisées dans le processus de sélection des jurés, calculent le nombre d’avis de sélection de juré requis (également appelés questionnaires), sélectionnent aléatoirement les habitants d’une réserve qui recevront des avis de sélection, préparent les avis de sélection et les envoient par courrier aux destinataires choisis. Le Centre provincial de sélection des jurés (le « CPSJ ») est chargé de fournir à chaque bureau de la DST le nombre de questionnaires qu’il faut envoyer par la poste aux résidents des réserves. Le CPSJ reçoit les questionnaires remplis par les habitants de la réserve sélectionnés, puis inscrit le nom des personnes habiles dans le système de sélection des jurés utilisé pour dresser la liste des jurés.

B. *La PDB n° 563 et les listes utilisées pour l’application du par. 6(8)*

[14] La PDB n° 563 était la directive d’orientation du ministère du Procureur général de l’Ontario qui servait de guide au personnel de la DST pour appliquer la procédure prévue par le par. 6(8) à l’époque en cause. Elle indiquait que les employés de la DST doivent :

- établir, vérifier et confirmer les réserves situées dans leur comté ou district;
- tenter d’obtenir les listes électorales des bandes ou toute autre liste exacte de résidents, en écrivant des lettres, en téléphonant ou en visitant les réserves du district;
- calculer le nombre de questionnaires à envoyer aux résidents des réserves;
- sélectionner au hasard le nombre nécessaire de personnes à qui il faut envoyer des questionnaires à partir de la meilleure liste disponible;
- fournir des rapports provisoires et finaux au CPSJ à certains stades du processus.

[15] La PDB n° 563 encourageait les employés à tenter d’obtenir les meilleures listes disponibles

To this end, it directed staff to seek band electoral lists “or any other accurate list of residents”.

[16] PDB #563 also indicated that lists provided by the federal government department known at the time as Indian and Northern Affairs Canada (“INAC”) were not the best possible lists because they included the names of band members who did not reside on the reserve. However, if CSD staff were unsuccessful in their attempts to obtain a better list from the band, the general practice was to use the INAC lists. Until 2001, INAC regularly provided its lists to Ontario for the purposes of s. 6(8). However, in 2001, INAC stopped providing the CSD with band lists, ostensibly because of privacy concerns. From that point on, CSD employees’ attempts to obtain lists directly from the First Nations reserves became increasingly important, as the INAC lists grew more outdated with each passing year.

C. The Compilation of Jury Rolls in the District of Kenora

[17] The District of Kenora contains a large number of reserves, which are associated with approximately 46 different First Nations. The on-reserve adult population makes up between 21 to 32 percent of the adult population of the district.

[18] There has been a significant decline in the rates of response to jury notices from on-reserve residents in the District of Kenora over the years. In 1993, the return rate for completed jury questionnaires in the district was approximately 33 percent for on-reserve residents and 60 to 70 percent for off-reserve communities: *R. v. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 114. Around that time, the Kenora CSD office began including an additional letter with the jury notices sent to on-reserve residents to help recipients understand the jury process. Although the letter was written in English, a translation in Ojibway and Oji-Cree syllabics

de résidents des réserves. Elle chargeait à cette fin les employés de solliciter les listes électorales des bandes [TRADUCTION] « ou toute autre liste exacte de résidents ».

[16] En outre, la PDB n° 563 indiquait que les listes fournies par le ministère fédéral connu à l’époque sous le nom d’Affaires indiennes et du Nord Canada (l’« AINC ») n’étaient pas les meilleures listes disponibles parce qu’elles comprenaient le nom des membres d’une bande qui n’habitaient pas la réserve. Par contre, si les employés de la DST ne réussissaient pas à obtenir une meilleure liste auprès de la bande, ils avaient pour pratique courante d’utiliser les listes d’AINC. Jusqu’en 2001, AINC fournissait régulièrement ses listes à l’Ontario pour l’application du par. 6(8). Toutefois, cette année-là, AINC a cessé de fournir les listes des bandes à la DST, apparemment par souci de respect de la vie privée. Depuis ce temps, la nécessité des démarches prises par les employés de la DST pour obtenir des listes directement auprès des réserves des Premières Nations s’est fait de plus en plus sentir, les listes d’AINC devenant de plus en plus désuètes d’une année à l’autre.

C. L’établissement des listes de jurés dans le district de Kenora

[17] Le district de Kenora compte un grand nombre de réserves, qui sont associées à environ 46 Premières Nations différentes. Les adultes des réserves représentent entre 21 et 32 p. 100 de la population adulte du district.

[18] Le taux de réponse aux avis de sélection de juré chez les résidents des réserves dans le district de Kenora a connu un déclin important au fil des ans. En 1993, le taux de renvoi des questionnaires remplis des jurés dans le district était d’environ 33 p. 100 chez les résidents des réserves et d’environ 60 à 70 p. 100 chez les collectivités hors réserve : *R. c. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 114. À cette époque, le bureau de la DST de Kenora a commencé à joindre une lettre additionnelle aux avis de sélection de juré destinés aux résidents des réserves pour les aider à comprendre le processus de sélection des jurés. La lettre

was also enclosed. Despite the provision of this letter, the response rate from on-reserve residents did not increase. By 2002, it had dropped to 15.8 percent, and by 2008 (the year at issue in this appeal), it had declined to 10 percent.

(1) The Delivery of Jury Notices to On-Reserve Residents in the District of Kenora

[19] Many of the First Nations communities in the District of Kenora are remote and are accessible only by air. In these communities, individuals typically do not have mailboxes at their place of residence. Some have a community mailbox or an individual box in the post office. For other individuals, mail is held at the post office and they must retrieve it from the postal clerk.

[20] When jury notices are sent to on-reserve residents, they are sent “General Delivery”. Mail delivered in this manner is sent to the community post office, but not to individual or community postal boxes. Post office employees then carry out a practice known as a “knowledge sort”, in which they attempt to deliver the notices to the community mailbox or post office boxes of the recipients. Postal clerks tend to be familiar with the residents in these small communities and, if they know the recipient, they will put the letter in the recipient’s community mailbox or post office box instead of returning it to the sender. Where there is no listed postal box or the postal clerks do not know the recipient, postal clerks put the mail aside and cross-reference the name against the customer list in an attempt to determine the correct postal box. Mail that is not claimed within 30 days and has not been delivered to a community mailbox or post office box is typically returned to the sender by the post office.

était écrite en anglais, mais une traduction en ojibwé et en oji-cri était également jointe. Malgré l’ajout de cette lettre, le taux de réponse des résidents des réserves n’a pas augmenté. En 2002, il avait chuté à 15,8 p. 100 et en 2008 (l’année en cause dans le présent pourvoi), il avait baissé à 10 p. 100.

(1) L’envoi d’avis de sélection de juré aux résidents des réserves dans le district de Kenora

[19] Bon nombre des collectivités des Premières Nations du district de Kenora sont isolées et accessibles uniquement par voie aérienne. Les habitants de ces collectivités ne possèdent généralement pas de boîte aux lettres à leur lieu de résidence. Certains disposent d’une boîte postale communautaire ou possèdent une case postale individuelle au bureau de poste. Pour d’autres personnes, le courrier est conservé au bureau de poste et elles doivent le récupérer auprès du commis des postes.

[20] Les avis de sélection de juré destinés aux résidents d’une réserve sont envoyés à une adresse de « poste restante ». Le courrier distribué de cette façon est envoyé au bureau de poste communautaire, mais n’est pas livré à des cases postales individuelles ou communautaires. Les employés des postes font ensuite un tri du courrier selon leur connaissance des habitants de la réserve et tentent ainsi de livrer les avis à la boîte postale communautaire ou aux cases postales des destinataires. Les commis des postes ont tendance à connaître les résidents de ces petites collectivités et, s’ils connaissent le destinataire, ils déposeront la lettre dans sa boîte postale communautaire ou dans sa case postale au lieu de la retourner à l’expéditeur. S’il n’y a pas de case postale désignée ou si les commis ne connaissent pas le destinataire, ils mettent la lettre qui lui est destinée de côté et vérifient si son nom figure sur la liste des clients pour tenter de déterminer la bonne case postale. Le courrier qui n’est pas réclamé dans les 30 jours et qui n’a pas été livré à une boîte postale communautaire ou une case postale est habituellement retourné à l’expéditeur par le bureau de poste.

(2) The Implementation of Section 6(8) in the District of Kenora

[21] During the time period relevant to this appeal, the sheriff's s. 6(8) duties in the District of Kenora were carried out by Ms. Laura Loohuizen, the group leader in the local CSD office. Ms. Loohuizen became involved in s. 6(8) work in 2001, at which time she was given the lists of on-reserve residents used by her predecessor. She was provided with INAC lists for 42 of the 43 reserves that she believed fell within the district. There was no list for the 43rd reserve, Neskantaga/Lansdowne House.

[22] Ms. Loohuizen was not provided with training about the boundaries of the district or about how to carry out s. 6(8) work. However, she made inquiries to the PJC about the process for obtaining updated lists. In carrying out her work, she relied on the directions in PDB #563, instructions from her supervisors in the CSD office, directives given by the PJC, and advice provided by Stach J., a respected and long-serving judge of the Ontario Superior Court of Justice in the District of Kenora. Although Ms. Loohuizen relied on PDB #563, the interim and final reports it envisioned were sometimes not completed — or if completed, failed to contain all the required information. Fully completed reports would have detailed the steps taken to obtain updated lists, the success of those efforts, and the number of questionnaires sent to the reserves.

[23] Ms. Loohuizen made repeated and escalating efforts over the years to obtain updated lists from the reserves. However, she had great difficulty securing cooperation from many of them and often had to carry out her s. 6(8) work based on inaccurate or outdated lists.

(2) La mise en application du par. 6(8) dans le district de Kenora

[21] Durant la période pertinente en l'espèce, les fonctions que le par. 6(8) confie au shérif ont été exercées dans le district de Kenora par Laura Loohuizen, la chef de groupe au bureau local de la DST. Madame Loohuizen a commencé à faire le travail prévu au par. 6(8) en 2001, année durant laquelle elle a reçu les listes de résidents d'une réserve utilisées par son prédécesseur. Elle a reçu les listes d'AINC pour 42 des 43 réserves qui, selon elle, relevaient du district. Aucune liste n'avait été fournie pour la 43^e réserve, Neskantaga/Lansdowne House.

[22] Madame Loohuizen n'a reçu aucune formation concernant les limites du district ou sur la façon d'accomplir le travail prévu au par. 6(8). Toutefois, elle s'est renseignée auprès du CPSJ sur la marche à suivre pour obtenir des listes à jour. Dans l'exercice de ses fonctions, elle s'est fondée sur les directives énoncées dans la PDB n° 563, les consignes de ses superviseurs au bureau de la DST, les directives du CPSJ ainsi que les conseils fournis par le juge Stach, un juge respecté et siégeant depuis longtemps à la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans le district de Kenora. Bien que M^{me} Loohuizen se soit fondée sur la PDB n° 563, les rapports provisoires et finaux qui y sont prévus n'étaient parfois pas achevés — ou s'ils l'étaient, ils ne contenaient pas tous les renseignements nécessaires. Des rapports entièrement terminés auraient exposé en détail les mesures prises pour obtenir des listes à jour, l'efficacité de ces mesures et le nombre de questionnaires envoyés aux réserves.

[23] Madame Loohuizen a déployé des efforts répétés et croissants au fil des ans pour se procurer des listes à jour auprès des réserves. Cependant, elle a eu beaucoup de difficulté à obtenir la collaboration de bon nombre d'entre elles et devait souvent accomplir son travail prévu par le par. 6(8) au moyen de listes inexactes ou désuètes.

D. *Efforts in 2007 for the Preparation of the 2008 Jury Roll*

[24] In 2007, for the first time, the PJC informed Ms. Loohuizen of statistics showing the low rate of response for on-reserve residents. The numbers indicated that in response to the 2006 mailouts (for the 2007 jury roll), the rate of return for on-reserve residents was 10.72 percent compared to an off-reserve response rate of 56 percent. Of the questionnaires that had been sent to on-reserve residents, 72 percent were not returned and 17 percent were returned by the post office as undeliverable — statistics that were markedly worse than those for the off-reserve population.

[25] Ms. Loohuizen communicated these results to Stach J., who had provided advice on the s. 6(8) process from time to time, and it was decided that the number of questionnaires to be sent to on-reserve residents should be increased by almost 50 percent. Her superiors in the Kenora CSD office also decided that Ms. Loohuizen would travel to several reserves in the district to meet with band leadership to discuss jury representativeness issues.

[26] Also in 2007, Ms. Loohuizen inquired about the boundaries of the District of Kenora. Her inquiry was apparently prompted by questions that arose in relation to an upcoming coroner's inquest. After making these inquiries, she discovered that she had inadvertently been excluding two reserves from her s. 6(8) efforts because she had not known that they fell within the district. She also discovered that another reserve on her list, Sandy Lake, had split in two, creating two separate communities. Consequently, there were 46 reserves — not 43 — that should have been included in her s. 6(8) work. She became aware of these errors too late to obtain lists for use in the preparation of the 2008 jury roll. As she still had not succeeded in obtaining a list for Neskantaga/Lansdowne House, that reserve was also excluded from the jury roll process for 2008.

D. *Efforts déployés en 2007 pour dresser la liste des jurés de 2008*

[24] En 2007, pour la première fois, le CPSJ a informé M^{me} Loohuizen des statistiques montrant le faible taux de réponse des résidents des réserves. Les chiffres indiquaient qu'en réponse aux envois de 2006 (pour dresser la liste des jurés de 2007), le taux de renvoi de la part des résidents des réserves était de 10,72 p. 100 comparativement à 56 p. 100, le taux de réponse enregistré chez les résidents hors réserve. Parmi les questionnaires envoyés aux résidents des réserves, 72 p. 100 n'ont pas été retournés et 17 p. 100 ont été retournés par le bureau de poste à titre d'envoi non livrable; ces statistiques étaient nettement inférieures à celles concernant les résidents hors réserve.

[25] Madame Loohuizen a communiqué ces résultats au juge Stach, qui avait donné à l'occasion des conseils sur la procédure établie au par. 6(8), et il a été décidé qu'il fallait envoyer près de 50 p. 100 plus de questionnaires aux résidents des réserves. Les supérieurs de M^{me} Loohuizen au bureau de la DST de Kenora ont également décidé qu'elle visiterait plusieurs réserves du district pour rencontrer les dirigeants des bandes afin de discuter des questions de représentativité des jurys.

[26] En 2007 également, M^{me} Loohuizen s'est renseignée sur les limites du district de Kenora. Sa demande faisait apparemment suite aux questions qui découlaient d'une enquête imminente du coroner. Après avoir demandé ces renseignements, elle s'est rendu compte qu'elle avait exclu par inadvertance deux réserves de ses fonctions prévues par le par. 6(8) parce qu'elle ne savait pas qu'elles relevaient du district. Elle a également constaté qu'une autre réserve figurant sur sa liste, Sandy Lake, s'était scindée en deux, devenant ainsi deux collectivités distinctes. Par conséquent, ce sont 46 réserves — et non 43 — qui auraient dû relever de son travail prévu par le par. 6(8). Elle a constaté ces erreurs trop tard pour pouvoir obtenir des listes en vue de préparer la liste des jurés de 2008. Comme elle n'avait toujours pas réussi à obtenir une liste pour la réserve Neskantaga/Lansdowne House, celle-ci a également été exclue de l'établissement de la liste des jurés pour 2008.

[27] As a result of Ms. Loohuizen's efforts, the 2007 mailouts for the 2008 jury roll were based on the following lists:

- Band lists from 2006 for two First Nations
- Band lists from 2007 for eight First Nations
- INAC lists from 2000 for 32 First Nations
- No lists for four First Nations

[28] Ultimately, only 10 percent of the questionnaires sent to on-reserve residents were returned, and only 5.7 percent of on-reserve residents who returned the questionnaires were eligible to serve as jurors. Mr. Kokopenace's jury was selected from a jury panel of 175 jurors, 8 of whom were on-reserve residents. No on-reserve residents were selected for Mr. Kokopenace's petit jury.

E. *The Iacobucci Report and Efforts Made After 2008*

[29] Since 2008, Ontario has expanded its efforts to include on-reserve residents in the jury selection process. The province has updated its policies, provided formal training on s. 6(8) work, increased the number of questionnaires sent to on-reserve residents, and started tracking statistics about response and delivery rates for those questionnaires. Significantly, in 2011, Ontario appointed the Honourable Frank Iacobucci as an independent reviewer to study the issue of the underrepresentation of Aboriginal on-reserve residents on juries and to make recommendations for resolving the problem. The report detailing his findings was released in 2013, while Mr. Kokopenace's appeal was under reserve at the Court of Appeal: *First Nations Representation on Ontario Juries: Report of the Independent Review Conducted by The Honourable Frank Iacobucci* (2013) ("Iacobucci Report"). The Iacobucci Report

[27] Par suite des efforts déployés par M^{me} Loohuizen, les envois postaux de 2007 pour la préparation de la liste des jurés de 2008 étaient fondés sur les listes suivantes :

- les listes de bandes de 2006 pour deux Premières Nations
- les listes de bandes de 2007 pour huit Premières Nations
- les listes d'AINC de 2000 pour 32 Premières Nations
- aucune liste pour quatre Premières Nations

[28] En fin de compte, seulement 10 p. 100 des questionnaires envoyés aux résidents des réserves ont été retournés, et seulement 5,7 p. 100 de ces personnes qui ont retourné les questionnaires étaient habiles à remplir les fonctions de juré. Le jury dans le procès de M. Kokopenace a été constitué à partir d'un tableau de 175 jurés, dont 8 habitaient une réserve. Aucun résident d'une réserve n'a été sélectionné pour faire partie du petit jury de M. Kokopenace.

E. *Le rapport Iacobucci et les mesures prises après 2008*

[29] Depuis 2008, l'Ontario a élargi ses mesures pour faire participer les résidents des réserves au processus de sélection des jurés. La province a mis ses politiques à jour, offert une formation en bonne et due forme sur les fonctions prévues au par. 6(8), envoyé un nombre accru de questionnaires à ces résidents et commencé à faire le suivi des statistiques concernant les taux de réponse et de distribution pour les questionnaires en cause. Fait important, en 2011, l'Ontario a nommé l'ancien juge Frank Iacobucci à titre d'examineur indépendant pour étudier la question de la sous-représentation des résidents autochtones des réserves dans les jurys et pour formuler des recommandations afin de régler le problème. Le rapport exposant en détail ses conclusions a été rendu public en 2013, alors que l'appel interjeté par M. Kokopenace était en délibéré en Cour d'appel : *La représentation des Premières Nations sur la liste des*

reveals that the problem with the underrepresentation of on-reserve residents is deep-rooted and multi-faceted, and that it extends well beyond the difficulty of obtaining accurate source lists. It explains that the problem is linked to the long history of Aboriginal estrangement from the justice system and the mistrust of that system that has resulted. Since the report's release, Ontario has begun implementing some of its recommendations.

IV. The Decision of the Ontario Court of Appeal, 2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481

[30] The Court of Appeal delivered three sets of reasons. Both LaForme and Goudge J.J.A. concluded that Mr. Kokopenace's ss. 11(d) and 11(f) rights were violated; in contrast, Rouleau J.A. held that there was no *Charter* violation. The court unanimously rejected Mr. Kokopenace's s. 15 claims.

[31] All three judges accepted that the test to determine whether Ontario had met its representativeness obligations was whether it had made reasonable efforts to provide a fair opportunity for groups with distinctive perspectives to be included in the jury roll. They held that reasonable efforts must be made at each step of the process, including compiling the lists, sending the notices, facilitating their delivery and receipt, and encouraging responses.

[32] The majority emphasized that the analysis of Ontario's efforts under s. 6(8) of the *Juries Act* must be guided by both the honour of the Crown and the principles in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688. In its view, Ontario was required to consider the estrangement of Aboriginal peoples from the justice system and to work with First Nations governments to fashion a solution to the problem. According to the majority, it was unreasonable for Ontario to delegate its s. 6(8) responsibilities to Ms. Loohuizen, a junior public servant. Senior government officials

jurés en Ontario : Rapport de l'examen indépendant mené par l'honorable Frank Iacobucci (2013) (« rapport Iacobucci »). Le rapport Iacobucci révèle que le problème de la sous-représentation des résidents des réserves est profondément enraciné, comporte de multiples facettes et déborde largement les difficultés à obtenir des listes brutes exactes. Il explique que le problème est lié à la marginalisation de longue date des Autochtones au sein du système de justice et à la méfiance envers ce système qui en a découlé. Depuis la publication du rapport, l'Ontario commence à mettre en œuvre certaines de ses recommandations.

IV. La décision de la Cour d'appel de l'Ontario, 2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481

[30] La Cour d'appel a rendu trois opinions. Les juges LaForme et Goudge ont tous deux conclu qu'il y avait eu violation des droits garantis à M. Kokopenace par les al. 11d) et 11f); par contre, le juge Rouleau a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de la *Charte*. La Cour d'appel a rejeté à l'unanimité les prétentions de M. Kokopenace fondées sur l'art. 15.

[31] Les trois juges ont tous reconnu que, pour déterminer si l'Ontario s'était acquitté de ses obligations de représentativité, le tribunal devait se demander si la province avait déployé des efforts raisonnables en vue de donner aux groupes ayant des points de vue distincts une possibilité honnête de figurer sur la liste des jurés. Ils ont conclu que des efforts raisonnables doivent être faits à chaque étape du processus, y compris l'établissement des listes, l'envoi des avis, la facilitation de leur livraison et de leur réception de même que l'incitation à y répondre.

[32] Les juges majoritaires ont souligné que l'analyse des efforts déployés par l'Ontario en application du par. 6(8) de la *Loi sur les jurys* doit respecter à la fois l'honneur de la Couronne et les principes établis dans l'arrêt *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688. Selon eux, l'Ontario devait tenir compte de la marginalisation des Autochtones au sein du système de justice et collaborer avec les gouvernements des Premières Nations en vue de trouver une solution au problème. D'après les juges majoritaires, il était déraisonnable pour l'Ontario de déléguer les responsabilités que lui

were required to engage with First Nations in a government-to-government process.

[33] The majority also concluded that Ontario improperly focused all of its attention on efforts to obtain updated lists. It found that the low response rates required Ontario to investigate the causes of the problem and to actively encourage responses from on-reserve residents. Ontario's failure to do so led the majority to conclude that Ontario had ignored the problem and had failed to make reasonable efforts to provide a fair opportunity for the inclusion of Aboriginal on-reserve residents. It followed that Mr. Kokopenace's rights under ss. 11(d) and 11(f) were violated.

[34] In terms of remedy, the majority was satisfied that Mr. Kokopenace received a fair trial and that his jury was not tainted by a reasonable apprehension of partiality or bias. However, the majority found that the violations of ss. 11(d) and 11(f) "necessarily undermine[d] public confidence in the integrity of the justice system and the administration of justice" (para. 227). Consequently, it concluded that the only effective remedy was a new trial.

[35] In dissent, Rouleau J.A. found that Ontario's efforts were reasonable in light of what was known at the time. He emphasized that at the time relevant to this appeal, everyone was under the impression that the low response rates were caused by the outdated lists — indeed, the problems with the lists were the main focus of Mr. Kokopenace's arguments before the Court of Appeal. It was only after the Iacobucci Report was released that the complexity of the problem became clear. In his view, the majority's criticisms were misplaced because they were based on information that was unknown to Ontario at the time.

[36] Rouleau J.A. also concluded that the low response rates did not mean that on-reserve residents had a reduced opportunity to participate. In

attribue le par. 6(8) à M^{me} Loohuizen, une fonctionnaire subalterne. Des hauts dirigeants du gouvernement étaient tenus de s'engager avec les Premières Nations dans des échanges entre gouvernements.

[33] Les juges majoritaires ont également conclu que l'Ontario avait porté à tort toute son attention sur les efforts déployés pour obtenir des listes à jour. D'après eux, le faible taux de réponse obligeait l'Ontario à étudier les causes du problème et à encourager activement les résidents des réserves à répondre. L'inaction de l'Ontario à cet égard a mené les juges majoritaires à conclure qu'il avait négligé le problème et n'avait pas déployé d'efforts raisonnables pour permettre honnêtement la participation des résidents autochtones des réserves. Il s'ensuit que les droits garantis à M. Kokopenace par les al. 11d) et 11f) ont été violés.

[34] En ce qui concerne la réparation, les juges majoritaires étaient convaincus que M. Kokopenace avait bénéficié d'un procès équitable et que le jury n'était pas entaché d'une crainte raisonnable de partialité. Toutefois, ils ont jugé que les violations des al. 11d) et 11f) [TRADUCTION] « min[aient] nécessairement la confiance du public dans l'intégrité du système de justice et l'administration de la justice » (par. 227). Ils ont donc conclu que la seule réparation adéquate était la tenue d'un nouveau procès.

[35] Le juge Rouleau, dissident, a estimé que les efforts déployés par l'Ontario étaient raisonnables compte tenu de ce que l'on savait à l'époque. Il a souligné que, pendant la période en cause dans le présent pourvoi, tout le monde avait l'impression que le faible taux de réponse était imputable aux listes désuètes. En effet, les arguments avancés par M. Kokopenace devant la Cour d'appel portaient principalement sur les failles des listes. Ce n'est qu'après la publication du rapport Iacobucci que la complexité du problème est devenue évidente. À son avis, les critiques des juges majoritaires étaient injustifiées parce qu'elles reposaient sur des renseignements dont n'avait pas connaissance l'Ontario à l'époque.

[36] Le juge Rouleau a également conclu que le faible taux de réponse ne signifiait pas que les résidents des réserves avaient moins l'occasion de

his view, the fact that on-reserve residents had declined the invitation to participate did not lead to the conclusion that Ontario had not provided an opportunity for their inclusion. Ontario's constitutional obligation did not require it to make all efforts or to make fruitless efforts: it was only required to make reasonable efforts to extend an invitation to participate. In his view, Ontario did so. He therefore found that there were no violations of ss. 11(d) or 11(f).

[37] With respect to the s. 15 claims, there were two arguments before the court. First, Mr. Kokopenace sought public interest standing to raise an equality argument on behalf of prospective jurors who were on-reserve residents. Second, he claimed that his personal s. 15 rights had been violated. The Court of Appeal unanimously rejected both claims. The court held that it was not an appropriate case in which to grant public interest standing and, with respect to Mr. Kokopenace's personal s. 15 claim, that he had provided no evidence that he suffered a disadvantage because of Ontario's actions. Consequently, neither claim could succeed.

V. Issues

[38] There are four issues before this Court:

1. How is representativeness defined and how does it factor into ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*?
2. Did Ontario meet its representativeness obligation in this case?
3. Did Ontario violate the s. 15 rights of Mr. Kokopenace or of Aboriginal on-reserve residents who were potential jurors?
4. If Mr. Kokopenace's *Charter* rights were violated, what is the appropriate remedy?

participer au processus. Selon lui, le fait que ces résidents avaient refusé l'invitation à participer ne menait pas à la conclusion que l'Ontario n'avait pas permis leur participation. L'obligation constitutionnelle de l'Ontario n'exigeait pas de lui qu'il déploie tous les efforts possibles ou fasse des efforts inutiles : il n'était tenu que de déployer des efforts raisonnables pour inviter les résidents des réserves à participer au processus. À son sens, c'est ce que l'Ontario a fait. Il a donc conclu qu'il n'y avait pas eu violation des al. 11(d) ou 11(f).

[37] S'agissant des prétentions fondées sur l'art. 15, deux arguments ont été présentés devant le tribunal. Premièrement, M. Kokopenace a cherché à obtenir la qualité pour agir dans l'intérêt public afin d'invoquer un argument relatif au droit à l'égalité au nom des candidats jurés habitant dans des réserves. Deuxièmement, il a fait valoir que ses droits personnels prévus à l'art. 15 avaient été violés. La Cour d'appel a rejeté à l'unanimité les deux prétentions. Elle a décidé qu'il ne convenait pas en l'espèce d'accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public et, pour ce qui est de la prétention personnelle avancée par M. Kokopenace sur le fondement de l'art. 15, ce dernier n'avait aucunement prouvé que les mesures prises par l'Ontario l'avaient défavorisé. Par conséquent, aucune des prétentions ne pouvait être retenue.

V. Questions en litige

[38] Notre Cour est saisie de quatre questions :

1. Comment la représentativité est-elle définie et comment s'inscrit-elle dans l'application des al. 11(d) et 11(f) de la *Charte*?
2. L'Ontario s'est-il acquitté de son obligation de représentativité en l'espèce?
3. L'Ontario a-t-il violé les droits garantis par l'art. 15 à M. Kokopenace ou aux résidents autochtones d'une réserve qui étaient des candidats jurés?
4. S'il y a eu violation des droits garantis à M. Kokopenace par la *Charte*, quelle est la réparation convenable?

VI. Analysis

A. *How Is Representativeness Defined and How Does It Factor Into Sections 11(d) and 11(f) of the Charter?*

(1) Defining Representativeness

[39] Representativeness is an important feature of the jury; however, its meaning is circumscribed. What is required is a “representative cross-section of society, honestly and fairly chosen”: *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, at p. 524. There is no right to a jury roll of a particular composition, nor to one that proportionately represents all the diverse groups in Canadian society. Courts have consistently rejected the idea that an accused is entitled to a particular number of individuals of his or her race on either the jury roll or petit jury: *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65 (C.A.), at pp. 120-21; *R. v. Laws* (1998), 41 O.R. (3d) 499 (C.A.), at pp. 517-18; *R. v. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405 (Man. C.A.), at pp. 421-22; *R. v. Bradley (No. 2)* (1973), 23 C.R.N.S. 39 (Ont. S.C.), at pp. 40-41. As Rosenberg J.A. observed in *Church of Scientology*, at p. 121, “[w]hat is required is a process that provides a platform for the selection of a competent and impartial petit jury, ensures confidence in the jury’s verdict, and contributes to the community’s support for the criminal justice system.”

[40] As this statement indicates, representativeness is about the process used to compile the jury roll, not its ultimate composition. To date, the jurisprudence has discussed two key features of the jury roll process that ensure representativeness: the use of source lists that draw from a broad cross-section of society, and random selection from those sources (*R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 20; *Sherratt*, at p. 525; *Church of Scientology*, at p. 121). I would add a third feature to this list, namely, the delivery of notices to those who have been randomly selected. A jury roll is representative when these three features are present, provided that the state has not deliberately excluded members of a particular group. This process aims to ensure

VI. Analyse

A. *Comment la représentativité est-elle définie et comment s’inscrit-elle dans l’application des al. 11d) et 11f) de la Charte?*

(1) Définition de la représentativité

[39] La représentativité est un aspect important du jury, mais elle a un sens restreint. Il faut un « échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement » : *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, p. 524. Il n’existe aucun droit à une liste de jurés d’une composition précise, ni à une liste qui représente proportionnellement tous les différents groupes de la société canadienne. Les tribunaux ont systématiquement rejeté l’idée que l’accusé a droit à une liste de jurés ou à un petit jury composé d’un nombre précis de membres de sa race : *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65 (C.A.), p. 120-121; *R. c. Laws* (1998), 41 O.R. (3d) 499 (C.A.), p. 517-518; *R. c. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405 (C.A. Man.), p. 421-422; *R. c. Bradley (No. 2)* (1973), 23 C.R.N.S. 39 (C.S. Ont.), p. 40-41. Comme l’a fait remarquer le juge Rosenberg à la p. 121 de l’arrêt *Church of Scientology*, [TRADUCTION] « [i]l faut un processus qui fournit les outils nécessaires à la sélection d’un petit jury compétent et impartial, qui assure la confiance dans le verdict du jury et qui contribue à l’appui manifesté par la collectivité à l’égard du système de justice pénale. »

[40] Comme le montre cette affirmation, la représentativité concerne la procédure utilisée pour dresser la liste des jurés, et non sa composition finale. La jurisprudence a traité à ce jour de deux caractéristiques clés de cette procédure qui garantissent la représentativité : le recours à des listes brutes issues d’un large échantillon de la société et la sélection aléatoire à partir de ces sources (*R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 20; *Sherratt*, p. 525; *Church of Scientology*, p. 121). J’ajouterais à cette liste une troisième caractéristique, soit la distribution des avis aux personnes choisies aléatoirement. La liste des jurés est représentative lorsque ces trois caractéristiques sont présentes, pourvu que l’État n’ait pas délibérément exclu les membres d’un

that there is an opportunity for individuals with varied perspectives to be included on the jury: *Church of Scientology*, at p. 122. It also seeks to preclude systemic exclusion of segments of the population: *ibid.*, at pp. 122-24.

[41] The first feature — the use of source lists that draw from a broad cross-section of society — aims to capture as many eligible jurors in each district as possible. A perfect source list would capture all eligible jurors and would therefore proportionately represent all eligible groups in the district. However, the *Charter* does not mandate a proportionately representative list, nor would such a requirement be feasible. Indeed, it would be virtually impossible to find a source list that meets this requirement.

[42] The second feature — random selection — focuses on the manner in which individuals are selected from the source lists for inclusion on the jury roll.¹ It ensures that everyone captured on the source lists has an equal chance of being selected for the jury roll. Consequently, representativeness cannot require a jury roll of a particular composition. This would necessitate a selection process that inquired into prospective jurors' backgrounds — a concept that is incompatible with random selection. Indeed, no province requires that its jury rolls proportionately represent the cultures, races, religions, or other individual characteristics of its inhabitants. Requiring that a jury roll proportionately represent the different religions, races, cultures, or individual characteristics of eligible jurors would create a number of insurmountable problems. As the Ontario Court of Appeal held in *R. v. Brown* (2006), 215 C.C.C. (3d) 330, at para. 22:

¹ The selection process for juries that serve in criminal jury trials differs in many respects from the selection process for coroners' juries under the *Coroners Act*, R.S.O. 1990, c. C.37. These reasons pertain only to the jury selection process for criminal trials, and I make no comment on the jury selection process under the *Coroners Act*.

groupe donné. Ce processus vise à faire en sorte que des personnes aux points de vue différents fassent partie du jury : *Church of Scientology*, p. 122. Il vise également à empêcher l'exclusion systémique de certains segments de la population : *ibid.*, p. 122-124.

[41] La première caractéristique — le recours à des listes brutes issues d'un large échantillon de la société — vise à obtenir le plus grand nombre possible de personnes habiles à être jurés dans chaque district. Une liste parfaite énumérerait toutes les personnes habiles à être jurés et représenterait donc proportionnellement tous les groupes admissibles dans le district. Or, la *Charte* ne commande pas une liste proportionnellement représentative, et il ne serait pas non plus possible de respecter une telle exigence. En effet, il serait pratiquement impossible de trouver pareille liste brute.

[42] La deuxième caractéristique — la sélection aléatoire — porte sur la façon dont les personnes sont sélectionnées à partir des listes brutes pour faire partie de la liste des jurés¹. Elle garantit que toutes les personnes inscrites sur les listes brutes ont une chance égale d'être sélectionnées pour faire partie de cette liste. Par conséquent, la représentativité ne peut requérir une liste de jurés d'une composition précise. Il faudrait alors un processus de sélection où l'on se renseigne sur les caractéristiques personnelles des candidats jurés, un concept incompatible avec la sélection aléatoire. D'ailleurs, aucune province n'exige que ses listes de jurés représentent proportionnellement les cultures, races, religions ou autres caractéristiques personnelles de ses habitants. Exiger qu'une liste de jurés représente proportionnellement les différentes religions, races, cultures ou autres caractéristiques personnelles des personnes habiles à être jurés engendrerait plusieurs problèmes insolubles. Comme l'a affirmé la Cour d'appel de l'Ontario au par. 22 de l'arrêt *R. c. Brown* (2006), 215 C.C.C. (3d) 330 :

¹ Le processus de sélection des jurys dans des procès criminels diffère à bien des égards de la procédure de sélection des jurys du coroner prévue par la *Loi sur les coroners*, L.R.O. 1990, c. C.37. Les présents motifs portent uniquement sur le processus de sélection des jurys dans des procès criminels et je ne fais aucun commentaire sur la procédure de sélection des jurys prévue par la *Loi sur les coroners*.

There are an almost infinite number of characteristics that one might consider should be represented in the petit jury: age, occupation, wealth, residency, country of origin, colour, sex, sexual orientation, marital status, ability, disability and so on. It would be impossible to ensure this degree of representation in any particular jury.

[43] Although these comments were made in the context of a challenge to the composition of a petit jury, they are equally applicable to the composition of the jury roll. Even if a perfect source list were used, it would be impossible to create a jury roll that fully represents the innumerable characteristics existing within our diverse and multicultural society.

[44] This conclusion is reinforced by the many restrictions we accept on the representativeness of our jury rolls. First, a jury roll is compiled for every judicial district, each of which is itself an artificially drawn region. The population of a given district may not be at all representative of Canada's broader population or of the particular community within that district where the offence was committed: *Church of Scientology*, at p. 121. Second, limitations on juror eligibility result in the exclusion of non-citizens, those convicted of criminal offences, and individuals practising certain professions. Finally, in most provinces, the sheriff has the power to exempt individuals from jury service if it poses a hardship. This typically results in the exclusion of the self-employed, those living in remote areas, and low-income individuals. All of these limits have long been accepted despite their impact on representativeness.

[45] The third feature — delivery — is self-explanatory. In short, before the jury roll can be compiled, the state must deliver notices to those who have been randomly selected in order to allow them to respond. The adequacy of delivery must be assessed on the facts of each case, bearing in mind the particular challenges that this undertaking presents.

[TRANSLATION] Il existe un nombre presque infini de caractéristiques qu'on pourrait considérer comme devant être représentées dans le petit jury : l'âge, la profession, la fortune, la résidence, le pays d'origine, la couleur, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la capacité, l'incapacité, etc. Il serait impossible d'assurer un tel degré de représentativité dans un jury donné.

[43] Bien que ces commentaires aient été formulés dans le contexte d'une contestation de la composition d'un petit jury, ils valent tout autant pour la composition de la liste des jurés. Même si l'on utilisait une liste brute parfaite, il serait impossible d'établir une liste de jurés qui représente entièrement les innombrables caractéristiques présentes dans notre société diversifiée et multiculturelle.

[44] Cette conclusion est renforcée par les nombreuses restrictions acceptées à la représentativité de nos listes de jurés. Premièrement, une liste de jurés est dressée pour chaque district judiciaire, dont chacun est en soi une région artificiellement délimitée. Il se peut que la population d'un district donné ne soit pas du tout représentative de la population générale du Canada ou de la collectivité du district où l'infraction a été commise : *Church of Scientology*, p. 121. Deuxièmement, les restrictions à l'habilité à être juré ont pour effet d'exclure les non-citoyens, les personnes reconnues coupables d'une infraction criminelle et celles qui exercent certaines professions. Enfin, dans la plupart des provinces, le shérif a le pouvoir d'exempter certaines personnes d'agir comme jurés si cela leur impose une contrainte. Cela entraîne généralement l'exclusion des travailleurs autonomes, des personnes habitant dans des endroits isolés et des personnes à faible revenu. Toutes ces restrictions sont acceptées depuis longtemps malgré leur incidence sur la représentativité.

[45] La troisième caractéristique — la distribution — se passe d'explication. En somme, avant que la liste des jurés ne puisse être dressée, l'État doit envoyer des avis aux personnes choisies aléatoirement pour leur permettre de répondre. Le caractère adéquat de la distribution doit être apprécié à la lumière des faits de chaque affaire, compte tenu des défis propres à cette entreprise.

[46] Consequently, in defining representativeness as it pertains to the jury roll, the focus is on the process, not the result. If the state has used an adequate process, the jury roll will necessarily be representative even if particular subsets of the population have few individuals on the jury roll.

(2) The Role of Representativeness Within Sections 11(d) and 11(f) of the Charter

[47] Sections 11(d) and 11(f) of the *Charter* provide:

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

. . .

(f) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

Although representativeness is captured by both ss. 11(d) and 11(f), it plays a different role in these two guarantees, as I will discuss.

(a) *Section 11(d)*

[48] Since s. 11(d) focuses on the independence and impartiality of the tribunal, the role of representativeness under this guarantee is necessarily limited to its effect on these concepts. A problem with representativeness that does not undermine independence or impartiality will not violate s. 11(d). The parties in this case focused on the impartiality aspect of s. 11(d). Accordingly, I will limit my comments to this concept.

[46] Par conséquent, pour définir la représentativité dans le contexte de la liste des jurés, il faut privilégier le processus, et non le résultat. Si l'État a eu recours à une procédure adéquate, la liste des jurés sera forcément représentative même si des groupes précis de la population y sont peu représentés.

(2) Le rôle de la représentativité dans l'application des al. 11d) et 11f) de la Charte

[47] Les alinéas 11d) et 11f) de la *Charte* disposent :

11. Tout inculpé a le droit :

. . .

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

. . .

f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

Bien que la représentativité relève à la fois de l'al. 11d) et de l'al. 11f), elle joue un rôle différent dans le cas de ces deux garanties, comme je vais l'expliquer plus loin.

a) *Alinéa 11d)*

[48] Puisque l'al. 11d) met l'accent sur l'indépendance et l'impartialité du tribunal, le rôle que joue la représentativité dans l'application de cette garantie se limite forcément à son incidence sur ces deux notions. Le problème de représentativité qui ne mine pas l'indépendance ou l'impartialité n'emportera pas violation de l'al. 11d). Les parties à la présente affaire se sont concentrées sur le volet « impartialité » de cet alinéa. Je limiterai donc mes commentaires à cette notion.

[49] To determine whether a tribunal is impartial, the question is whether a reasonable person, fully informed of the circumstances, would have a reasonable apprehension of bias: *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at pp. 684-91; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, at pp. 101, 111-12 and 147-48. A tribunal must be impartial at both the institutional and individual levels. Even if the petit jury does not appear to be biased, s. 11(d) will be violated if the process used to compile the jury roll raises an appearance of bias at the systemic level: *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 140.

[50] Representativeness is an important guarantor of impartiality: *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, at para. 46. There are two potential problems with representativeness that may impact on impartiality. First, the deliberate exclusion of a particular group would cast doubt on the integrity of the process and violate s. 11(d) by creating an appearance of partiality: *Church of Scientology*, at p. 118. Second, even when the state has not deliberately excluded individuals, the state's efforts in compiling the jury roll may be so deficient that they create an appearance of partiality: see, e.g., *R. v. Nahdee*, [1994] 2 C.N.L.R. 158 (Ont. Ct. (Gen. Div.)). However, where neither form of conduct exists, a problem with representativeness will not violate s. 11(d).

[51] One important clarification about the relationship between representativeness and impartiality is in order. The narrow way in which representativeness is defined in Canadian jurisprudence means that impartiality is guaranteed through the process used to compile the jury roll, not through the ultimate composition of the jury roll or petit jury itself. A jury roll containing few individuals of the accused's race or religion is not in itself indicative of bias.

[52] My colleague Cromwell J. implies at para. 238 that a petit jury drawn from a jury roll that does not include persons who share the same characteristics as the accused — here, Aboriginal on-reserve residency — will be less likely to detect and avoid the “often unconscious effects of racism”. However, there is no empirical data to support the

[49] Pour déterminer si un tribunal est impartial, il faut se demander si une personne raisonnable et bien informée des circonstances éprouverait une crainte raisonnable de partialité : *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 684-691; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, p. 101, 111-112 et 147-148. Le tribunal doit être impartial tant sur le plan institutionnel qu'individuel. Même si le petit jury ne semble pas partial, il y a violation de l'al. 11d) si la procédure suivie pour dresser la liste des jurés crée une apparence de partialité sur le plan systémique : *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 140.

[50] La représentativité est un gage important d'impartialité : *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 46. La représentativité peut avoir deux failles susceptibles d'influer sur l'impartialité. Premièrement, l'exclusion délibérée d'un groupe en particulier jetterait un doute sur l'intégrité du processus et violerait l'al. 11d) en créant une apparence de partialité : *Church of Scientology*, p. 118. Deuxièmement, même lorsque l'État n'exclut pas délibérément des personnes, les efforts qu'il déploie pour dresser la liste des jurés peuvent laisser à désirer au point de créer une apparence de partialité : voir, p. ex., *R. c. Nahdee*, [1994] 2 C.N.L.R. 158 (C. Ont. (Div. gén.)). Toutefois, lorsque l'État ne se conduit d'aucune de ces façons, le problème de représentativité ne viole pas l'al. 11d).

[51] Il convient d'apporter une précision importante sur le lien entre la représentativité et l'impartialité. La définition restreinte donnée à la représentativité dans la jurisprudence canadienne signifie que l'impartialité est garantie grâce à la procédure suivie pour dresser la liste des jurés, et non grâce à la composition finale de la liste des jurés ou du petit jury lui-même. La liste des jurés comptant peu de personnes de la même race ou religion que l'accusé ne constitue pas à elle seule un indice de partialité.

[52] Mon collègue le juge Cromwell laisse entendre au par. 238 qu'un petit jury constitué à partir d'une liste de jurés formée de personnes qui ne présentent pas les mêmes caractéristiques que l'accusé — en l'espèce, le résident autochtone d'une réserve — sera moins susceptible de déceler et d'empêcher les « effets souvent inconscients du racisme ».

proposition that jurors of the same race as the accused are necessary to evaluate the evidence in a fair and impartial manner: *Laws*, at p. 516. The case at hand attests to this. There has been no allegation of actual bias or partiality in this case, and the Court of Appeal found that there was “no support in the circumstances of this case” for a reasonable apprehension of bias or partiality (para. 226). Moreover, there has already been a judicial finding that Mr. Kokopenace received a fair trial: *R. v. Kokopenace*, 2011 ONCA 536, 107 O.R. (3d) 189.

[53] Our criminal justice system has a strong presumption of juror impartiality — and the jury selection process contains numerous safeguards that are designed to weed out potentially biased individuals and ensure that the jurors who are selected for the petit jury will judge the case impartially: *Find*, at paras. 26 and 41-42; *Williams*, at para. 47. Contrary to Cromwell J.’s assertion, these protections have never hinged on the existence of a jury roll that proportionately represents the various groups in our society. Although Canadian courts have held that the jury roll must be representative, they have never held that it must be *proportionately* representative, as my colleague suggests.

[54] Several principles emerge from this discussion. First, the link between representativeness and s. 11(d) is restricted to the effect of representativeness on the impartiality of the tribunal. Second, and by extension, a problem with representativeness does not automatically translate into a s. 11(d) violation: one must always look at whether the state’s conduct created an appearance of bias. Finally, representativeness promotes impartiality through the process used to compile the jury roll, not through its ultimate composition.

(b) *Section 11(f)*

[55] In contrast to its limited role in s. 11(d), the role of representativeness in s. 11(f) is broader. Representativeness not only promotes impartiality, it also legitimizes the jury’s role as the “conscience of the

Cependant, aucune donnée empirique ne permet d’affirmer que les jurés doivent être de la même race que l’accusé pour être en mesure d’évaluer la preuve de façon équitable et impartiale : *Laws*, p. 516. La présente affaire en est la preuve. Aucune allégation de partialité réelle n’a été formulée en l’espèce, et selon la Cour d’appel, [TRADUCTION] « rien dans les circonstances de l’espèce » ne justifie une crainte raisonnable de partialité (par. 226). En outre, un tribunal a déjà conclu que M. Kokopenace avait bénéficié d’un procès équitable : *R. c. Kokopenace*, 2011 ONCA 536, 107 O.R. (3d) 189.

[53] Il existe, au sein de notre système de justice pénale, une forte présomption d’impartialité des jurés, et le processus de sélection des jurés comporte de nombreuses mesures de protection conçues pour écarter les personnes potentiellement partiales et garantir que celles choisies pour former le petit jury jugeront l’affaire de façon impartiale : *Find*, par. 26 et 41-42; *Williams*, par. 47. Contrairement à ce qu’affirme le juge Cromwell, ces protections n’ont jamais été tributaires de l’existence d’une liste de jurés qui représente proportionnellement les différents groupes de notre société. Même si les tribunaux canadiens ont conclu que la liste des jurés devait être représentative, ils n’ont jamais affirmé qu’elle devait être *proportionnellement* représentative, comme le soutient mon collègue.

[54] Plusieurs principes se dégagent de cette analyse. Premièrement, le lien entre la représentativité et l’al. 11d) se limite à l’incidence de la représentativité sur l’impartialité du tribunal. Deuxièmement, et par extension, un problème de représentativité n’emporte pas automatiquement violation de l’al. 11d) : il faut toujours examiner si la conduite de l’État a créé une apparence de partialité. Enfin, la représentativité favorise l’impartialité grâce à la procédure suivie pour dresser la liste des jurés, et non grâce à la composition finale de cette liste.

b) *Alinéa 11f)*

[55] Si la représentativité joue un rôle limité dans l’application de l’al. 11d), son rôle dans l’application de l’al. 11f) est important. Non seulement la représentativité favorise l’impartialité, mais elle confère

community” and promotes public trust in the criminal justice system: *Sherratt*, at pp. 523-25; *Church of Scientology*, at pp. 118-20. Representativeness is thus a necessary component of an accused’s s. 11(f) right to a jury trial.

[56] To be able to act as the “conscience of the community” as required by s. 11(f), the jury must be representative. For the purposes of s. 11(f), the meaning of representativeness is the same as it is under s. 11(d): it protects the accused’s right to an adequate jury selection process.

[57] Although both provisions incorporate the same definition of representativeness, the broader role it plays in s. 11(f) creates an important point of distinction: while a problem with representativeness will not necessarily violate s. 11(d), the same cannot be said about s. 11(f). Because representativeness is a key characteristic of the jury, its absence will automatically undermine the s. 11(f) right to a trial by jury. As this Court held in *Sherratt*, at p. 525:

The perceived importance of the jury and the [s. 11(f)] *Charter* right to a jury trial is meaningless without some guarantee that it will perform its duties impartially and represent, as far as is possible and appropriate in the circumstances, the larger community. Indeed, without the two characteristics of impartiality and representativeness, a jury would be unable to perform properly many of the functions that make its existence desirable in the first place. [Emphasis added.]

[58] For these reasons, a problem with representativeness will violate s. 11(f) even if it is not so serious as to undermine impartiality. That said, if a problem with representativeness does undermine impartiality, it will violate both ss. 11(d) and 11(f).

également une légitimité au rôle du jury en tant que « conscience de la collectivité » et renforce la confiance du public dans le système de justice pénale : *Sherratt*, p. 523-525; *Church of Scientology*, p. 118-120. La représentativité est donc une composante essentielle du droit, reconnu à l’accusé par l’al. 11(f), à un procès devant jury.

[56] Pour pouvoir agir à titre de « conscience de la collectivité » comme l’exige l’al. 11(f), le jury doit être représentatif. Pour l’application de l’al. 11(f), la représentativité a le même sens qu’à l’al. 11(d) : elle protège le droit de l’accusé à un processus adéquat de sélection des jurés.

[57] Bien que les deux dispositions donnent le même sens à la représentativité, le rôle élargi qu’elle joue dans l’application de l’al. 11(f) crée une différence importante : bien qu’un problème de représentativité n’emporte pas nécessairement violation de l’al. 11(d), on ne peut pas en dire autant de l’al. 11(f). Comme la représentativité est un élément clé du jury, son absence mine automatiquement le droit, reconnu par l’al. 11(f), à un procès avec jury. Tel que l’a mentionné la Cour dans l’arrêt *Sherratt*, p. 525 :

L’importance perçue du jury et du droit, conféré par [l’al. 11(f) de] la *Charte*, à un procès avec jury n’est qu’il-lusoire en l’absence d’une garantie quelconque que le jury va remplir ses fonctions impartialement et représenter, dans la mesure où cela est possible et indiqué dans les circonstances, l’ensemble de la collectivité. De fait, sans les deux caractéristiques de l’impartialité et de la représentativité, un jury se verrait dans l’impossibilité de remplir convenablement un bon nombre des fonctions qui rendent son existence souhaitable au départ. [Je souligne.]

[58] Pour ces raisons, un problème de représentativité viole l’al. 11(f) même s’il n’est pas grave au point de porter atteinte à l’impartialité. Cela dit, si un problème de ce genre porte atteinte à l’impartialité, il viole tant l’al. 11(d) que l’al. 11(f).

(3) The Legal Test for Representativeness(a) *The Appropriate Test Focuses on the Process Used to Compile the Jury Roll*

[59] Representativeness focuses on the adequacy of the jury selection process. It does not require the state to ensure that any particular perspective is represented on the jury roll, nor does it require the state to ensure that its source lists proportionately represent all groups that are eligible for jury duty. It follows that the test to determine whether the state has complied with its representativeness obligation focuses on the process used throughout jury selection as opposed to the ultimate composition of the jury roll.

[60] The Court of Appeal concluded that the test is whether the state made reasonable efforts to provide a fair opportunity for groups with distinctive perspectives to participate in the jury process. With respect, I would frame the test differently. Shining the spotlight on “distinctive perspectives” is problematic and, in my view, improperly focuses on *who* is being included instead of the *process* for their inclusion. Moreover, it raises thorny questions about what qualifies as a “distinctive perspective” and what characteristics require representation — questions that are not helpful when examining if the process was adequate.

[61] As a result, I would reframe the test as follows. To determine if the state has met its representativeness obligation, the question is whether the state provided a fair opportunity for a broad cross-section of society to participate in the jury process. A fair opportunity will have been provided when the state makes reasonable efforts to: (1) compile the jury roll using random selection from lists that draw from a broad cross-section of society, and (2) deliver jury notices to those who have been randomly

(3) Le critère juridique de la représentativitéa) *Le critère applicable met l'accent sur la procédure suivie pour dresser la liste des jurés*

[59] La représentativité est axée sur le caractère adéquat du processus de sélection des jurés. Elle n'oblige pas l'État à faire en sorte qu'un point de vue en particulier soit représenté sur la liste des jurés ni à garantir que ses listes brutes représentent de façon proportionnelle tous les groupes de personnes habiles à remplir les fonctions de juré. Ainsi, le critère permettant de déterminer si l'État a respecté son obligation de représentativité met davantage l'accent sur le processus utilisé tout au long de la sélection des jurés que sur la composition finale de la liste des jurés.

[60] La Cour d'appel a conclu que le critère consiste à savoir si l'État a déployé des efforts raisonnables pour donner à des groupes ayant des points de vue distincts une possibilité honnête de participer au processus de sélection des jurés. Soit dit en tout respect, je formulerais le critère différemment. Il est problématique de braquer les projecteurs sur les « points de vue distincts » et, à mon avis, cela met à tort l'accent sur *l'identité des personnes* inscrites sur la liste plutôt que sur le *processus* ayant mené à leur sélection. De plus, cette approche soulève des questions épineuses quant à savoir ce qui constitue un « point de vue distinct » et quelles caractéristiques doivent être représentées, questions auxquelles il n'est pas utile de répondre au moment d'examiner si le processus était adéquat.

[61] Par conséquent, je reformulerais le critère en ces termes. Pour déterminer si l'État s'est acquitté de son obligation de représentativité, la question consiste à savoir s'il a donné à un large échantillon de la société une possibilité honnête de participer au processus de sélection des jurés. Pareille possibilité est donnée quand l'État déploie des efforts raisonnables pour : (1) dresser la liste des jurés en sélectionnant ceux-ci au hasard à partir de listes brutes issues d'un large échantillon de la société et

selected. In other words, it is the act of casting a wide net that ensures representativeness. Representativeness is not about targeting particular groups for inclusion on the jury roll.

[62] Before elaborating on the details of this constitutional requirement, I pause to address my colleague Cromwell J.'s critique of this standard. I should not be misunderstood. There is no question that an accused is entitled, under the *Charter*, to a representative jury. I take that as a given. In defining the state's obligation as I have, I am not proposing, as Cromwell J. suggests at para. 249, that an accused is entitled to merely "a 'fair opportunity' to have a representative jury". Nor am I implying that the province need only "make 'reasonable efforts' not to [breach an accused's *Charter* rights]" (para. 250). With respect, Cromwell J.'s criticism is based on our differing views of what representativeness means in Canadian law. Because I would focus on the process used to compile the jury roll, the state's efforts are necessarily important. The reason Cromwell J. concludes that they are not is because he would define representativeness in terms of the jury roll's ultimate composition.

[63] As for my colleague Karakatsanis J., I agree with her conclusion that it is the process that determines whether an accused's right to a representative jury has been respected. However, I do not accept her suggestion that the process can be measured against a standard of objective adequacy. Rather, it is the quality of the state's efforts that will determine if the process is adequate. As the record shows, the compilation of jury rolls is a complex exercise, and many of the factors bearing on the process are not within the state's control. For example, as I will discuss, Ontario was entirely dependent on cooperation from the First Nations in order to obtain adequate lists of their on-reserve residents. According to Karakatsanis J., if the province fails to obtain adequate lists — even if that failure is due to factors outside its control — there will be a violation of representativeness. I cannot

(2) envoyer des avis de sélection de juré aux personnes choisies au hasard. Autrement dit, c'est le fait de ratisser large qui garantit la représentativité. Elle ne consiste pas à cibler des groupes particuliers pour que leurs membres figurent sur la liste des jurés.

[62] Avant d'exposer en détail cette exigence constitutionnelle, je m'arrête ici pour répondre à la critique formulée par mon collègue le juge Cromwell au sujet de cette norme. Comprenez-moi bien. Il ne fait aucun doute que l'accusé a droit, selon la *Charte*, à un jury représentatif. Je tiens cela pour acquis. En définissant comme je l'ai fait l'obligation de l'État, je ne dis pas, comme le suggère le juge Cromwell au par. 249, que l'accusé a uniquement droit à une « "possibilité honnête" d'avoir un jury représentatif ». Je ne sous-entends pas non plus que la province n'a qu'à faire des « efforts raisonnables » pour ne pas porter atteinte aux droits reconnus à l'accusé par la *Charte* (par. 250). Soit dit en tout respect, la critique du juge Cromwell tient à notre désaccord sur le sens de la représentativité en droit canadien. Puisque je mets l'accent sur la procédure utilisée pour dresser la liste des jurés, les efforts de l'État sont forcément importants. Le juge Cromwell conclut qu'ils ne le sont pas parce qu'il définit la représentativité en fonction de la composition finale de la liste des jurés.

[63] Quant à ma collègue la juge Karakatsanis, je fais mienne sa conclusion selon laquelle c'est le processus qui détermine si le droit de l'accusé à un jury représentatif a été respecté. Je n'accepte cependant pas sa proposition qu'il est possible de mesurer le processus en fonction d'une norme objective du caractère adéquat. C'est plutôt la qualité des efforts déployés par l'État qui détermine si le processus est adéquat. Comme l'indique le dossier, l'établissement des listes de jurés est un exercice complexe et bon nombre des facteurs ayant une incidence sur le processus sont indépendants de la volonté de l'État. Par exemple, comme je l'expliquerai, l'Ontario dépendait entièrement de la collaboration des Premières Nations afin d'obtenir des listes adéquates de leurs membres qui vivent dans des réserves. D'après la juge Karakatsanis, lorsque la province ne parvient

accept a test that would find a violation even when the province has taken reasonable steps to compile the jury roll using random selection from broad-based lists and to deliver the notices to those who have been randomly selected.

[64] Similarly, I cannot accept Cromwell J.'s suggestion that the state must actively encourage responses or that, to this end, the state is obliged to address the distressing history of estrangement and discrimination suffered by Aboriginal peoples. There are good reasons why the state's representativeness obligation does not rise to this level and only requires a fair opportunity for participation. Efforts to address historical and systemic wrongs against Aboriginal peoples — although socially laudable — are by definition an attempt to target a particular group for inclusion on the jury roll. Requiring the state to target a particular group for inclusion would be a radical departure from the way the Canadian jury selection process has always been understood.

[65] In coming to this conclusion, I am in no way suggesting that the state should not take action on this pressing social problem. However, an accused's representativeness right is not the appropriate vehicle for this task. This right is held by the accused, not by societal groups. And, because the focus of representativeness is on the process, not the results, the state's constitutional obligation is satisfied by providing a fair opportunity to participate — even if part of the population declines to do so.

[66] That said, if the state deliberately excludes a particular subset of the population that is eligible for jury service, it will violate the accused's right to a representative jury, regardless of the size of the group affected. It is self-evident that the state will not have made reasonable efforts if it deliberately excludes part of the population. Deliberate exclusion

pas à obtenir de listes adéquates — même si cet échec est imputable à des facteurs indépendants de sa volonté — il y a atteinte à la représentativité. Je ne saurais retenir un critère menant à la conclusion qu'il y a atteinte même dans les cas où la province a pris des mesures raisonnables pour dresser la liste des jurés en les sélectionnant au hasard à partir de listes issues d'un large échantillon et envoyer les avis aux personnes choisies au hasard.

[64] Dans le même ordre d'idées, je ne peux accepter la proposition du juge Cromwell que l'État doit inciter activement les gens à participer et qu'il est tenu, à cette fin, de remédier à la marginalisation et à la discrimination navrantes dont ont été victimes les peuples autochtones. Il y a de bonnes raisons pour lesquelles l'obligation de représentativité de l'État ne va pas jusque là et ne requiert qu'une possibilité honnête de participer. Les efforts déployés pour réparer les torts historiques et systémiques causés aux peuples autochtones — quoique louables sur le plan social — visent par définition à cibler un groupe en particulier pour que ses membres figurent sur la liste des jurés. Obliger l'État à cibler un groupe en particulier constituerait un écart radical par rapport à la conception que l'on a toujours eue du processus de sélection des jurés au Canada.

[65] En arrivant à cette conclusion, je n'affirme aucunement que l'État ne devrait pas s'occuper de ce problème social urgent. Toutefois, le droit de l'accusé à la représentativité n'est pas le bon moyen d'accomplir cette tâche. Ce droit appartient à l'accusé, non à des groupes de la société. Et, comme la représentativité est axée sur le processus plutôt que sur les résultats, l'État respecte son obligation constitutionnelle en donnant une possibilité honnête de participer, même si une partie de la population refuse de s'en prévaloir.

[66] Cela dit, si l'État exclut délibérément un certain sous-groupe de personnes habiles à remplir les fonctions de juré, il viole le droit de l'accusé à un jury représentatif, peu importe la taille du groupe touché. Il va de soi que l'État ne déploie pas d'efforts raisonnables s'il exclut délibérément une partie de la population. L'exclusion délibérée mine l'intégrité du

undermines the integrity of the justice system and cannot be tolerated. However, if it is a question of unintentional exclusion, it is the quality of the state's efforts in compiling the jury roll that will determine whether the accused's right to a representative jury has been respected. If the state makes reasonable efforts but part of the population is excluded because it declines to participate, the state will nonetheless have met its constitutional obligation. In contrast, if the state does not make reasonable efforts, the size of the population that has been inadvertently excluded will be relevant. A failure to make reasonable efforts in respect of a small segment of the population will not undermine the overall representativeness of the jury roll because there is no right to proportionate representation. When only a small segment of the population is affected, there will still have been a fair opportunity for participation by a broad cross-section of society.

(b) *The Process for Raising a Challenge to the Representativeness of the Jury Roll*

[67] In my view, if an accused intends to challenge the representativeness of the jury roll, the appropriate time to do so is at the outset of the trial. It is a waste of judicial time and resources to conduct an entire trial only to have representativeness challenged after the fact. Although not an exact parallel, I note that this accords with the typical process for raising a challenge to a jury panel (also known as the array) under s. 629 of the *Criminal Code*. In raising a challenge to the jury roll, the accused should provide an evidentiary basis to show that the province has not met its constitutional obligation. Nevertheless, I recognize that new evidence pointing to serious concerns about the integrity of the jury roll process may on occasion arise in the course of or after the trial. In such cases, I do not foreclose the possibility that a challenge may still be raised: see *R. v. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243 (B.C.C.A.).

[68] The Intervener Advocates' Society submits that, in all cases, the Crown should be required to provide pre-trial disclosure about the province's efforts to meet its representativeness obligation. With respect, I disagree. There will only be a basis to

système de justice et ne saurait être tolérée. Cependant, s'il s'agit d'une exclusion involontaire, c'est la qualité des efforts déployés par l'État pour dresser la liste des jurés qui déterminera si le droit de l'accusé à un jury représentatif a été respecté. Lorsque l'État fait des efforts raisonnables, mais qu'une partie de la population est exclue parce qu'elle refuse de participer, l'État s'acquitte néanmoins de son obligation constitutionnelle. Par contre, si l'État ne déploie pas d'efforts raisonnables, il faut tenir compte du nombre de personnes exclues par inadvertance. L'absence d'efforts raisonnables à l'égard d'une petite couche de la population ne compromet pas la représentativité globale de la liste des jurés parce qu'il n'existe aucun droit à une représentation proportionnelle. Quand seule une petite couche de la population est touchée, un large échantillon de la société a tout de même une possibilité honnête de participer.

b) *La marche à suivre pour contester la représentativité de la liste des jurés*

[67] À mon avis, si l'accusé a l'intention de contester la représentativité de la liste des jurés, il doit le faire au début du procès. Ne contester qu'après coup la représentativité à l'issue de tout un procès constitue un gaspillage du temps et des ressources du tribunal. Quoique le parallélisme ne soit pas parfait, je souligne que cette façon de faire est conforme à la procédure habituelle de récusation du tableau des jurés prévue à l'art. 629 du *Code criminel*. Lorsqu'il conteste la liste des jurés, l'accusé devrait fournir des éléments de preuve montrant que la province a manqué à son obligation constitutionnelle. Je reconnais néanmoins que de nouveaux éléments de preuve faisant état de graves préoccupations quant à l'intégrité de la procédure suivie pour dresser la liste des jurés peuvent parfois surgir pendant ou après le procès. Dans de tels cas, je n'écarte pas la possibilité de présenter une contestation : voir *R. c. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243 (C.A.C.-B.).

[68] L'intervenante Advocates' Society fait valoir que le ministère public devrait être tenu dans tous les cas de fournir avant le procès de l'information sur les efforts déployés par la province pour respecter son obligation de représentativité. Avec égards,

order such disclosure if the trial judge is satisfied that there is an evidentiary foundation for the concern. Absent such foundation, a request for disclosure on this issue amounts to little more than a fishing expedition.

(c) *A Results-Based Test Must Be Rejected*

[69] With respect, I am unable to agree with the results-based test proposed by my colleague, Cromwell J. He would require that the group of individuals on the jury roll be “substantially similar” to a random selection of eligible jurors (paras. 246-47). In other words, he would afford an accused the right to a jury roll that is more or less proportionately representative of the population of eligible jurors in the relevant judicial district. In his view, the representativeness right is not concerned with either the process or with the state’s efforts: he indicates that such factors only become relevant when determining whether a breach of that right is attributable to the state.

[70] I cannot accept that an accused’s right to a representative jury entails an entitlement to proportionate representation at any stage of the jury selection process, including the preparation of the jury roll. Indeed, the recognition of such a right would be unprecedented in Canada. As I have explained, an accused has never been entitled to a jury roll of any particular composition, much less one that proportionately represents the broader population — and with good reason. Put simply, it would be unworkable and would spell the end of the jury system as we presently know it. More than a decade after the *Charter* was enacted, McLachlin J. (as she then was) described the problems that would flow from a requirement of proportionate representation. In her concurring reasons in *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761, at paras. 56-58, she stated:

je ne suis pas de cet avis. Il ne sera justifié d’ordonner la communication de ces renseignements que si le juge du procès est convaincu que la préoccupation est fondée sur la preuve. Sans preuve à l’appui, une demande de communication sur ce point ne constitue guère plus qu’une recherche à l’aveuglette.

c) *Le critère fondé sur les résultats doit être rejeté*

[69] Avec égards, je ne peux souscrire au critère fondé sur les résultats que propose mon collègue le juge Cromwell. Il exigerait que le groupe de personnes figurant sur la liste des jurés « ressemble sensiblement » au résultat d’une sélection aléatoire de personnes habiles à être jurés (par. 246-247). Autrement dit, il conférerait à l’accusé le droit à une liste de jurés qui est plus ou moins proportionnellement représentative de l’ensemble des personnes habiles à être jurés dans le district judiciaire en question. Selon lui, le droit à la représentativité n’a trait ni au processus, ni aux efforts de l’État : il indique que ces facteurs ne sont utiles qu’au moment de déterminer si une atteinte à ce droit est imputable à l’État.

[70] Je ne saurais reconnaître que le droit de l’accusé à un jury représentatif emporte le droit à la représentation proportionnelle à quelque étape que ce soit du processus de sélection des jurés, notamment à celle de la confection de la liste des jurés. En effet, la reconnaissance d’un tel droit serait sans précédent au Canada. Comme je l’ai expliqué, l’accusé n’a jamais eu droit à une liste de jurés d’une composition précise, encore moins à une liste qui représente proportionnellement la population générale, et ce, pour de bonnes raisons. Ce droit serait tout simplement inapplicable et entraînerait la disparition du système de jury dans sa forme actuelle. Plus d’une décennie après l’adoption de la *Charte*, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a décrit les problèmes qui découleraient d’une exigence de représentation proportionnelle. Voici ce qu’elle a écrit dans ses motifs concordants dans *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761, par. 56-58 :

Gonthier J., at p. 787, suggests that a jury must be “impartial, representative and competent”. I agree that a jury must be impartial and competent. But, with respect, the law has never suggested that a jury must be representative. For hundreds of years, juries in this country were composed entirely of men. Are we to say that all these juries were for that reason partial and incompetent?

To say that a jury must be representative is to confuse the means with the end. I agree that representativeness may provide extra assurance of impartiality and competence. I would even go so far as to say that it is generally a good thing. But I cannot accept that it is essential in every case, nor that its absence automatically entitles an accused person to a new trial.

To say that a jury must be representative is to set a standard impossible of achievement. The community can be divided into a hundred different groups on the basis of variants such as gender, race, class and education. Must every group be represented on every jury? If not, which groups are to be chosen and on what grounds? If so, how much representation is enough? Do we demand parity based on regional population figures? Or will something less suffice? I see no need to start down this problematic path of the representative jury, provided the impartiality and competence of the jury are assured. Representativeness may be a means to achieving this end. But it should not be elevated to the status of an absolute requirement.

[71] I understand the Chief Justice to be saying that *proportionate representation* is not a constitutional imperative and would be impossible to achieve in practice. These comments are as valid today as they were 20 years ago. I see no reason for departing from them. My colleague attempts to distinguish *Biddle* on the basis that it dealt with the petit jury stage of jury selection. With respect, this distinction is irrelevant. As I have repeatedly pointed out, there is not a single case in which proportionate representation has been held to be a constitutional requirement at *any* stage of the jury selection process. The practical difficulties the Chief Justice exposed in *Biddle* apply with equal force to both the petit jury and the jury roll.

Le juge Gonthier, à la p. 787, fait remarquer que le jury doit être « impartial, représentatif et compétent ». J’admets que le jury doit être impartial et compétent. En revanche, avec égards, la loi n’a jamais dit que le jury devait être représentatif. Pendant des siècles, les jurys ont été composés exclusivement d’hommes au Canada. Devons-nous en conclure qu’ils étaient tous, pour cette raison, partiaux et incompetents?

Exiger que le jury soit représentatif, c’est confondre la fin et les moyens. Je conviens que la représentativité puisse procurer une garantie supplémentaire d’impartialité et de compétence. J’irais même jusqu’à dire que c’est en général une bonne chose. Par contre, je ne peux admettre que la représentativité est toujours essentielle, ou que son absence donne automatiquement à l’accusé le droit à un nouveau procès.

Exiger la représentativité d’un jury revient à fixer une norme impossible à atteindre. On pourrait partager la collectivité en des centaines de groupes différents sur le fondement de caractéristiques comme le sexe, la race, la classe et l’instruction. Chaque groupe doit-il être représenté au sein de chaque jury? Dans la négative, quels groupes choisir et pour quels motifs? Dans l’affirmative, quelle représentation suffit? Devons-nous exiger la parité fondée sur les statistiques démographiques régionales? Ou pouvons-nous nous contenter de moins? Je ne vois pas l’utilité de s’engager dans cette voie problématique de la représentativité du jury, pourvu que l’impartialité et la compétence du jury soient garanties. La représentativité peut être un moyen d’atteindre cette fin. Mais elle ne devrait pas être élevée au niveau d’exigence absolue.

[71] Si j’ai bien compris les propos de la Juge en chef, la *représentation proportionnelle* n’est pas un impératif constitutionnel et constitue un objectif impossible à atteindre en pratique. Ces commentaires sont tout aussi valables aujourd’hui qu’ils l’étaient il y a 20 ans. Je ne vois aucune raison de m’en écarter. Mon collègue tente d’établir une distinction d’avec *Biddle* du fait que cette affaire portait sur l’étape de la sélection des jurés relative à la constitution du petit jury. Avec égards, cette distinction n’est pas pertinente. Comme je l’ai souligné à maintes reprises, il n’y a pas une seule décision dans laquelle le tribunal a conclu que la représentation proportionnelle était une exigence constitutionnelle à *quelque* étape *que ce soit* du processus de sélection des jurés. Les difficultés pratiques dont fait état la Juge en chef dans *Biddle* touchent autant le petit jury que la liste des jurés.

[72] Justice Cromwell recognizes the problem with defining representativeness broadly. At para. 227, he states:

. . . there could be endless debates about who and what needs to be represented on the jury Defining all of the relevant senses in which a jury should be representative, let alone going about assembling a jury roll that was representative in all of those ways, would pose insurmountable practical problems.

[73] And yet, my colleague’s approach gives rise to the very problems that he himself characterizes as insurmountable. The only way to determine if either the source lists or the ultimate jury roll is “substantially similar” to the broader population is to inquire into the personal characteristics and backgrounds of the individuals on both the source lists and the jury roll, and then compare them to the makeup of the larger population. My colleague recognizes that this would require the province to determine “who and what needs to be represented on the jury”. But what would the focus be? Would it be race? Ethnicity? Religion? Age? Economic status? Sexual identity? How closely must the jury roll resemble the makeup of the population in a particular judicial district before it will be considered “substantially similar”? With respect, my colleague provides no answer to these questions.

[74] Inquiring into prospective jurors’ identities would be a radical departure from the way jury selection has always been understood in Canada. Source lists typically do not reveal individuals’ backgrounds. Nor do jury questionnaires ask individuals to reveal personal characteristics such as race, ethnicity, or religion. To the contrary, the jury selection process has long been based on the respect for juror privacy. Examining potential jurors’ backgrounds at the jury roll stage would impermissibly undermine this principle.

[72] Le juge Cromwell reconnaît que définir la représentativité de façon générale pose problème. Au paragraphe 227, il affirme ce qui suit :

. . . d’interminables débats s’ensuivraient pour savoir qui le jury doit représenter et sur la base de quelles caractéristiques [. . .] Définir toutes les facettes possibles de la représentativité d’un jury — et, de surcroît, dresser une liste des jurés qui les refléterait toutes — présenterait des difficultés d’ordre pratique insurmontables.

[73] Et pourtant, l’approche de mon collègue est à l’origine des problèmes mêmes qu’il qualifie d’insurmontables. Pour déterminer si les listes brutes ou la liste définitive des jurés « ressemblent sensiblement » à la population générale, il faut nécessairement se renseigner sur les caractéristiques et les antécédents personnels des individus figurant tant sur les listes brutes que sur la liste des jurés, et les comparer ensuite à la composition de la population générale. Mon collègue reconnaît que cela obligerait la province à établir « qui le jury doit représenter et sur la base de quelles caractéristiques ». Mais sur quelle caractéristique mettrait-on l’accent? Serait-ce sur la race? L’origine ethnique? La religion? L’âge? La situation économique? L’identité sexuelle? À quel point la liste des jurés et la composition de la population d’un district judiciaire en particulier doivent-elles se ressembler pour être considérées « sensiblement [semblables] »? Avec égards, mon collègue ne répond pas à ces questions.

[74] Se renseigner sur l’identité des candidats jurés représenterait un écart radical par rapport à la conception que l’on a toujours eue de la sélection des jurés au Canada. Habituellement, les listes brutes ne révèlent pas les antécédents des personnes qui y figurent. Dans les questionnaires, on ne demande pas non plus aux personnes de dévoiler leurs caractéristiques personnelles comme leur race, leur origine ethnique ou leur religion. Au contraire, le processus de sélection des jurés est fondé depuis longtemps sur le respect de la vie privée des jurés. Le fait d’examiner les antécédents des candidats jurés lorsque vient le temps de dresser la liste des jurés minerait ce principe de manière inacceptable.

[75] Furthermore, granting an accused the right to a proportionately representative jury roll, as my colleague does, would have a drastic impact on the conduct of criminal trials. Because representativeness is not concerned with securing individuals who share the accused's characteristics, it is irrelevant whether the accused is of the same background as the under-responsive group. If, as Cromwell J. suggests, the accused is entitled to a proportionately representative jury roll, defence counsel would presumably be permitted to access the source lists and the jury roll at the outset of every trial. He or she could then argue that the roll is unrepresentative if *any group's* rate of inclusion does not approximate its percentage of the broader population — assuming we could somehow solve the impenetrable problem of what groups we are talking about.

[76] The effect of this is two-fold. First, it would create a procedural quagmire at the outset of jury trials. Second, if a jury roll is found to be unrepresentative, it cannot be used for any trial — and each judicial district has only a single jury roll for a calendar year. Respectfully, adopting Cromwell J.'s expanded view of representativeness risks compromising, if not crippling, the ability to proceed with jury trials throughout the country.

[77] My colleague seeks to allay these concerns. He maintains that his results-based test will not turn the jury selection process on its head because the problem caused by s. 6(8) of the *Juries Act* is unique to Ontario. Section 6(8) makes the problem with the underrepresentation of on-reserve residents visible in Ontario; he would therefore place heightened obligations on that province.

[78] With respect, it is artificial to suggest that the impact of my colleague's test can be confined to the problem that the s. 6(8) process has revealed. There is likely underrepresentation of on-reserve residents in other provinces, although the problem may be

[75] De plus, conférer à l'accusé le droit à une liste de jurés proportionnellement représentative, comme le fait mon collègue, aurait une incidence radicale sur le déroulement des procès criminels. Puisque la représentativité ne vise pas à garantir que des personnes ayant les mêmes caractéristiques que l'accusé figureront sur la liste des jurés, il est inutile de déterminer si l'accusé provient du même milieu que le groupe sous-représenté. Si, comme le suggère le juge Cromwell, l'accusé a droit à une liste de jurés proportionnellement représentative, l'avocat de la défense serait vraisemblablement autorisé à consulter les listes brutes et la liste des jurés au début de chaque procès. Il pourrait ensuite prétendre que la liste n'est pas représentative si le taux de participation de *quelque groupe que ce soit* ne correspond pas à peu près à son pourcentage de la population générale — à supposer que nous puissions régler d'une quelconque façon la question insoluble de savoir de quel groupe il s'agit.

[76] Cette approche a un double effet. Premièrement, elle créerait un borbier procédural au début des procès devant jury. Deuxièmement, s'il s'avère qu'une liste de jurés n'est pas représentative, elle ne peut être utilisée pour aucun procès — et chaque district judiciaire ne possède qu'une seule liste de jurés pour une année civile. Soit dit en tout respect, si l'on adopte la conception élargie qu'a le juge Cromwell de la représentativité, cela risque de compromettre, voire d'anéantir, la capacité de tenir des procès devant jury partout au pays.

[77] Mon collègue cherche à dissiper ces craintes. Il soutient que son critère fondé sur les résultats ne bouleversera pas le processus de sélection des jurés parce que le problème posé par le par. 6(8) de la *Loi sur les jurys* est propre à l'Ontario. Le paragraphe 6(8) dévoile le problème de la sous-représentation des résidents des réserves en Ontario; le juge Cromwell est donc d'avis d'imposer des obligations accrues à cette province.

[78] Avec égards, il est factice de laisser entendre que le critère de mon collègue n'aura d'incidence que sur le problème mis au jour par le processus établi au par. 6(8). Les résidents des réserves dans d'autres provinces sont sans doute sous-représentés,

less visible. One need only consider the Iacobucci Report to realize this. Either representativeness means actual proportionate representation of the community or it does not. It cannot be the case that the *Charter* protects an accused's right to a jury that proportionately represents groups whose numbers on the jury roll are readily identifiable from available data, but provides little or no assurance of proportionality for groups whose numbers on the jury roll are not so apparent. I cannot agree with my colleague's assertion that his test can be confined to situations involving s. 6(8). In my view, it has much broader implications.

[79] My colleague takes a similar approach to the concern that his test will open the floodgates and give rise to regular and persistent challenges to the jury roll on the basis that it is not proportionately representative. He purports to overcome this concern by offering a simple solution. At paras. 228-29, he states:

These policy and practical considerations mean that we must not enlarge the Crown's disclosure obligations or expose potential jurors to intrusions into their privacy. . . .

The practical effect of protecting individual jurors' privacy is that an accused will rarely be in a position to establish the under-representation of a particular group other than by pointing to an inadequate list or some other significant departure from the random selection principle.

[80] I have two comments about this.

[81] First, my colleague's solution is problematic. An accused who does not know that his constitutional right to a representative jury is being breached, and who has no meaningful way of finding out, is left in the unsatisfactory position of having a right without a remedy.

bien que ce problème soit peut-être moins apparent. On n'a qu'à étudier le rapport Iacobucci pour s'en rendre compte. Soit la représentativité s'entend de la représentation proportionnelle de la collectivité, soit elle n'a pas cette acception. Il est impossible que la *Charte* protège le droit de l'accusé à un jury qui représente proportionnellement des groupes dont le nombre de membres inscrits sur la liste des jurés peut être facilement établi à l'aide des données disponibles, mais n'assure guère ou pas du tout la représentation proportionnelle des groupes dont le nombre de membres figurant sur la liste des jurés n'est pas aussi évident. Je ne puis souscrire à l'affirmation de mon collègue selon laquelle son critère peut être limité aux situations mettant en cause le par. 6(8). À mon sens, ce critère a des ramifications beaucoup plus larges.

[79] Mon collègue aborde de la même façon la crainte que son critère déclenche un déluge et donnera lieu à des contestations périodiques et constantes de la liste des jurés au motif qu'elle n'est pas proportionnellement représentative. Il dit surmonter cette crainte en proposant une solution simple. Voici ce qu'il affirme aux par. 228-229 :

Ces considérations de principe et d'ordre pratique signifient que nous devons nous garder d'élargir la portée des obligations de communication du ministère public ou d'exposer la vie privée des candidats jurés. . .

Concrètement, la protection de la vie privée d'un juré signifie qu'un accusé sera rarement en mesure d'établir la sous-représentation d'un groupe donné à moins de dénoncer le caractère inadéquat d'un registre ou une autre dérogation importante au principe de la sélection aléatoire.

[80] J'ai deux choses à dire à ce sujet.

[81] Tout d'abord, la solution proposée par mon collègue pose problème. L'accusé qui n'est pas au courant de l'atteinte à son droit constitutionnel à un jury représentatif et qui ne peut pas vraiment la découvrir se trouve dans la situation insatisfaisante de la personne qui jouit d'un droit tout en étant privée d'un recours pour le faire respecter.

[82] With respect, I find it incongruous to tell an accused in one breath that he has an important constitutional right and, in the next, render it virtually impossible for him to establish that the right has been infringed. My colleague’s approach to jury representativeness rises and falls with the actual makeup of the jury roll: the characteristics of the individuals on the jury roll would determine whether the accused’s right has been respected. And yet, the data that bears on this crucial question is information that the state cannot legitimately seek out without obliterating our long-held commitment to juror privacy — a principle that my colleague agrees should be maintained. Any test that contains such an inherent contradiction is one that should be rejected.

[83] Second, if my colleague’s test were to prevail, I believe that trial judges would set a low bar for an accused to challenge the representativeness of a jury roll — and it would be far less difficult to meet the required threshold than my colleague suggests. And before long, the jury selection process would become a public inquiry into the historical and cultural wrongs and damaged relationships between particular societal groups and our criminal justice system and the failings of the state to take adequate steps to address them. In turn, this would make it virtually impossible to have a jury trial anywhere in this country — and the administration of criminal justice would suffer a devastating blow.

[84] My colleague responds to this concern by noting that in *Williams*, this Court rejected “slippery slope” arguments that were advanced to oppose efforts to “guard against racism in jury selection” — and yet “the sky has not fallen” (para. 239). He contends that his proposal will have a similarly minor effect on jury trials. With respect, the comparison to *Williams* is flawed.

[85] Unlike my colleague’s proposed test, *Williams* did not involve a significant change to the law governing the jury selection process. The issue in

[82] En toute déférence, il me paraît incongru de dire à l’accusé qu’il jouit d’un important droit constitutionnel et de l’empêcher pratiquement, du même souffle, d’établir qu’il y a eu atteinte à ce droit. La conception qu’a mon collègue de la représentativité du jury dépend de la composition de la liste des jurés : les caractéristiques des personnes inscrites sur la liste indiqueraient si le droit de l’accusé a été respecté. Or, les données qui se rapportent à cette question cruciale sont des renseignements que l’État ne peut légitimement chercher à obtenir sans effacer notre engagement de longue date envers la protection de la vie privée des jurés, un principe qui doit être maintenu, ce dont convient mon collègue. Tout critère qui comporte cette contradiction inhérente doit être rejeté.

[83] Ensuite, si l’on retenait le critère de mon collègue, je crois que le juge du procès fixerait une norme peu exigeante pour l’accusé qui conteste la représentativité d’une liste de jurés et il serait beaucoup plus facile d’atteindre le seuil applicable que l’affirme mon collègue. Et le processus de sélection des jurés deviendrait en peu de temps une enquête publique sur les torts culturels causés dans le passé, la relation mise à mal entre certains groupes de la société et notre système de justice pénale ainsi que l’omission de l’État de prendre les mesures qui s’imposent pour remédier à ces maux. Il serait alors pratiquement impossible de tenir un procès avec jury à quelque endroit que ce soit au pays, et l’administration de la justice pénale en souffrirait énormément.

[84] Mon collègue répond à cette préoccupation en soulignant que dans *Williams*, la Cour a rejeté les arguments du « doigt dans l’engrenage » avancés à l’encontre des mesures visant à « contrer le racisme dans la sélection des jurés » et « le ciel ne nous est pas tombé sur la tête » pour autant (par. 239). Il soutient que sa proposition aura une incidence tout aussi mineure sur les procès devant jury. Soit dit en tout respect, la comparaison avec l’arrêt *Williams* est viciée.

[85] Contrairement au test proposé par mon collègue, l’arrêt *Williams* n’a pas entraîné une modification importante du droit applicable au processus

Williams was whether an accused should be permitted to challenge prospective jurors for cause based on widespread racial bias against Aboriginal people amongst members of the community. The challenge for cause process is a long-standing feature of the Canadian jury selection process. *Williams* simply decided that a particular type of challenge was permissible within the existing challenge for cause framework. Thus, the issue in *Williams* was a narrow one, with limited potential to destabilize our jury system. It must be remembered that a challenge for cause typically involves asking prospective jurors a single question, to which a “yes” or “no” response is required. It does not entail an invasion of privacy or a departure from random selection, nor does it have a significant impact on the jury selection process.

[86] The same cannot be said of my colleague’s approach. To require a proportionately representative jury roll, as he does, would be unprecedented. As I have discussed at length, proportionate representation has never been a feature of our jury selection process. Adopting his suggestion would do away with other well-established principles, such as juror privacy and random selection. In their place, we would have an inquisition into prospective jurors’ backgrounds and a requirement that the state target particular groups for inclusion on the jury roll. This would entail a complete overhaul of our jury selection process. In short, he proposes a sea change in the law — one with far-reaching effects.

[87] Finally, I wish to address my colleague’s assertion that in expressing concerns about his proposed test, I am “oppos[ing] efforts to adapt the jury selection process to guard against racism in jury selection” (para. 239). Nothing could be further from the truth. I firmly believe that the state should do as much as it can to overcome the systemic issues that

de sélection des jurés. Il s’agissait dans cette affaire de déterminer si l’accusé devait être autorisé à demander la récusation motivée de candidats jurés sur le fondement de l’existence de préjugés raciaux largement répandus chez les membres de la collectivité contre les Autochtones. Le processus de récusation motivée est une caractéristique de longue date du processus canadien de sélection des jurés. La Cour a simplement décidé dans *Williams* qu’un type particulier de récusation était permis dans le cadre du régime existant de récusation motivée. En conséquence, la question soulevée dans *Williams* était une question étroite, peu susceptible de déstabiliser notre système de jury. Il faut se rappeler que la demande de récusation motivée consiste généralement à poser aux candidats jurés une seule question, à laquelle ils doivent répondre par « oui » ou par « non ». Elle n’entraîne pas d’atteinte à la vie privée ni de dérogation à la sélection aléatoire, et elle n’a pas non plus d’incidence importante sur le processus de sélection des jurés.

[86] On ne peut pas en dire autant de l’approche préconisée par mon collègue. Exiger comme il le fait une liste de jurés proportionnellement représentative serait sans précédent. Comme je l’ai expliqué en détail, la représentation proportionnelle n’a jamais constitué une caractéristique de notre processus de sélection des jurés. Adopter la solution qu’il propose reviendrait à écarter d’autres principes bien établis, comme le droit à la vie privée des jurés et la sélection aléatoire. Ces principes seraient remplacés par un examen des antécédents des candidats jurés et par l’obligation pour l’État de cibler des groupes particuliers pour les inscrire sur la liste des jurés. Cela donnerait lieu à un remaniement complet de notre processus de sélection des jurés. En bref, il propose une modification radicale du droit — modification dont les effets auraient une grande portée.

[87] Enfin, je tiens à aborder l’affirmation de mon collègue selon laquelle, en exprimant des préoccupations à l’égard du critère qu’il propose, je « [m]’oppos[e] aux efforts de réforme du processus de sélection des jurés pour contrer le racisme dans la sélection des jurés » (par. 239). Rien ne saurait être plus loin de la vérité. Je crois fermement que

have led Aboriginal peoples to mistrust and decline to participate in our justice system. Hopefully that process of healing and reconciliation will occur in the foreseeable future.

[88] In the meantime, what are we to do about jury trials? Are we to force Aboriginal people to participate under threat of imprisonment? Are we to carve out special rules allowing Aboriginal people to volunteer for jury duty, and thereby destroy the concept of randomness that is vital to our jury selection process in criminal trials? Are we to say that an Aboriginal on-reserve resident from the District of Kenora facing charges in Toronto or a similar district with no Aboriginal on-reserve population should be entitled to a change of venue? Are we to say that such an individual cannot get a fair trial in Toronto? Are we to say that other marginalized groups that have similarly strong grievances with our justice system can only get a fair trial if the jury roll proportionately reflects their numbers in a given community? These concerns are real, and my colleague provides no answer to them. He states that there are “many obvious concrete and practical steps that could be taken” to address the problem of low response rates from Aboriginal on-reserve residents (para. 240). However, none of these suggestions address the concerns about his proportionate representation requirement that have been raised by myself and many others — including the current Chief Justice in her reasons in *Biddle*. With respect, the criticism that my colleague levels against me — that I am using “slippery slope” arguments as a means of opposing efforts to confront racism in the jury selection process — is both unfair and unwarranted.

l'État doit faire tout ce qu'il peut pour surmonter les problèmes systémiques qui ont amené les Autochtones à se méfier de notre système de justice et à refuser d'y participer. Ce processus de guérison et de réconciliation s'opérera, espérons-le, dans un avenir prévisible.

[88] Entre-temps, que doit-on faire à propos des procès devant jury? Devons-nous forcer les Autochtones à y participer, sous peine d'emprisonnement? Nous faut-il établir des règles spéciales qui leur permettent de se porter volontaires pour agir comme jurés et abolir par le fait même le principe de la sélection aléatoire, principe essentiel à notre processus de sélection des jurés dans les procès criminels? Faut-il en conclure que le résident autochtone d'une réserve du district de Kenora qui fait l'objet d'accusations à Toronto ou dans un district semblable — où il n'y a pas d'Autochtones vivant dans des réserves — devrait avoir droit à un changement du lieu du procès? Est-ce à dire qu'une telle personne ne peut bénéficier d'un procès équitable à Toronto? Devons-nous en conclure que d'autres groupes marginalisés ayant des griefs tout aussi solides à l'encontre de notre système de justice ne peuvent bénéficier d'un procès équitable que si la liste des jurés est proportionnellement représentative du nombre de membres de ces groupes dans une collectivité donnée? Ces préoccupations sont réelles, et mon collègue n'y répond aucunement. Selon lui, « [i]l existe de nombreux moyens évidents de s'attaquer concrètement » au problème du faible taux de réponse chez les Autochtones qui vivent dans des réserves (par. 240). Cependant, aucune de ces suggestions ne répond aux préoccupations relatives à l'exigence de représentation proportionnelle qu'il propose, préoccupations que moi-même et bien d'autres avons exprimées, notamment la juge en chef actuelle dans les motifs qu'elle a rédigés dans *Biddle*. Avec égards, la critique de mon collègue à mon endroit — selon laquelle je me sers des arguments du « doigt dans l'engrenage » pour m'opposer aux efforts visant à contrer le racisme dans le processus de sélection des jurés — est à la fois injuste et non fondée.

(d) A “Functional Approach” Must Be Rejected

[89] My colleague Karakatsanis J. concludes that representativeness describes “the functioning of the jury as an institution” (para. 151) and that an accused’s right to a representative jury will be violated only when “society would no longer accept that a jury chosen from [the jury roll] could legitimately act on its behalf” (para. 161). She explains that this will occur where an accused can establish the “[i]ntentional exclusion of certain segments of the population from the jury roll” (para. 173). Alternatively, she states that “[s]ubstantial but unintentional exclusion could conceivably be so extensive that the jury roll would no longer be accepted as acting on behalf of, and representing, society” (*ibid.*).

[90] With respect, I have two concerns with this approach.

[91] First, the test my colleague proposes is amorphous and will prove difficult, if not impossible, to apply. It uses vague language, and provides little or no guidance to trial judges. Absent guidance, we are left to ask: When will society no longer accept that a jury chosen from a particular roll could legitimately act on its behalf?

[92] Second, under the guise of broadening the test for representativeness and the state’s attendant constitutional obligations, my colleague proposes a test that would hold the state accountable for factors outside of its control. Under her test, the state will not have met its constitutional obligation if a group comprising a significant portion of a judicial district’s population refuses to participate in the jury process — even if the state has made reasonable efforts to provide that group with a fair opportunity to do so. With respect, I cannot accept such a test.

d) *Il faut rejeter l’« interprétation fonctionnelle »*

[89] Ma collègue la juge Karakatsanis conclut que la représentativité décrit « le fonctionnement du jury en tant qu’institution » (par. 151) et qu’il y a violation du droit de l’accusé à un jury représentatif uniquement lorsque « la société n’admettrait plus qu’un jury constitué à partir de la liste puisse légitimement agir en son nom » (par. 161). Selon elle, c’est ce qui arrive lorsque l’accusé peut établir l’« exclusion délibérée de certaines couches de la population de la liste des jurés » (par. 173). Subsidièrement, elle affirme qu’une « exclusion importante, bien qu’involontaire, peut en théorie être à ce point généralisée que la liste des jurés ne serait plus admise comme groupe agissant au nom de la société et représentant cette dernière » (*ibid.*).

[90] En toute déférence, cette approche me préoccupe à deux égards.

[91] Premièrement, le critère que propose ma collègue est flou et il s’avérera difficile, voire impossible, à appliquer. Il emploie des termes vagues et ne donne que peu ou pas d’indications aux juges de première instance. En l’absence d’indications, il faut se poser la question suivante : à quel moment la société n’admettra-t-elle plus qu’un jury constitué à partir d’une liste donnée puisse légitimement agir en son nom?

[92] Deuxièmement, sous prétexte d’élargir le critère de la représentativité et les obligations constitutionnelles de l’État qui s’y rattachent, ma collègue propose un critère qui tient l’État responsable de facteurs indépendants de sa volonté. Suivant ce critère, l’État ne respecte pas son obligation constitutionnelle si un groupe qui représente une portion importante de la population d’un district judiciaire refuse de participer au processus de sélection des jurés, même si l’État a déployé des efforts raisonnables pour donner à ce groupe une possibilité honnête d’y prendre part. Soit dit en tout respect, je ne peux accepter un tel critère.

B. *Did Ontario Meet Its Representativeness Obligation in This Case?*

[93] In my respectful view, the majority of the Court of Appeal erred in three respects in concluding that Ontario failed to make reasonable efforts. I will discuss each in turn. These three errors of law were central to the majority's reasoning process and undermine their conclusions. Properly analyzed, while not perfect, Ontario's efforts were reasonable.

(1) The Legal Errors in the Majority's Reasons

(a) *The Legal Test*

[94] The principal error in the majority's approach was its reliance on a test that imposed too high a standard. Both LaForme and Goudge JJ.A. required Ontario to go beyond making reasonable efforts to: (1) compile the jury roll using random selection from lists that draw from a broad cross-section of the population, and (2) deliver jury notices to those who have been randomly selected. Rather, they applied a standard that obliged Ontario to actively encourage responses from Aboriginal on-reserve residents by investigating and addressing other causes of the low response rates.

[95] The high standard applied by the majority flowed from their incorrect definition of representativeness. Both judges defined representativeness in relation to the ultimate makeup of the jury roll as opposed to the process used to compile it. Because they defined representativeness in relation to the makeup of the jury roll, the majority concluded that increased efforts were required in the face of low response rates and found that, without such efforts, the jury roll would be unrepresentative. This conclusion does not necessarily follow. To the extent the low rate of return was caused by problems with the source lists or delivery, Ontario was obliged to make reasonable efforts to address the problem. Such

B. *L'Ontario s'est-il acquitté de son obligation de représentativité en l'espèce?*

[93] Soit dit en tout respect, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis trois erreurs en concluant que l'Ontario n'avait pas déployé d'efforts raisonnables. J'analyserai chacune de ces erreurs à tour de rôle. Ces trois erreurs de droit étaient au cœur du raisonnement des juges majoritaires et minaient leurs conclusions. Il appert d'une analyse adéquate que les efforts de l'Ontario, à défaut d'être parfaits, étaient raisonnables.

(1) Les erreurs de droit relevées dans les motifs des juges majoritaires

a) *Le critère juridique*

[94] La principale erreur que les juges majoritaires ont commise dans leur approche était de s'être fondés sur un critère qui imposait une norme trop élevée. Les juges LaForme et Goudge ont tous deux exigé de l'Ontario qu'il fasse davantage que de déployer des efforts raisonnables pour : (1) dresser la liste des jurés en sélectionnant ceux-ci au hasard à partir de listes brutes issues d'un large échantillon de la population et (2) envoyer des avis de sélection de juré aux personnes choisies au hasard. Ils ont plutôt appliqué une norme qui obligeait l'Ontario à encourager activement la participation des résidents autochtones des réserves en étudiant les autres causes du faible taux de réponse et en s'y attaquant.

[95] Les juges majoritaires ont appliqué une norme élevée parce qu'ils avaient mal défini la représentativité. Ils l'ont tous deux définie par rapport à la composition finale de la liste des jurés plutôt qu'au processus utilisé pour l'établir. Comme ils ont défini la représentativité en fonction de la composition de la liste des jurés, les juges majoritaires ont conclu qu'il fallait redoubler d'efforts vu le faible taux de réponse et que, sans de tels efforts, la liste des jurés ne serait pas représentative. Ce n'est pas la conclusion qu'il faut nécessairement tirer. Dans la mesure où le faible taux de réponse était attribuable aux failles des listes brutes ou de la distribution, l'Ontario devait déployer des efforts

problems are part of the process, and are therefore part of Ontario's obligation to provide a fair opportunity. However, Ontario was not required to address any and all causes of the low response rates. It was not required to address systemic problems contributing to the reluctance of Aboriginal on-reserve residents to participate in the jury process. With respect, the majority erred in concluding that Ontario was required to do so.

[96] Moreover, the majority improperly held that Ontario had an obligation to actively encourage responses in order to overcome the low response rates. Ontario's failure to do so was one of the crucial factors underpinning the majority's conclusion that Ontario "ignored" the problem and failed to make reasonable efforts. However, Ontario was not obliged to encourage responses. Its constitutional obligation was satisfied by providing a fair opportunity to participate.

(b) *The Honour of the Crown and Gladue Principles*

[97] The majority also erred by holding that the analysis of Ontario's efforts must be informed by both the estrangement of Aboriginal peoples from the criminal justice system, as discussed in *Gladue*, and the honour of the Crown. There are two reasons why these considerations should not have been taken into account.

[98] First, the honour of the Crown and *Gladue* principles should not have been considered because neither is relevant to the state's obligation to make reasonable efforts to compile the jury roll using random selection from lists that draw from a broad cross-section of society and deliver jury notices to those who have been randomly selected.

raisonnables pour résoudre le problème. Ces failles font partie du processus et s'inscrivent donc dans l'obligation de l'Ontario de donner une possibilité honnête. Cependant, l'Ontario n'était pas tenu de s'attaquer à toutes les causes du faible taux de réponse. Il n'était pas non plus obligé de s'attaquer aux problèmes systémiques contribuant à la réticence des Autochtones vivant dans des réserves à participer au processus de sélection des jurés. Avec égards, les juges majoritaires ont conclu à tort que l'Ontario devait agir ainsi.

[96] En outre, les juges majoritaires ont décidé irrégulièrement que l'Ontario avait l'obligation d'encourager activement les gens à répondre afin de remédier au faible taux de réponse. L'omission de l'Ontario de le faire était l'un des facteurs cruciaux sous-tendant la conclusion des juges majoritaires selon laquelle l'Ontario avait [TRADUCTION] « négligé » le problème et n'avait pas déployé d'efforts raisonnables. Il n'était cependant pas tenu d'encourager la participation. Il a respecté son obligation constitutionnelle en donnant une possibilité honnête de participer.

b) *L'honneur de la Couronne et les principes énoncés dans Gladue*

[97] Les juges majoritaires ont aussi fait erreur en concluant que l'analyse des efforts de l'Ontario devait tenir compte à la fois de la marginalisation des Autochtones au sein du système de justice pénale, thème dont il est question dans l'arrêt *Gladue*, et de l'honneur de la Couronne. Il existe deux raisons pour lesquelles ces considérations n'auraient pas dû être prises en compte.

[98] Premièrement, l'honneur de la Couronne et les principes énoncés dans *Gladue* n'auraient pas dû être pris en considération parce qu'ils n'ont aucun lien avec l'obligation de l'État de déployer des efforts raisonnables pour dresser la liste des jurés en les sélectionnant au hasard à partir de listes brutes issues d'un large échantillon de la société et envoyer des avis de sélection de juré aux personnes choisies au hasard.

[99] Second, the majority incorrectly held that the honour of the Crown was engaged simply because s. 6(8) of the *Juries Act* calls on the government to treat Aboriginal on-reserve residents differently for the purposes of jury selection. While it is true that s. 6(8) deals specifically with Aboriginal on-reserve residents, at bottom, it is an administrative provision. The typical process for compiling jury rolls under s. 6(2) of the *Juries Act* relies on lists that do not capture on-reserve residents. Section 6(8) therefore provides a mechanism for including individuals residing on reserves. It does not create a particular obligation to Aboriginal peoples, nor does it create a need for consultation between the Crown and Aboriginal groups. In these circumstances, the honour of the Crown is not engaged. As this Court emphasized in *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 72, not all interactions between the Crown and Aboriginal peoples engage the honour of the Crown:

... the obligation must be explicitly owed to an Aboriginal group. The honour of the Crown will not be engaged by a constitutional obligation in which Aboriginal peoples simply have a strong interest. Nor will it be engaged by a constitutional obligation owed to a group partially composed of Aboriginal peoples. Aboriginal peoples are part of Canada, and they do not have special status with respect to constitutional obligations owed to Canadians as a whole. But a constitutional obligation explicitly directed at an Aboriginal group invokes its “special relationship” with the Crown . . . [Citation omitted.]

[100] Given that s. 6(8) is an administrative provision governing the creation of the jury roll, it does not meet this criterion. While s. 6(8) is one of the vehicles through which the state fulfils its constitutional obligations under s. 11 of the *Charter*, it is not itself a constitutional obligation. Moreover, s. 11 rights are held by everyone, not merely by Aboriginal peoples. Section 6(8) therefore does not engage

[99] Deuxièmement, les juges majoritaires ont conclu à tort que l’honneur de la Couronne était engagé du simple fait que le par. 6(8) de la *Loi sur les jurys* oblige le gouvernement à traiter différemment les Autochtones qui vivent dans une réserve pour les besoins de la sélection des jurés. Certes, le par. 6(8) porte expressément sur ces Autochtones, mais il s’agit au fond d’une disposition administrative. La procédure régulière de confection des listes de jurés en application du par. 6(2) de la *Loi sur les jurys* s’exécute au moyen de listes où ne figurent pas les résidents des réserves. Le paragraphe 6(8) prévoit donc un mécanisme pour les inclure. Il ne crée pas une obligation particulière envers les peuples autochtones ni un besoin de consultation entre la Couronne et les groupes autochtones. Dans ces circonstances, l’honneur de la Couronne n’est pas engagé. Comme l’a souligné notre Cour dans l’arrêt *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 72, l’honneur de la Couronne n’entre pas en jeu dans toutes les interactions entre la Couronne et les peuples autochtones :

... il doit être explicite que le créancier de l’obligation est un groupe autochtone. L’honneur de la Couronne ne saurait être engagé par une obligation constitutionnelle ayant simplement une grande importance pour les peuples autochtones. Il ne saurait non plus être engagé par une obligation constitutionnelle de la Couronne à l’égard d’un groupe composé partiellement d’Autochtones. Les Autochtones font partie du Canada et ne jouissent pas d’un statut particulier pour ce qui est des obligations constitutionnelles imposées à l’égard de l’ensemble des Canadiens. Cependant, l’obligation constitutionnelle qui vise explicitement un groupe autochtone s’appuie sur la « relation spéciale » de ce groupe avec la Couronne . . . [Référence omise.]

[100] Vu que le par. 6(8) est une disposition administrative régissant la création de la liste des jurés, il ne répond pas à ce critère. Bien que ce paragraphe soit l’un des moyens par lesquels l’État s’acquitte des obligations constitutionnelles que lui impose l’art. 11 de la *Charte*, il n’est pas une obligation constitutionnelle en soi. De plus, les droits garantis par l’art. 11 appartiennent à tous et pas seulement

the honour of the Crown, and the majority erred by using this doctrine to inform its analysis.

[101] By relying on the honour of the Crown and *Gladue* principles, the majority transformed the accused's s. 11 *Charter* rights into a vehicle for repairing the long-standing rupture between Aboriginal groups and Canada's justice system. In doing so, it raised the bar Ontario was obliged to meet to satisfy its representativeness obligation.

[102] This higher standard led the majority to conclude that Ontario was required to engage with First Nations on a government-to-government basis to address the low response rates. It therefore held that Ontario failed to live up to its obligation because it delegated its s. 6(8) duties in the District of Kenora to Ms. Loohuizen. This finding was incorrect. Given that the honour of the Crown was not applicable, there was nothing inappropriate about delegating these duties. In fact, the *Juries Act* explicitly contemplates a local "sheriff" carrying them out.

(c) *The Iacobucci Report*

[103] The majority's third error was its use of hindsight reasoning based on the Iacobucci Report. At the relevant time, it was widely believed that the low response rates were caused by difficulties obtaining accurate lists. This belief endured long after the 2008 jury roll was compiled: see, e.g., *Pierre v. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321, at paras. 68-69. As Rouleau J.A. noted, the parties' arguments before the Court of Appeal indicated that they also viewed the lists as the principal cause of the low response rates.

[104] The Iacobucci Report was released while the Court of Appeal had this appeal under reserve.

aux Autochtones. Le paragraphe 6(8) n'engage donc pas l'honneur de la Couronne et les juges majoritaires ont commis une erreur en utilisant cette règle de droit pour guider leur analyse.

[101] En se fondant sur l'honneur de la Couronne et les principes énoncés dans *Gladue*, les juges majoritaires ont transformé les droits reconnus à l'accusé par l'art. 11 de la *Charte* en un moyen de combler le fossé de longue date entre les groupes autochtones et le système de justice canadien. Ce faisant, ils ont haussé la norme à laquelle devait répondre l'Ontario pour s'acquitter de son obligation de représentativité.

[102] Cette norme plus élevée a amené les juges majoritaires à conclure que l'Ontario devait transiger avec les Premières Nations dans une relation de gouvernement à gouvernement pour s'attaquer au faible taux de réponse. Ils ont donc jugé que l'Ontario ne s'était pas acquitté de son obligation parce qu'il avait délégué à M^{me} Loohuizen les responsabilités qu'il devait assumer dans le district de Kenora aux termes du par. 6(8). Cette conclusion était erronée. Puisque l'honneur de la Couronne n'entraîne pas en jeu, la délégation de ces responsabilités n'avait rien d'inapproprié. En fait, la *Loi sur les jurys* prévoit explicitement l'exercice de ces responsabilités par le « shérif » local.

c) *Le rapport Iacobucci*

[103] La troisième erreur que les juges majoritaires ont commise a été de faire un examen rétrospectif fondé sur le rapport Iacobucci. À l'époque en cause, on croyait généralement que le faible taux de réponse était imputable aux difficultés à obtenir des listes à jour. Cette croyance a perduré bien après l'établissement de la liste des jurés de 2008 : voir, p. ex., *Pierre c. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321, par. 68-69. Comme l'a fait remarquer le juge Rouleau, il appert des arguments présentés par les parties devant la Cour d'appel qu'elles considéraient également les listes comme la principale cause du faible taux de réponse.

[104] Le rapport Iacobucci a été rendu public après que la Cour d'appel eut pris la présente affaire

Only after the report was released did it become apparent that the cause of the low response rates was highly complex:

... an examination of that problem [the underrepresentation of individuals living on reserves on Ontario's jury rolls] leads inexorably to a set of broader and systemic issues that are at the heart of the current dysfunctional relationship between Ontario's justice system and Aboriginal peoples in this province. It is these broad problems that must be tackled if we are to make any significant progress in dealing with the underrepresentation of First Nations individuals on juries. [para. 15]

[105] The majority relied on these findings to inform its analysis. This was problematic for two reasons. First, in doing so, it did not analyze Ontario's actions in light of what was understood at the time. Second, even if the conclusions of the Iacobucci Report had been known at the time, Ontario's representativeness obligation would not have required it to address the systemic issues revealed by the report.

(2) Ontario's Efforts Were Reasonable

[106] Assessed in light of what was known at the time and against the proper standard, Ontario's efforts were reasonable. The Court of Appeal raised potential issues with three parts of the process — the lists, the delivery, and the low response rates. I will assess Ontario's efforts against these three markers.

(a) *The Lists*

[107] Two of the judges at the Court of Appeal — Goudge and Rouleau J.J.A. — concluded that Ontario's efforts to address the outdated lists were reasonable. I agree. Although the lists were imperfect, Ontario made reasonable efforts to use updated lists of on-reserve residents. Ms. Loohuizen's attempts to obtain updated lists were persistent and demonstrated a sincere effort to include on-reserve residents.

en délibéré. Ce n'est qu'après la publication du rapport qu'il est devenu évident que la cause du faible taux de réponse était très complexe :

L'examen de ce problème [la sous-représentation en Ontario, sur les listes des jurés, des personnes qui vivent dans des réserves] soulève toutefois inévitablement une série de questions plus vastes, systémiques, qui sont au cœur même des présentes relations dysfonctionnelles entre le système judiciaire ontarien et les Autochtones de cette province. Ce sont ces questions de fond auxquelles nous devons trouver une réponse si nous voulons réellement améliorer la représentation des membres des Premières Nations au sein des jurys. [par. 15]

[105] Les juges majoritaires se sont fondés sur ces conclusions pour guider leur analyse. Cela posait problème pour deux raisons. Tout d'abord, ce faisant, ils n'ont pas analysé les mesures prises par l'Ontario à la lumière de ce que l'on savait à l'époque. Ensuite, même si les conclusions du rapport Iacobucci avaient été connues à l'époque, l'obligation de représentativité de l'Ontario n'aurait pas exigé de lui qu'il s'attaque aux problèmes systémiques dévoilés par le rapport.

(2) Les efforts de l'Ontario étaient raisonnables

[106] Apprécies en fonction de ce que l'on savait à l'époque et en regard de la norme appropriée, les efforts de l'Ontario étaient raisonnables. La Cour d'appel a soulevé des points susceptibles d'être litigieux relativement à trois volets du processus : les listes, la distribution et le faible taux de réponse. Je vais évaluer les efforts de l'Ontario par rapport à ces trois balises.

a) *Les listes*

[107] Deux des juges de la Cour d'appel — les juges Goudge et Rouleau — ont conclu que les efforts déployés par l'Ontario pour résoudre le problème des listes désuètes étaient raisonnables. Je partage leur opinion. Les listes étaient imparfaites, mais l'Ontario a fait des efforts raisonnables pour utiliser des listes à jour des résidents des réserves. Madame Loohuizen a tenté sans relâche d'obtenir des listes à jour et s'est sincèrement efforcée d'inclure ces résidents.

[108] In 2001, Ms. Loohuizen assumed responsibility for the entire cycle of jury selection and requested updated lists from the 42 reserves for which she had INAC lists from the year 2000. In addition to contacting the chiefs, she also contacted the director of Nishnawbe-Aski Legal Services and, on two occasions, attempted to enlist the help of the Deputy Grand Chief of the Nishnawbe Aski Nation. Thus, even at this early stage, she was exploring various avenues for obtaining lists. However, these efforts were unsuccessful and no new lists were obtained.

[109] Although she did not send another request for lists until 2006, this in itself is not objectionable. It must be remembered that the MPAC lists used for off-reserve residents are only updated every three years. Significantly, in the intervening period, Ms. Loohuizen's efforts to address the problem did not stop. In 2004, she conducted a brainstorming session with Stach J., Justice of the Peace Morrison (an Aboriginal Elder), and two of her superiors in the CSD. The session explored, among other things, ways to obtain better lists. After the meeting, Ms. Loohuizen reached out to Justice of the Peace Morrison to ask for his assistance in contacting the Treaty 3 and Treaty 9 communities in the District of Kenora, but received no response.

[110] When she attempted to obtain updated lists in 2006, Ms. Loohuizen contacted the reserves by fax. If she had difficulty reaching reserves in this manner, she attempted to contact the reserves by letter instead. She obtained four updated lists in response to these attempts. As well, the number of questionnaires sent to on-reserve residents was increased 42 percent beyond their proportionate share in an attempt to offset the problems with the lists. These efforts show a meaningful attempt to obtain updated lists and to provide a fair opportunity for the participation of Aboriginal on-reserve residents.

[111] In 2007 (during preparations for the 2008 jury roll), the PJC calculated the Aboriginal on-reserve response rate for the first time since 1993.

[108] En 2001, M^{me} Loohuizen s'est occupée de tout le processus de sélection des jurés et a demandé des listes à jour aux 42 réserves pour lesquelles elle détenait des listes d'AINC remontant à l'année 2000. Elle a communiqué non seulement avec les chefs, mais aussi avec le directeur des Services juridiques de la Nation Nishnawbe Aski et, deux fois, elle a demandé l'aide du grand chef adjoint de cette nation. Par conséquent, même à ce stade précoce, elle examinait différents moyens d'obtenir les listes. Cependant, ces efforts se sont avérés vains et aucune nouvelle liste n'a été obtenue.

[109] Madame Loohuizen n'a pas envoyé d'autre demande de listes avant 2006, mais cela n'est pas en soi inacceptable. Il faut se rappeler que les listes de la SEFM utilisées pour les résidents hors réserve sont mises à jour seulement tous les trois ans. Fait important, M^{me} Loohuizen n'a pas cessé entre-temps de s'attaquer au problème. En 2004, elle a tenu une séance de remue-méninges avec le juge Stach, le juge de paix Morrison (un aîné autochtone) et deux de ses supérieurs à la DST. Durant la séance, ils ont étudié, entre autres, des moyens d'obtenir de meilleures listes. Après la réunion, M^{me} Loohuizen a demandé au juge de paix Morrison de l'aider à entrer en contact avec les collectivités visées par les traités n^{os} 3 et 9 dans le district de Kenora, mais elle n'a reçu aucune réponse de sa part.

[110] Lorsqu'elle a tenté d'obtenir des listes à jour en 2006, M^{me} Loohuizen a transmis aux réserves une lettre par télécopieur. Si elle avait de la difficulté à communiquer avec elles de cette manière, elle essayait alors de leur envoyer une lettre par courrier. Elle a obtenu quatre listes à jour en réponse à ces démarches. De plus, on a envoyé aux résidents des réserves 42 p. 100 plus de questionnaires que leur proportion de la population générale dans le but de compenser les failles des listes. Ces efforts témoignent d'une véritable volonté d'obtenir des listes à jour et de donner aux Autochtones résidant dans les réserves une possibilité honnête de participer.

[111] En 2007 (pendant l'établissement de la liste des jurés de 2008), le CPSJ a calculé, pour la première fois depuis 1993, le taux de réponse des

The 1993 response rate had been 33 percent; the new statistics showed that the response rate had fallen to 10.7 percent. When Ms. Loohuizen was informed of the results, she raised the problem with both Stach J. and her superiors in the CSD, and she increased her efforts to obtain updated lists. In addition to contacting the 43 reserves to which she had sent requests in the previous year, she visited 15 remote reserves to meet with band leadership to discuss the jury process, the province's desire to include more Aboriginal people on jury rolls, and the difficulties obtaining updated band lists. She received eight new band lists in response to these efforts. Despite follow-up letters and phone calls to the other seven reserves, no lists were obtained from those communities.

[112] Ms. Loohuizen also attempted to arrange meetings with the chiefs of four reserves that were close to the city of Kenora, and successfully met with two of them. In addition, she tried to arrange in-person meetings or phone calls with 10 other reserves to discuss the jury issue. These efforts did not result in any updated lists. Again, she followed up with these reserves by sending letters and making phone calls to attempt to secure updated lists. With respect to one reserve alone, she made five follow-up phone calls. This can hardly be described as a situation like *Nahdee*, in which the state simply accepted non-response from the reserves. Rather, Ms. Loohuizen's efforts were both diligent and persistent. Furthermore, to compensate for the problems with the outdated lists, the number of questionnaires sent to on-reserve residents was increased by almost 50 percent.

[113] Taken together, these efforts were a reasonable approach to the problems with the lists. Yet despite these steps, the respondent argues that the flaws with the lists rendered Ontario's efforts unsatisfactory. With respect, I do not accept this argument.

Autochtones vivant dans les réserves. En 1993, le taux de réponse était de 33 p. 100; les nouvelles données ont révélé que le taux de réponse avait chuté à 10,7 p. 100. Quand M^{me} Loohuizen a été informée des résultats, elle a signalé le problème au juge Stach et à ses supérieurs à la DST, et a redoublé d'efforts pour obtenir des listes à jour. En plus de communiquer avec les 43 réserves auxquelles elle avait envoyé des demandes l'année précédente, elle a visité 15 réserves éloignées pour rencontrer les dirigeants des bandes et discuter du processus de sélection des jurés, du désir de la province d'inscrire davantage d'Autochtones sur les listes de jurés et des difficultés à obtenir des listes de bandes à jour. Elle a reçu huit nouvelles listes de bandes à la suite de ces efforts. Bien qu'elle ait envoyé des lettres de suivi aux sept autres réserves et qu'elle les ait appelées, elle n'a reçu aucune liste de leur part.

[112] Madame Loohuizen a aussi essayé d'organiser des rencontres avec les chefs de quatre réserves situées à proximité de la ville de Kenora et deux d'entre eux ont accepté de la rencontrer. De plus, elle a tenté d'organiser des rencontres en personne ou des appels téléphoniques avec les représentants de 10 autres réserves pour discuter de la question des jurés. Madame Loohuizen n'a obtenu aucune liste à jour par suite de ces efforts. Encore une fois, elle a effectué un suivi auprès de ces réserves en leur envoyant des lettres et en les appelant dans le but de recueillir des listes à jour. Elle a fait cinq appels de suivi à l'égard d'une seule réserve. Cette situation ne peut guère être comparée à celle qui prévalait dans l'affaire *Nahdee*, où l'État a simplement accepté l'absence de réponse des réserves. Madame Loohuizen a plutôt essayé avec diligence et persistance d'obtenir des listes. Qui plus est, on a envoyé presque 50 p. 100 plus de questionnaires aux résidents des réserves pour compenser les failles des listes désuètes.

[113] Ensemble, ces efforts constituaient une façon raisonnable de traiter les failles des listes. Or, malgré les mesures prises, l'intimé prétend que les lacunes des listes rendaient insatisfaisants les efforts de l'Ontario. Avec égards, je ne peux me rendre à cet argument.

[114] First and most importantly, Ontario's constitutional obligation does not depend on obtaining perfect lists. The focus is on the efforts to provide an opportunity for participation. As the evidence shows, Ms. Loohuizen's efforts showed a real awareness of the problem. She did the best she could with the lists she received and made ongoing and escalating efforts over the years to obtain better source lists.

[115] In addition, the respondent overstates the significance of the confusion about the boundaries of the judicial district. Ms. Loohuizen had no lists for four reserves because she was unaware that they fell within the District of Kenora. This was evidently a problem. Ontario should have provided better training so that the reserves in the district could be properly identified. However, this oversight affected a relatively small proportion of the reserves. Meaningful efforts were made to include 42 of the 46 reserves. I cannot say that the absence of lists for four reserves was serious enough to create a breach of Ontario's representativeness obligations.

[116] Finally, I take issue with Cromwell J.'s suggestion that the province is constitutionally required to succeed — as opposed to make reasonable efforts — in obtaining accurate source lists. I do not accept his conclusion that compiling the source lists is “quintessentially a state function” and that reasonable efforts by the province therefore cannot save any deficiencies (para. 266). Respectfully, this suggestion rests on a misunderstanding of what the province can and cannot control.

[117] As the record indicates, although Ontario had a great deal of responsibility for the lists, it could only obtain lists of on-reserve residents from the reserves themselves. It had no independent access to this information. Regardless of Ontario's efforts, if the reserves refused to provide source lists for s. 6(8) purposes, the province had no other way of obtaining them. Laying any and all deficiencies at the province's feet paints an inaccurate picture.

[114] Premièrement — et c'est la raison la plus importante —, l'Ontario n'a pas à obtenir de listes parfaites pour s'acquitter de son obligation constitutionnelle. Ce qui importe, ce sont les efforts déployés pour donner la possibilité de participer. Tel que le révèle la preuve, M^{me} Loohuizen a démontré par ses efforts qu'elle connaissait réellement le problème. Elle a fait de son mieux avec les listes reçues et a sans cesse redoublé d'efforts au fil des ans pour obtenir de meilleures listes brutes.

[115] En outre, l'intimé exagère l'importance de la confusion entourant les limites du district judiciaire. Madame Loohuizen ne disposait d'aucune liste pour quatre réserves parce qu'elle ignorait que celles-ci faisaient partie du district de Kenora. Cela posait manifestement problème. L'Ontario aurait dû offrir une meilleure formation pour que les réserves situées dans ce district puissent être correctement identifiées. Par contre, cette erreur a touché une proportion relativement faible des réserves. De véritables efforts ont été déployés pour inclure 42 des 46 réserves. Je ne peux affirmer que l'absence de listes pour quatre réserves était suffisamment grave pour constituer un manquement à l'obligation de représentativité de l'Ontario.

[116] Enfin, je suis en désaccord avec la suggestion de mon collègue le juge Cromwell que la Constitution oblige la province à réussir à obtenir des listes brutes exactes, plutôt qu'à simplement déployer des efforts raisonnables à cette fin. Je n'accepte pas sa conclusion que la compilation des listes brutes est « ressortie essentiellement à l'État » et que les efforts raisonnables déployés par la province ne peuvent donc pas sauvegarder une lacune (par. 266). Soit dit en tout respect, cette suggestion tient à une méprise sur ce que la province peut et ne peut maîtriser.

[117] Comme l'indique le dossier, l'Ontario assumait une grande responsabilité à l'égard des listes, mais il ne pouvait obtenir des listes de résidents des réserves que des réserves elles-mêmes. Il ne pouvait pas recueillir lui-même ces renseignements. Peu importe les efforts déployés par l'Ontario, cette province n'avait aucun autre moyen d'obtenir les listes brutes si les réserves refusaient de les lui fournir pour l'application du par. 6(8). Imputer toutes ces

As I have explained, the compilation of source lists is not something over which Ontario had complete control. For that reason, I am of the view that the appropriate test must focus on the state's efforts, not on whether it succeeded in obtaining updated lists.

[118] In sum, Ontario's efforts to obtain updated lists were reasonable. I am therefore satisfied that Ontario met its representativeness obligation in this regard. This accords with the findings of both Goudge and Rouleau J.J.A.

(b) *The Delivery*

[119] At the Court of Appeal, only Goudge J.A. treated delivery as a separate consideration from the lists. In my view, the evidence renders it virtually impossible to do so. The evidence about mail delivery on reserves indicates that the likelihood of notices reaching the intended recipients was directly linked to the accuracy of the lists. The outdated lists increased the likelihood that notices would be sent to individuals who were no longer residing on a reserve. In these cases, the postal clerks would not be able to deliver them and they would be returned as undeliverable by the post office. The comparatively high number of undeliverable questionnaires must therefore be seen as a symptom of the outdated lists. As I have concluded that the efforts to address the lists were reasonable, I need not address this point further.

[120] As with the lists, Cromwell J. concludes that delivery is "quintessentially a state responsibility" (para. 269). Even if that were so, delivery cannot be disassociated from the lists. Moreover, the post office is not within the province's control, and the province cannot force individuals to pick up their mail. Like the lists, delivery is not entirely within the province's control and a reasonable efforts test is all that is required.

lacunes à la province donne un portrait inexact de la réalité. Comme je l'ai expliqué, la compilation des listes brutes n'est pas entièrement sous l'emprise de l'Ontario. C'est pourquoi j'estime que le bon critère doit être axé sur les efforts de l'État et non sur la question de savoir s'il est parvenu à obtenir des listes à jour.

[118] En résumé, les efforts déployés par l'Ontario pour obtenir des listes à jour étaient raisonnables. Je suis donc convaincu qu'il a respecté son obligation de représentativité à cet égard. Cette conclusion concorde avec celles des juges Goudge et Rouleau.

b) *La distribution*

[119] En Cour d'appel, seul le juge Goudge a analysé la distribution séparément des listes. À mon avis, la preuve fait en sorte qu'il est pratiquement impossible de le faire. La preuve relative à la distribution du courrier dans les réserves indique plutôt que la probabilité que les destinataires reçoivent les avis est directement liée à l'exactitude des listes. La désuétude des listes faisait accroître le risque que les avis soient envoyés à des personnes qui n'habitaient plus dans une réserve. Dans ces cas-là, les commis des postes n'étaient pas en mesure de les distribuer et les avis en question étaient donc retournés à l'expéditeur par le bureau de poste avec la mention « non livrable ». Il faut considérer le nombre relativement élevé de questionnaires non livrables comme un symptôme des listes désuètes. Ayant conclu que les efforts déployés pour résoudre le problème des listes étaient raisonnables, je n'ai pas à m'attarder sur ce point.

[120] Tout comme dans le cas des listes, le juge Cromwell conclut que leur distribution « ressortit [. . .] essentiellement à l'État » (par. 269). Même s'il en était ainsi, la distribution ne peut être dissociée des listes. Qui plus est, le bureau de poste ne relève pas de la province; de plus, cette dernière ne peut obliger les particuliers à ramasser leur courrier. À l'instar des listes, leur distribution n'est pas entièrement du ressort de la province et le critère des efforts raisonnables est tout ce qui est requis.

[121] In this regard, I note that the province did not simply throw up its hands upon learning of the problems with delivery. Rather, it took an aggressive approach. After consulting with Stach J., it increased the number of notices sent to on-reserve residents by nearly 50 percent. In my view, this was a reasonable response to the delivery problems. To the extent the majority of the Court of Appeal concluded otherwise, as I have said, their factual findings were based on a legal test that imposed too high a standard on Ontario. Accordingly, those findings are not entitled to deference.

(c) *The Low Response Rates*

[122] Ontario's approach to addressing the low response rates was the factor that drew the most serious criticism from the majority at the Court of Appeal. However, to meet its constitutional mandate, Ontario was only required to address the ways in which the problems with the source lists and delivery contributed to the low response rates. As I have described, it made reasonable efforts to do so. It was not obliged to address the systemic factors that the Iacobucci Report indicates are at the heart of this problem.

[123] The respondent argues that Ontario should have investigated the cause of the low response rates earlier. According to the respondent, Ontario's failure to do so renders its efforts to address the low response rates inadequate. I do not accept this argument.

[124] The respondent submits that if the interim and final reports required under PDB #563 had been filed and if the PJC had analyzed the data it was collecting about the rate of response from on-reserve residents earlier, Ontario could have taken action sooner. While it is true that Ontario could have enforced the reporting requirements and run the data earlier, I fail to see how this would have been of assistance. Both of these measures would simply have confirmed what was already known — that on-reserve residents were responding in markedly lower numbers. Neither of these steps would

[121] À cet égard, je constate que la province n'a pas tout simplement lancé la serviette en découvrant les problèmes de distribution. Elle s'est plutôt attaquée à ces problèmes avec énergie. Après avoir consulté le juge Stach, elle a envoyé près de 50 p. 100 de plus d'avis aux résidents des réserves. Il s'agit là, selon moi, d'une réponse raisonnable aux problèmes de distribution. Dans la mesure où les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu le contraire, comme je l'ai dit, leurs conclusions de fait reposaient sur un critère juridique qui imposait une norme trop élevée à l'Ontario. Ces conclusions ne commandent donc aucune déférence.

c) *Le faible taux de réponse*

[122] La stratégie adoptée par l'Ontario pour contrer le faible taux de réponse était le facteur qui a suscité les critiques les plus sévères de la part des juges majoritaires de la Cour d'appel. Or, pour respecter son mandat constitutionnel, l'Ontario était uniquement tenu d'examiner les façons dont les failles des listes brutes et les problèmes de distribution ont contribué au faible taux de réponse. Comme je l'ai expliqué, il a déployé des efforts raisonnables à cette fin. Il n'était pas obligé d'examiner les facteurs systémiques qui, selon le rapport Iacobucci, sont au cœur de ce problème.

[123] L'intimé prétend que l'Ontario aurait dû étudier plus tôt la cause du faible taux de réponse. Toujours selon l'intimé, cette omission de l'Ontario rend inadéquats les efforts qu'il a faits pour contrer le faible taux de réponse. Je rejette cet argument.

[124] L'intimé soutient que, si les rapports provisoires et finaux exigés par la PDB n° 563 avaient été déposés et si le CPSJ avait analysé plus tôt les données qu'il recueillait à propos du taux de réponse des personnes résidant dans les réserves, l'Ontario aurait pu agir plus rapidement. Certes, l'Ontario aurait pu appliquer les exigences en matière de déclaration et traiter les données plus tôt, mais je ne vois pas en quoi cela aurait été utile. Ces deux mesures auraient simplement permis de confirmer ce que l'on savait déjà : les résidents des réserves répondaient en bien moins grand nombre.

have shed light on the causes of the low response rates. At the time, everyone believed the problem was attributable to the flawed lists. Efforts were being directed to rectifying that problem. Had Ontario known of the precise data about the low response rates, I fail to see how it would have changed the approach. Moreover, even if the province had known about the systemic problems sooner, its constitutional obligations would not have required it to address them.

(3) Conclusion on the Sufficiency of Ontario's Efforts

[125] Ontario made reasonable efforts to include Aboriginal on-reserve residents in the jury process. I therefore conclude that there was no violation of ss. 11(d) or 11(f) of the *Charter*.

[126] As we now know, the problem runs much deeper than flawed lists. The Iacobucci Report concludes, at para. 209, that “the most significant systemic barrier to the participation of First Nations peoples in the jury system in Ontario is the negative role the criminal justice system has played in their lives, culture, values, and laws throughout history”. This is a serious policy concern that merits attention. But the accused’s ss. 11(d) and 11(f) *Charter* rights are not the appropriate vehicle to redress this concern. The accused’s right to be tried by a jury of his peers is a right aimed at securing a fair adjudicative process. It cannot be used to dictate to the government how it should — let alone *must* — resolve important policy questions of this nature. For the purposes of ss. 11(d) and 11(f), the state’s constitutional obligation stops when it has provided a fair opportunity for a broad cross-section of society to participate in the jury process. It has done so.

[127] In coming to this conclusion, I wish to emphasize that nothing in these reasons should be

Aucune de ces mesures n’aurait permis d’en apprendre davantage sur les causes de ce faible taux de réponse. À l’époque, tout le monde croyait que le problème était attribuable aux listes lacunaires. Des efforts étaient faits pour corriger ce problème. J’ai du mal à voir comment l’Ontario aurait modifié sa stratégie s’il avait été au courant des données précises relatives au faible taux de réponse des résidents des réserves. De plus, même si la province avait eu connaissance plus tôt des problèmes systémiques, ses obligations constitutionnelles ne l’auraient pas contraint à s’y attaquer.

(3) Conclusion sur le caractère suffisant des efforts de l’Ontario

[125] L’Ontario a déployé des efforts raisonnables pour faire participer les résidents autochtones des réserves au processus de sélection des jurés. Je conclus donc qu’il n’y a pas eu violation des al. 11(d) ou 11(f) de la *Charte*.

[126] Comme nous le savons maintenant, le problème dépasse largement les listes lacunaires. Le rapport Iacobucci conclut en son par. 209 que « le principal obstacle systémique à la participation des Premières Nations au système du jury en Ontario est l’influence négative que le système de justice pénale a eu[e] sur leur vie, leur culture, leurs valeurs et leurs lois tout au long de leur histoire ». Voilà une sérieuse préoccupation de principe qui mérite qu’on s’y attarde. Cependant, les droits garantis à l’accusé par les al. 11(d) et 11(f) de la *Charte* ne constituent pas le moyen approprié de répondre à cette préoccupation. Le droit de l’accusé d’être jugé par un jury formé de ses pairs vise à garantir un processus décisionnel équitable. Il ne saurait être utilisé pour dicter au gouvernement comment il devrait — encore moins *doit* — résoudre des questions importantes de politique générale de cette nature. Pour l’application des al. 11(d) et 11(f), l’obligation constitutionnelle de l’État cesse lorsqu’il donne à un large échantillon de la société une possibilité honnête de participer au processus de sélection des jurés. C’est ce qu’il a fait.

[127] En tirant cette conclusion, je tiens à souligner que rien dans les présents motifs ne doit être

taken as suggesting that it would be appropriate for Ontario to stall its efforts to address the problem of the underrepresentation of Aboriginal on-reserve residents in the jury system. As this Court has noted on many occasions, the estrangement of Aboriginal peoples from the justice system is a pressing matter. If reconciliation is ever to be achieved, the state's efforts must not only continue; they must increase. But this Court is not a commission of inquiry, and its role is not to dictate to the government how to resolve this issue. The question facing us is whether the accused's ss. 11(d) and 11(f) *Charter* rights were violated. Viewed through that narrow lens, the state's efforts were sufficient.

C. *Did Ontario Violate the Section 15 Rights of Mr. Kokopenace or of Aboriginal On-Reserve Residents Who Were Potential Jurors?*

[128] For the reasons given by the Court of Appeal, I would dismiss Mr. Kokopenace's s. 15 claims. With respect to his personal s. 15 claim, he has not clearly articulated a disadvantage. This is fatal to his claim. With respect to his request for public interest standing to advance a s. 15 claim on behalf of Aboriginal on-reserve residents who were potential jurors, I would not accede to this request. As an accused person, Mr. Kokopenace may have different, potentially conflicting interests from those of potential jurors. If a challenge is to be raised on their behalf, there must be an opportunity for their views to be represented. Like the Court of Appeal, I would therefore decline to grant public interest standing and dismiss his claim on behalf of potential jurors.

considéré comme suggérant qu'il serait opportun pour l'Ontario d'interrompre ses efforts visant à résoudre le problème de la sous-représentation des résidents autochtones des réserves dans le système de jury. Comme l'a souligné la Cour à maintes reprises, la marginalisation des Autochtones au sein du système de justice est une question urgente. Pour qu'il y ait réconciliation un jour, l'État doit non seulement poursuivre ses efforts, mais redoubler d'efforts. Cependant, notre Cour n'est pas une commission d'enquête, et il ne lui appartient pas de dicter au gouvernement comment il doit résoudre ce problème. La question dont nous sommes saisis consiste à savoir si les droits garantis à l'accusé par les al. 11d) et 11f) de la *Charte* ont été violés. Vus sous cet angle étroit, les efforts de l'État étaient suffisants.

C. *L'Ontario a-t-il violé les droits garantis par l'art. 15 à M. Kokopenace ou aux résidents autochtones d'une réserve qui étaient des candidats jurés?*

[128] Pour les motifs exposés par la Cour d'appel, je suis d'avis de rejeter les prétentions de M. Kokopenace fondées sur l'art. 15. S'agissant de la prétention personnelle que M. Kokopenace a avancée sur le fondement de l'art. 15, il n'a pas clairement formulé de désavantage, ce qui porte un coup fatal à sa prétention. S'agissant de sa demande visant à obtenir la qualité pour agir dans l'intérêt public afin de faire valoir une réclamation fondée sur l'art. 15 au nom des résidents autochtones d'une réserve qui étaient des candidats jurés, je n'y accède pas. En tant qu'accusé, M. Kokopenace risque d'avoir des intérêts divergents, voire contradictoires, de ceux des candidats jurés. Si une contestation est présentée en leur nom, ils doivent se voir accorder la possibilité de se faire entendre. Tout comme la Cour d'appel, je refuse donc de lui accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public et je rejette la réclamation qu'il a déposée au nom des candidats jurés.

D. *If Mr. Kokopenace's Charter Rights Were Violated, What Is the Appropriate Remedy?*

[129] As I have concluded, there were no *Charter* violations. Mr. Kokopenace received a fair trial by an impartial and representative jury. Accordingly, it is not necessary to address the question of remedy.

VII. Disposition

[130] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the order for a new trial, and reinstate Mr. Kokopenace's conviction.

The following are the reasons delivered by

[131] KARAKATSANIS J. — Aboriginal people are dramatically overrepresented in our justice system as offenders and victims, but participate at much lower rates than non-Aboriginal people as jurors. Canadian society is deprived and diminished by this reality, the causes of which are deeply rooted and complex. This appeal requires this Court to determine whether the low presence of Aboriginal on-reserve residents on the 2008 jury roll for the District of Kenora violated Mr. Kokopenace's fair trial rights, as protected by s. 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[132] In answering this question, the Court must decide the scope of the *Charter* right to a trial by jury and whether s. 11 is the appropriate constitutional tool for addressing the damaged relationship between Aboriginal peoples and the justice system in Canada.

[133] I conclude that, despite the difficulties I will discuss with its compilation, the 2008 Kenora jury roll met the constitutional standards imposed by s. 11 of the *Charter*. In so deciding, I respectfully disagree with the approaches to representativeness adopted by each of my colleagues. Unlike

D. *S'il y a eu violation des droits garantis à M. Kokopenace par la Charte, quelle est la réparation convenable?*

[129] Comme je l'ai conclu, il n'y a eu aucune violation de la *Charte*. Monsieur Kokopenace a bénéficié d'un procès équitable devant un jury impartial et représentatif. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner la question de la réparation.

VII. Dispositif

[130] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance prévoyant la tenue d'un nouveau procès et de rétablir la déclaration de culpabilité de M. Kokopenace.

Version française des motifs rendus par

[131] LA JUGE KARAKATSANIS — Les Autochtones sont considérablement surreprésentés dans notre système de justice en tant que contrevenants et victimes, mais ils y participent comme jurés à des taux beaucoup plus faibles que les non-Autochtones. Cette réalité, dont les causes sont profondément enracinées et complexes, affaiblit et appauvrit la société canadienne. Pour trancher le présent pourvoi, la Cour doit déterminer si la faible présence de résidents autochtones d'une réserve sur la liste des jurés du district de Kenora pour 2008 a violé les droits de M. Kokopenace à un procès équitable, garantis par l'art. 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[132] Pour répondre à cette question, la Cour doit statuer sur la portée du droit à un procès avec jury garanti par la *Charte* et décider si l'art. 11 est l'outil constitutionnel approprié pour réparer la relation mise à mal entre les Autochtones et le système de justice au Canada.

[133] Je conclus qu'en dépit des difficultés dont je traiterai plus loin en ce qui concerne sa confection, la liste des jurés de Kenora pour 2008 satisfaisait aux normes constitutionnelles qu'impose l'art. 11 de la *Charte*. En arrivant à cette décision, j'exprime respectueusement mon désaccord avec

Cromwell J., I cannot accept that representativeness requires a jury roll to substantially resemble a random selection of eligible jurors drawn from the community. I view representativeness as primarily concerned with the jury's function rather than the degree to which a jury roll reflects the particular make-up of the community. Understood in light of the jury's history and purpose, a jury represents society in the sense that it acts on its behalf.

[134] Nor can I agree with Moldaver J.'s view that representativeness only requires the state to make reasonable efforts to compile the jury roll through a fair process, without regard for the outcome of those efforts. A *Charter* breach is not defined by the state's efforts, but by the adequacy of the process actually used. Furthermore, unlike my colleague, I leave open the possibility that, even where an appropriate process is used, unintentional but substantial exclusion could undermine the legitimacy, independence and impartiality of a jury roll, thereby rendering it unrepresentative. Thus, I conclude that s. 11 requires the state to compile the jury roll through a random process that draws broadly from the community, without deliberate or substantial exclusion. That threshold was met in this case.

I. Background

[135] In 2008, Clifford Kokopenace was tried before judge and jury in the Ontario Superior Court of Justice in Kenora, where he was acquitted of second degree murder but found guilty of the lesser included offence of manslaughter. His challenge to the representativeness of the jury roll was raised after conviction but before sentencing. It was argued for the first time on appeal.

[136] Before the Ontario Court of Appeal, Mr. Kokopenace argued that the jury that found him guilty was derived from a jury roll that inadequately

les approches adoptées par chacun de mes collègues quant à la représentativité. Contrairement au juge Cromwell, je ne puis accepter que la représentativité nécessite une liste de jurés qui ressemble sensiblement à une sélection au hasard de jurés admissibles issus de la collectivité. À mon sens, la représentativité s'attache principalement à la fonction du jury plutôt qu'à la mesure dans laquelle la liste des jurés reflète la composition particulière de la collectivité. Considéré à la lumière de son histoire et de sa raison d'être, le jury représente la société en ce sens qu'il agit en son nom.

[134] Je ne peux pas non plus souscrire à l'opinion du juge Moldaver que la représentativité oblige seulement l'État à déployer des efforts raisonnables pour dresser la liste des jurés au moyen d'un processus équitable, sans égard au résultat de ces efforts. Une violation de la *Charte* se définit non pas par les efforts de l'État, mais par le caractère adéquat du processus utilisé. En outre, contrairement à mon collègue, je n'écarte pas la possibilité que, même en cas d'utilisation d'une procédure convenable, une exclusion involontaire mais importante sape la légitimité, l'indépendance et l'impartialité d'une liste de jurés, rendant celle-ci non représentative. Je conclus donc que, selon l'art. 11, l'État doit établir la liste des jurés au moyen d'un processus aléatoire qui puise largement dans la collectivité, sans exclusion délibérée ou importante. Ce critère a été respecté en l'espèce.

I. Contexte

[135] En 2008, Clifford Kokopenace a subi un procès devant juge et jury en Cour supérieure de justice de l'Ontario à Kenora, où il a été acquitté de meurtre au deuxième degré, mais reconnu coupable de l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable. Il a contesté la représentativité de la liste des jurés après la déclaration de culpabilité, mais avant la détermination de la peine. Cette contestation a été plaidée pour la première fois en appel.

[136] En Cour d'appel de l'Ontario, M. Kokopenace a soutenu que le jury qui l'avait reconnu coupable avait été constitué à partir d'une

ensured representation of Aboriginal on-reserve residents. He argued that this violated his rights under ss. 11(d), 11(f), and 15 of the *Charter*. Fresh evidence was admitted on this issue, including *First Nations Representation on Ontario Juries: Report of the Independent Review Conducted by The Honourable Frank Iacobucci* (2013) (Iacobucci Report), released on February 26, 2013, while the Court of Appeal's decision was under reserve.

[137] The Court of Appeal issued three sets of reasons, and divided on both the findings of facts and the ultimate disposition of the appeal. LaForme and Goudge JJ.A., writing separate reasons for the majority, found that the accused's rights under s. 11(d) and (f) were breached. They reached this conclusion on the basis that the state did not make reasonable efforts to provide a fair opportunity for the distinctive perspectives of Aboriginal people residing on reserves to be included in the jury roll from which jurors were chosen. Rouleau J.A., dissenting, adopted the majority's test of representativeness but found that despite imperfections in compiling the jury roll, the state's efforts were reasonable in the circumstances. All three judges dismissed Mr. Kokopenace's s. 15 claims for want of evidence and lack of standing: 2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481.

II. Analysis

[138] This appeal highlights a stark reality in Ontario: the low participation rate of Aboriginal people in the province's jury rolls. The evidence in this case is that this problem is serious and worsening: in 2008, only 4.1 percent of those on the District of Kenora jury roll were Aboriginal people residing on reserves, though the on-reserve adult population comprises between 21.5 percent to 31.8 percent of the district's total adult population. This situation is tragic, both in its causes and its effects. The Iacobucci Report found that the negative impact of the criminal justice system on Aboriginal peoples' communities, cultures, laws and lives has left many

liste de jurés qui n'assurait pas adéquatement la représentation des résidents autochtones d'une réserve. Il a prétendu que cette situation violait les droits que lui garantissaient les al. 11d) et 11f) et l'art. 15 de la *Charte*. De nouveaux éléments de preuve ont été admis sur cette question, y compris un rapport intitulé *La représentation des Premières Nations sur la liste des jurés en Ontario : Rapport de l'examen indépendant mené par l'honorable Frank Iacobucci* (2013) (rapport Iacobucci), publié le 26 février 2013, alors que la Cour d'appel n'avait pas encore rendu sa décision.

[137] La Cour d'appel a rendu trois opinions et était partagée quant aux conclusions de fait et à l'issue de l'appel. Auteurs des motifs distincts de la majorité, les juges LaForme et Goudge ont conclu que les droits garantis à l'accusé par les al. 11d) et 11f) avaient été violés. Ils sont arrivés à cette conclusion parce que, selon eux, l'État n'avait pas déployé d'efforts raisonnables en vue de donner aux points de vue particuliers des résidents autochtones d'une réserve une possibilité honnête de figurer sur la liste des jurés à partir de laquelle les jurés ont été choisis. Le juge Rouleau, dissident, a souscrit au critère de représentativité retenu par les juges majoritaires, mais il a conclu que, malgré les imperfections dans la confection de la liste des jurés, les efforts de l'État étaient raisonnables au vu des circonstances. Les trois juges ont tous rejeté les prétentions de M. Kokopenace fondées sur l'art. 15, faute de preuve et de qualité pour agir : 2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481.

II. Analyse

[138] Le présent pourvoi met en lumière une dure réalité en Ontario : le faible taux de participation des Autochtones dans l'établissement des listes de jurés de la province. La preuve en l'espèce montre que ce problème est sérieux et qu'il va en s'aggravant : en 2008, seulement 4,1 p. 100 des personnes inscrites sur la liste des jurés du district de Kenora étaient des résidents autochtones d'une réserve, alors que les résidents adultes d'une réserve représentent de 21,5 p. 100 à 31,8 p. 100 de la population adulte totale du district. Cette situation est tragique, à la fois de par ses causes et ses effets. Le rapport Iacobucci conclut que les répercussions négatives

feeling alienated from this system, and the under-representation of Aboriginal peoples on jury rolls is only one manifestation of this much larger problem (para. 209). Unfortunately, lack of participation in the criminal justice system only deepens the divide.

[139] There is no doubt that the long-standing grievances underlying this disengagement should be addressed. The alienation of Aboriginal peoples from the justice system is a problem that runs deep in Canadian society, and is one that may very well have constitutional implications. However, I agree with the Court of Appeal, for the reasons given by my colleague Moldaver J., that this is not a proper case to determine whether the equality rights of Aboriginal people under s. 15 of the *Charter* are implicated as a result of this alienation and under-representation.

[140] Moreover, in my view, the right of an accused to a fair trial by jury is not the appropriate mechanism to indirectly address the historic and current grievances of First Nations. A challenge to representativeness of a jury roll asks a much narrower question, viewed from the perspective of an accused's fair trial rights: whether a segment of society's low participation on the jury roll undermines a trial by an otherwise independent, impartial, competent jury.

[141] Sections 11(d) and 11(f) of the *Charter* provide:

11. Any person charged with an offence has the right

. . . .

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

du système de justice pénale sur les communautés, les cultures, les lois et les vies des Autochtones font en sorte qu'un grand nombre d'entre eux se sentent écartés de ce système, et que la sous-représentation des Autochtones sur les listes de jurés n'est qu'une manifestation parmi d'autres de ce problème beaucoup plus vaste (par. 209). Malheureusement, l'absence de participation dans le système de justice pénale ne fait qu'approfondir le clivage.

[139] La nécessité de répondre aux doléances de longue date qui sous-tendent ce désengagement ne fait aucun doute. L'aliénation des Autochtones à l'égard du système de justice est un problème profondément enraciné dans la société canadienne, et ce problème pourrait fort bien avoir des implications constitutionnelles. Toutefois, je conviens avec la Cour d'appel, pour les motifs donnés par mon collègue le juge Moldaver, qu'il est inopportun en l'espèce de décider si les droits à l'égalité que l'art. 15 de la *Charte* garantit aux Autochtones sont en cause par suite de cette aliénation et de cette sous-représentation.

[140] Qui plus est, j'estime que le droit de l'accusé à un procès équitable avec jury n'est pas le bon moyen de répondre indirectement aux doléances historiques et actuelles des Premières Nations. La contestation de la représentativité d'une liste de jurés pose une question beaucoup plus étroite, considérée du point de vue des droits de l'accusé à un procès équitable : la faible participation d'un segment de la société dans l'établissement de la liste des jurés fait-elle obstacle à un procès devant un jury par ailleurs indépendant, impartial et compétent?

[141] Les alinéas 11d) et 11f) de la *Charte* disposent :

11. Tout inculpé a le droit :

. . . .

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

(f) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

[142] The issue in this case is whether the accused's right to a trial by jury was breached. In my view, this right does not entitle an accused to a jury or a jury roll that proportionately reflects all of the various perspectives and characteristics in society. Rather, it requires a jury that can act on behalf of society. In order for the jury to function as a representative of society in the criminal justice system, the jury roll must be compiled through a neutral process in which random selection is applied to source lists that draw broadly from the community, without deliberate or substantial exclusion. Such a process provides a platform for the selection of an impartial and independent jury. That requirement was met in this case. Moreover, there is no real dispute that Mr. Kokopenace received a verdict from a jury that was independent and impartial: C.A. reasons, at para. 226. I am satisfied that his fair trial rights protected by s. 11(d) were not breached. As I will explain, I am also satisfied that his right to trial by jury under s. 11(f) was not infringed.

A. *The Essential Features of Trial by Jury*

[143] While the *Charter* protects the right to trial by jury, it does not define what exactly this right entails. Thus, it is helpful to return to the historical roots of trial by jury, and to its functions and purposes.

[144] The jury system forms part of the bedrock of the Canadian legal system. It was introduced to Canada as part of the common law of England. The 18th century jurist William Blackstone extolled the virtues of the jury, writing that “the founders of the

f) sauf s’il s’agit d’une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d’un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l’infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

[142] En l’espèce, il s’agit de décider s’il y a eu atteinte au droit de l’accusé à un procès avec jury. À mon avis, ce droit ne garantit pas à l’accusé un jury ou une liste de jurés qui reflète proportionnellement tous les points de vue et toutes les caractéristiques que l’on trouve dans la société. Il exige plutôt un jury qui peut agir au nom de la société. Pour que le jury puisse fonctionner en tant que représentant de la société dans le système de justice pénale, la liste des jurés doit être dressée au moyen d’un processus neutre dans lequel une sélection aléatoire est appliquée à des listes brutes produites à partir d’un large éventail de membres de la collectivité, sans exclusion délibérée ou importante. Un tel processus fournit les assises de la constitution d’un jury impartial et indépendant. Cette exigence a été remplie en l’espèce. Qui plus est, personne ne conteste vraiment que M. Kokopenace a reçu un verdict d’un jury indépendant et impartial : motifs de la C.A., par. 226. Je suis convaincue que ses droits à un procès équitable, garantis par l’al. 11d), n’ont pas été violés. Comme je l’expliquerai plus loin, je suis également convaincue qu’il n’y a pas eu atteinte au droit à un procès avec jury que lui garantit l’al. 11f).

A. *Les caractéristiques essentielles du procès avec jury*

[143] Bien que la *Charte* protège le droit à un procès avec jury, elle ne précise pas ce que ce droit suppose au juste. Il est donc utile de revoir les origines historiques du procès avec jury, ses fonctions et sa raison d’être.

[144] Le système de jury fait partie des fondements du système judiciaire canadien. Il a été introduit au Canada en tant qu’élément de la common law d’Angleterre. Le juriste William Blackstone, qui a vécu au dix-huitième siècle, a vanté les mérites du

English laws have with excellent forecraft contrived . . . that the truth of every accusation . . . should afterwards be confirmed by the unanimous suffrage of twelve of his equals and neighbours, indifferently chosen, and superior to all suspicion”: *Commentaries on the Laws of England* (1769), Book IV, at p. 343.

[145] Blackstone’s reference to “equals and neighbours” must be understood in a very limited sense. When Blackstone wrote in the 1760s, this referred to propertied men, or lords where a lord stood accused: *Commentaries on the Laws of England* (1768), Book III, at p. 349. When the jury system was brought to Canada as part of the English common law, the requirements of gender and property persisted: R. B. Brown, *A Trying Question: The Jury in Nineteenth-Century Canada* (2009), at pp. 45 and 135.

[146] Restrictions on gender persisted until the 1970s, when the last Canadian provinces amended their legislation to permit women to serve as jurors. For much of Canadian history, Aboriginal people were systemically excluded from serving on juries due to the combined effects of racism, denial of the franchise to Aboriginal people, and exclusion of reserves from source lists: see, for example, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991), at pp. 378-79.

[147] These exclusions reflect prejudices that have no place in the administration of justice, and that would not be countenanced in the modern jury system. Indeed, they would today be seen as deliberate exclusions that violate an accused’s rights under s. 11(d) and (f) of the *Charter*. As this difficult history illustrates, society has moved away from an identity-based conception of the jury. There are compelling reasons for so doing. Individuals can have multiple, intersecting identities or characteristics that are not susceptible to simple categorization. The very notion of identity itself is constantly in flux. Thus, selecting prospective jurors on the

jury, écrivant que [TRADUCTION] « les fondateurs du droit anglais se sont arrangés, de façon fort sagace [. . .], pour que la véracité de toute accusation [. . .] soit ultérieurement confirmée par le suffrage unanime de douze de ses égaux et voisins, choisis au hasard et au-dessus de tout soupçon » : *Commentaries on the Laws of England* (1769), Livre IV, p. 343.

[145] Les « égaux et voisins » dont parle Blackstone doivent recevoir un sens très restreint. Lorsque Blackstone a écrit les lignes précitées dans les années 1760, cette expression désignait les propriétaires fonciers de sexe masculin, ou les lords si un lord était inculpé : *Commentaries on the Laws of England* (1768), Livre III, p. 349. Lorsque le système de jury a été introduit au Canada comme élément de la common law d’Angleterre, il fallait encore que les jurés soient des propriétaires fonciers de sexe masculin : R. B. Brown, *A Trying Question: The Jury in Nineteenth-Century Canada* (2009), p. 45 et 135.

[146] Les restrictions fondées sur le sexe ont subsisté jusque dans les années 1970, quand les dernières provinces canadiennes ont modifié leurs lois pour permettre aux femmes d’agir comme jurées. Au cours d’une bonne partie de l’histoire canadienne, les Autochtones étaient systématiquement exclus de la fonction de juré par les effets combinés du racisme, du déni du droit de vote aux Autochtones et de l’exclusion des réserves des listes brutes : voir, par exemple, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991), p. 378-379.

[147] Ces exclusions témoignent de préjugés qui n’ont pas leur place dans l’administration de la justice et qui ne seraient plus tolérés dans le système de jury moderne. De fait, elles seraient considérées aujourd’hui comme des exclusions délibérées qui violent les droits que les al. 11d) et 11f) de la *Charte* garantissent à l’accusé. Comme le montre cette histoire difficile, la société s’est éloignée de la conception du jury fondée sur l’identité. Il y a d’ailleurs des raisons impérieuses de le faire : les gens peuvent avoir de multiples identités ou caractéristiques interreliées qui ne se prêtent pas à une simple catégorisation. La notion même d’identité

basis of their identity or characteristics is not a feature of the modern jury. This is not to say that there is not value in Blackstone's vision of a jury composed of "equals and neighbours". It is rather that, properly understood, "equals and neighbours" must refer to society as a whole.

[148] Trial by jury is a trial by lay members of the community, whose job it is to find the facts and return a verdict. *Black's Law Dictionary* (10th ed. 2014) defines a "jury" as "[a] group of persons selected according to law and given the power to decide questions of fact and return a verdict" (p. 986). This definition focuses exclusively on its fact-finding function, rather than its representative qualities. What are the essential features of a jury that permit it to carry out this function of collective decision-making?

[149] A jury must be independent and impartial, as provided in s. 11(d) of the *Charter: R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828, at para. 30. Above all else, these twin requirements are fundamental, explaining in part why trial by jury is part of an accused person's right to a fair trial. Of course, a jury must also be competent, and the process permits the judicial exclusion of those who are unable to carry out their responsibilities: *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 632 and 644.

[150] This Court has identified other features of a jury, anchored in s. 11(f) of the *Charter*. A jury roll must be drawn by means of a neutral, broadly inclusive process favouring neither the prosecution nor the accused. This process supports the independence and impartiality of the jury that will ultimately be selected. As this Court held in *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, at p. 524:

The modern jury was not meant to be a tool in the hands of either the Crown or the accused and indoctrinated as

change constamment. Par conséquent, de nos jours, la sélection des candidats jurés ne se fait pas sur le fondement de leur identité ou de leurs caractéristiques. Cela ne veut pas dire que la conception de Blackstone — pour qui le jury devait être composé d'« égaux et de voisins » — est sans valeur. C'est plutôt que, s'ils sont interprétés correctement, « les égaux et les voisins » renvoient à la société dans son ensemble.

[148] Le procès avec jury est un procès par des profanes issus de la collectivité, dont la tâche consiste à établir les faits et à rendre un verdict. Le *Black's Law Dictionary* (10^e éd. 2014) définit le « jury » comme [TRADUCTION] « [u]n groupe de personnes sélectionnées conformément à la loi et investies du pouvoir de trancher des questions de fait et de rendre un verdict » (p. 986). Cette définition porte exclusivement sur sa fonction de juge des faits, plutôt que sur ses qualités de représentant. Quelles sont les caractéristiques essentielles du jury qui lui permettent d'exercer cette fonction de prise de décision collective?

[149] Le jury doit être indépendant et impartial, comme le prévoit l'al. 11d) de la *Charte : R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828, par. 30. Par-dessus tout, cette double exigence est fondamentale et explique en partie pourquoi le procès avec jury fait partie du droit de l'accusé à un procès équitable. Bien entendu, le jury doit aussi être compétent et le processus permet au tribunal d'exclure les jurés qui ne sont pas en mesure d'exercer leurs responsabilités : *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 632 et 644.

[150] Notre Cour a relevé d'autres caractéristiques du jury ancrées à l'al. 11f) de la *Charte*. La liste des jurés doit être dressée au moyen d'un processus neutre et largement inclusif qui ne favorise ni la poursuite ni l'accusé. Ce processus favorise l'indépendance et l'impartialité du jury qui finira par être constitué. Comme notre Cour l'a affirmé dans *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, p. 524 :

Le jury moderne n'était pas destiné à servir d'outil au ministère public ou à l'accusé, ni à être indoctriné à cette

such through the challenge procedure, but rather was envisioned as a representative cross-section of society, honestly and fairly chosen.

[151] The vision of a representative cross-section of society has been the source of some confusion. As I will explain, representativeness is not about the inclusion or reflection of all groups and perspectives in society. It instead describes the functioning of the jury as an institution, in which laypersons are asked to contribute to the criminal justice process and to provide the crucial link between that system and the larger community. A jury thus serves as a representative of society. A jury is not rendered legitimate because its members reflect the demographics of that community. Nor are jurors expected to represent particular perspectives in the course of their deliberations. Rather, the jury acts on behalf of society. The representative function is assured by the use of a selection process in which random sampling is applied to broad-based source lists, without deliberate or substantial exclusion.

[152] In adopting this functional understanding of representativeness, I depart from my colleague Cromwell J. In his view, a jury roll must mirror what a random sample from the community would look like — in effect, it must proportionately represent the community from which it is drawn. Nor can I agree with the Court of Appeal’s view that representativeness requires the state to make reasonable efforts to include the distinctive perspectives of members of all First Nations reserve communities in the jury roll.

[153] In my view, adopting such an identity-based approach, focused on ensuring that certain perspectives are reflected on the jury roll, would mark a significant departure from both Canadian experience and jurisprudence. It is undisputed that the Canadian jury system has never required that the ultimate jury panel selected for a trial proportionately represent the perspectives and identities within a particular community. As McLachlin J. (as

fin au moyen de la procédure de récusation. On le concevait plutôt comme un échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement.

[151] La notion d’échantillon représentatif de la société a engendré une certaine confusion. Comme je l’expliquerai plus loin, la représentativité n’est pas une question d’inclusion ou de représentation de tous les groupes et points de vue que l’on trouve dans la société. Elle décrit plutôt le fonctionnement du jury en tant qu’institution, dans laquelle des profanes sont chargés de contribuer au processus de justice pénale et de fournir le lien essentiel entre ce système et l’ensemble de la collectivité. Le jury sert donc de représentant de la société. Le jury ne tire pas sa légitimité du fait que ses membres reflètent la démographie de cette collectivité. On ne s’attend pas non plus à ce que les jurés représentent des points de vue particuliers au cours de leurs délibérations. Le jury agit plutôt au nom de la société. La fonction de représentant est assurée par le recours à un processus de sélection durant lequel l’échantillonnage aléatoire est appliqué à des listes brutes produites à partir d’un large éventail de membres de la collectivité, sans exclusion délibérée ou importante.

[152] En faisant mienne cette conception fonctionnelle de la représentativité, je me dissocie de mon collègue le juge Cromwell. À son avis, une liste de jurés doit refléter ce à quoi ressemblerait un échantillon aléatoire de la collectivité — dans les faits, elle doit représenter proportionnellement la collectivité dont elle est issue. Je ne partage pas non plus l’opinion de la Cour d’appel selon laquelle la représentativité oblige l’État à faire des efforts raisonnables pour inclure les points de vue particuliers des membres de toutes les collectivités des réserves de Premières Nations dans la liste des jurés.

[153] J’estime que, si l’on adopte une telle démarche fondée sur l’identité qui vise à garantir que certains points de vue soient exprimés dans la liste des jurés, cela constituerait un écart important par rapport à l’expérience et à la jurisprudence canadiennes. Personne ne conteste que le système de jury canadien n’a jamais exigé que le tableau final des jurés constitué pour un procès représente proportionnellement les points de vue et les identités que l’on

she then was) wrote in *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761, at paras. 56-57:

I agree that a jury must be impartial and competent. But, with respect, the law has never suggested that a jury must be representative. For hundreds of years, juries in this country were composed entirely of men. Are we to say that all these juries were for that reason partial and incompetent?

To say that a jury must be representative is to confuse the means with the end. I agree that representativeness may provide extra assurance of impartiality and competence. I would even go so far as to say that it is generally a good thing. But I cannot accept that it is essential in every case, nor that its absence automatically entitles an accused person to a new trial.

[154] Accepting that exclusions based in prejudice have no place in the modern jury system does not require that the jury be chosen from a roll that proportionately reflects the different perspectives and characteristics in society. In my view, the same practical and principled concerns weighing against requiring a proportionately representative jury apply with equal force to the jury roll.

[155] First, society has long accepted that, in principle, governments may exclude many from eligibility for jury service, for example on the basis of their professions, education, criminal history or immigration status: see, for example, the *Juries Act*, R.S.O. 1990, c. J.3, ss. 2 to 4; *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65 (C.A.). Requiring proportionality among jurors would completely undermine these long-standing restrictions.

[156] But the problems with this approach run much deeper than mere practicality. Exactly what characteristics would have to be “represented”? Race, gender, ethnicity, religion, language, education, socio-economic status, urban or rural residency? Rosenberg J.A. of the Ontario Court of Appeal illustrated

trouve dans une collectivité donnée. Comme l’a écrit la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761, par. 56-57 :

J’admets que le jury doit être impartial et compétent. En revanche, avec égards, la loi n’a jamais dit que le jury devait être représentatif. Pendant des siècles, les jurys ont été composés exclusivement d’hommes au Canada. Devons-nous en conclure qu’ils étaient tous, pour cette raison, partiels et incompetents?

Exiger que le jury soit représentatif, c’est confondre la fin et les moyens. Je conviens que la représentativité puisse procurer une garantie supplémentaire d’impartialité et de compétence. J’irais même jusqu’à dire que c’est en général une bonne chose. Par contre, je ne peux admettre que la représentativité est toujours essentielle, ou que son absence donne automatiquement à l’accusé le droit à un nouveau procès.

[154] Admettre que les exclusions fondées sur des préjugés n’ont pas leur place dans le système de jury moderne ne revient pas à dire que le jury doit être constitué à partir d’une liste qui reflète proportionnellement les différents points de vue et caractéristiques que l’on trouve dans la société. À mon avis, les mêmes considérations pratiques et considérations de principe qui militent contre l’obligation d’avoir un jury proportionnellement représentatif s’appliquent tout autant à la liste des jurés.

[155] Premièrement, la société accepte depuis longtemps qu’en principe, les gouvernements puissent déclarer bon nombre de personnes inhabiles à remplir les fonctions de juré, par exemple en raison de leur profession, de leur instruction, de leurs antécédents judiciaires ou de leur statut d’immigrant : voir, par exemple, la *Loi sur les jurys*, L.R.O. 1990, c. J.3, art. 2 à 4; *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65 (C.A.). Imposer la proportionnalité dans la sélection des jurés saperait complètement ces restrictions de longue date.

[156] Toutefois, cette approche pose des problèmes beaucoup plus fondamentaux qu’une simple question pratique. Quelles caractéristiques auraient à être « représentées » au juste? La race? Le sexe? L’origine ethnique? La religion? La langue? L’instruction? La situation socioéconomique? Le fait de

the conceptual problems with viewing representativeness as a positive right, rather than a prohibition on improper exclusions, in *Church of Scientology*, at p. 121:

To require the sheriff to assemble a fully representative roll or panel would run counter to the random selection process. The sheriff would need to add potential jurors to the roll or the panel based upon perceived characteristics required for representativeness. The selection process would become much more intrusive since the sheriff in order to carry out the task of selecting a representative roll would require information from potential jurors as to their race, religion, country of origin and other characteristics considered essential to achieve representativeness. . . . [T]he right to a representative panel or roll is an inherently qualified one. There cannot be an absolute right to a representative panel or roll.

McLachlin J. discussed the same problems with requiring a representative jury in *Biddle*, and I agree with her conclusion that there is “no need to start down this problematic path of the representative jury, provided the impartiality and competence of the jury are assured. Representativeness may be a means to achieving this end. But it should not be elevated to the status of an absolute requirement” (para. 58).

[157] The respondent points to the important role of the jury as conscience of the community, arguing that this role demands a more robust right to representativeness. It is true that by forging a connection between the broader community and the administration of justice, and by entrusting such a crucial decision-making role to lay community members, the jury serves as a bridge between the public and the justice system, and promotes confidence in both the outcome of individual cases and the functioning of the system more broadly: *Davey*, at para. 30. The jury’s role in educating the public, reinforcing the legitimacy of the justice system and acting as conscience of the community are clearly positive outcomes of our system of trial by jury: see *Sherratt*, at pp. 523-24.

résider dans un milieu urbain ou rural? Dans *Church of Scientology*, p. 121, le juge Rosenberg, de la Cour d’appel de l’Ontario, a illustré les problèmes conceptuels qui se posent lorsque la représentativité est vue comme un droit positif plutôt qu’une interdiction contre les exclusions irrégulières :

[TRADUCTION] Demander au shérif de préparer une liste ou un tableau de jurés entièrement représentatif serait contraire à la sélection au hasard. Il faudrait que le shérif ajoute à la liste ou au tableau des candidats jurés qui correspondraient aux caractéristiques considérées nécessaires à la représentativité. Le processus de sélection deviendrait beaucoup plus envahissant, le shérif devant, pour préparer une liste représentative, exiger des candidats jurés de l’information concernant leur race, leur religion, leur pays d’origine et d’autres caractéristiques jugées essentielles à la représentativité. [. . .] [L]e droit à une liste ou à un tableau représentatif de jurés est un droit essentiellement restreint. Il ne saurait y avoir de droit absolu à une liste ou à un tableau représentatif de jurés.

La juge McLachlin a traité dans *Biddle* des mêmes problèmes que présente le fait d’exiger la constitution d’un jury représentatif et, tout comme elle, je « ne vois pas l’utilité de s’engager dans cette voie problématique de la représentativité du jury, pourvu que l’impartialité et la compétence du jury soient garanties. La représentativité peut être un moyen d’atteindre cette fin. Mais elle ne devrait pas être élevée au niveau d’exigence absolue » (par. 58).

[157] L’intimé souligne le rôle important du jury en tant que conscience de la collectivité, plaidant que ce rôle exige un droit plus solide à la représentativité. Il est vrai qu’en établissant un lien entre la collectivité dans son ensemble et l’administration de la justice, et en raison du rôle décisionnel aussi important qui a été confié à des profanes de la collectivité, le jury sert de pont entre le public et le système de justice, et renforce la confiance à l’égard de l’issue d’une affaire en particulier et du fonctionnement du système de façon plus générale : *Davey*, par. 30. Les rôles que joue le jury, soit instruire le public, renforcer la légitimité du système de justice et agir comme conscience de la collectivité, sont manifestement des fonctions positives de notre système de procès avec jury : voir *Sherratt*, p. 523-524.

[158] However, it is important not to confuse these important roles or impacts of a jury system with the essential characteristics that permit it to serve these functions. These characteristics flow from the qualities that are constitutionally protected: independence, impartiality, and competence. They are assured by random selection from a broad-based jury roll — drawn from the broader community — without any deliberate exclusion of otherwise qualified jurors, and, at a later stage, by the ability to challenge for cause. In this sense, the jury is representative of society.

[159] Thus, although representativeness, understood very generally as representing society, is an essential feature of a jury, it must be understood by reference to the purpose for which it is protected. Instead of guaranteeing particular communities or perspectives a role in the process, jury representativeness ensures the institution's independence, impartiality and legitimacy by random selection from the broader community. The right to trial by jury does not guarantee that a particular group will be represented, only that the jury roll must be compiled through random selection from broad-based lists, without deliberately or substantially excluding a segment of the population. This accords with this Court's general statement in *Sherratt* that representativeness is guaranteed by random selection from broadly inclusive source lists (p. 525).

[160] My colleague Moldaver J. says that it is sufficient if the state makes reasonable efforts to use a fair and broadly inclusive process. In my view, however, the process used is either constitutionally acceptable or it is not. The state's reasonable efforts in meeting its *Charter* obligations would no doubt be relevant at the remedy stage. However, it is the adequacy of the process used, rather than the quality of the state's efforts, which determines whether or not an accused's *Charter* rights were violated.

[158] Toutefois, il importe de ne pas confondre ces importants rôles ou effets du système de jury et les caractéristiques essentielles qui lui permettent d'exercer ces fonctions. Ces caractéristiques découlent des qualités qui jouissent d'une protection constitutionnelle : l'indépendance, l'impartialité et la compétence. Elles sont assurées par la sélection au hasard à partir d'une liste de jurés résultant d'un large échantillonnage de la collectivité dans son ensemble, sans exclusion délibérée de jurés par ailleurs qualifiés et, à une étape ultérieure, par la possibilité de les récuser pour un motif valable. En ce sens, le jury est représentatif de la société.

[159] Ainsi, bien que la représentativité — dans le sens très général de représentation de la société — soit une caractéristique essentielle du jury, elle doit être interprétée en fonction de la raison pour laquelle elle est protégée. Plutôt que de garantir à des collectivités ou à des points de vue particuliers un rôle dans le processus, la représentativité du jury assure l'indépendance, l'impartialité et la légitimité de l'institution par la sélection aléatoire à partir de la collectivité dans son ensemble. Le droit à un procès avec jury ne garantit pas qu'un groupe en particulier sera représenté; il garantit seulement que la liste des jurés doit être dressée par la sélection au hasard à partir de listes résultant d'un large échantillonnage, sans exclure délibérément ou de façon importante une couche de la population. Cette conception de la représentativité concorde avec l'affirmation générale de notre Cour dans *Sherratt* selon laquelle la représentativité est garantie par la sélection au hasard à partir de listes brutes largement inclusives (p. 525).

[160] Selon mon collègue le juge Moldaver, il suffit que l'État fasse des efforts raisonnables pour employer un processus équitable et largement inclusif. J'estime toutefois que le processus employé est constitutionnellement acceptable ou ne l'est pas. Les efforts raisonnables déployés par l'État pour respecter les obligations que lui impose la *Charte* seraient sans doute pertinents à l'étape de détermination de la réparation. Toutefois, c'est le caractère adéquat du processus employé et non la qualité des efforts de l'État qui détermine si les droits que la *Charte* garantit à l'accusé ont été violés.

[161] Unlike Moldaver J., whose test focuses on the state's reasonable efforts, I leave open the possibility that the state could, in exceptional circumstances, violate an accused's *Charter* rights by unintentionally but substantially excluding a segment of the population. It may be that such substantial exclusion rises to a level that could leave the jury unable to fulfill its representative function, thereby depriving it of legitimacy in the eyes of society, and undermining its independence and impartiality. Where the jury roll is so deficient that society would no longer accept that a jury chosen from it could legitimately act on its behalf, an accused's rights protected by both ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter* will be violated.

[162] This additional aspect of the representativeness test permits a claimant to establish a *Charter* breach in circumstances where, despite an adequate process and the absence of deliberate exclusion, the resulting jury roll is nonetheless fundamentally flawed. This recognizes that although representativeness is primarily achieved through the process by which the jury roll is compiled, the effect of that process on the jury's ability to serve its functions cannot be ignored. Thus, this additional enquiry reflects the importance of representativeness and, in fact, broadens the state's constitutional obligation. However, as I will explain, such substantial exclusion does not arise in this case, and in my view the precise location of the threshold is best left for a future case.

[163] In summary, Canadian law has never defined juries as representative of all the particular characteristics or perspectives in society. The right to a jury in s. 11(f) of the *Charter* has never entitled an accused to a jury or jury roll of a particular composition. There are practical and principled reasons why it would be problematic to define any characteristics that ought to be reflected in a jury roll. Indeed, many perspectives are not represented, as individuals are in fact excluded from the jury roll by eligibility criteria and from the jury by being excused where participation would impose hardship. Judges regularly excuse potential jurors who

[161] Contrairement au juge Moldaver, dont le critère est axé sur les efforts raisonnables de l'État, je n'exclus pas la possibilité que l'État puisse, dans des situations exceptionnelles, violer les droits garantis à l'accusé par la *Charte* en excluant de façon involontaire mais importante une couche de la population. Il se peut que l'importance de cette exclusion soit telle que le jury ne soit pas en mesure d'exercer sa fonction représentative, le privant ainsi de sa légitimité aux yeux de la société et minant son indépendance et son impartialité. Dans les cas où la liste des jurés est à ce point lacunaire que la société n'admettrait plus qu'un jury constitué à partir de la liste puisse légitimement agir en son nom, il y a violation des droits que les al. 11d) et 11f) de la *Charte* garantissent à l'accusé.

[162] Cet aspect supplémentaire du critère de représentativité permet à un demandeur d'établir une violation de la *Charte* dans un cas où, malgré un processus adéquat et l'absence d'exclusion délibérée, la liste des jurés qui en résulte est néanmoins entachée d'un vice fondamental. On reconnaît ainsi que, même si la représentativité dépend principalement du processus par lequel la liste des jurés est constituée, on ne saurait faire abstraction de l'effet qu'a ce processus sur la capacité du jury d'exercer ses fonctions. Cette analyse supplémentaire traduit donc l'importance de la représentativité et élargit en fait l'obligation constitutionnelle de l'État. Toutefois, comme je l'expliquerai plus loin, il n'y a pas eu une exclusion aussi importante en l'espèce et j'estime qu'il vaut mieux attendre une autre occasion de fixer l'endroit précis où se situe le seuil.

[163] En résumé, le droit canadien n'a jamais indiqué que les jurys étaient représentatifs de toutes les caractéristiques ou de tous les points de vue particuliers que l'on trouve dans la société. Le droit à un jury garanti par l'al. 11f) de la *Charte* n'a jamais donné à l'accusé le droit à un jury ou à une liste de jurés d'une composition particulière. Pour des raisons d'ordre pratique et de principe, il serait problématique de définir les caractéristiques que l'on devrait retrouver dans une liste de jurés. En effet, de nombreux points de vue ne sont pas représentés, car des personnes sont en fait exclues de la liste des jurés par les critères d'admissibilité et exclues du jury

are self-employed or who would not be paid during their absence from employment, are students, or have child-care or other family responsibilities. I conclude that a representative jury guaranteed under s. 11(d) and (f) of the *Charter* is not defined by whether the jury roll reflects the perspectives and identities that make up a community. I see the representativeness of a jury as primarily functional, not descriptive. It acts on behalf of, and thus represents, society.

B. *What Does Representativeness Require?*

(1) Source Lists

[164] A representative jury roll is one that is created through a fair and random process, based on broadly inclusive source lists, that does not deliberately or substantially exclude a subset of the community. Such lists lay the foundation for each step that follows in the jury process. Ensuring that these lists are drawn broadly from the community is thus critical.

[165] However, perfection is not required, for many reasons. First, provinces must be given leeway to use a selection process that is practical given the nature of the source lists generally available. Provinces in Canada have chosen different mechanisms to access the broader community. Some use health records; others use electoral and assessment rolls, municipal directories, motor vehicle registration records, or a combination of multiple sources: Iacobucci Report, at paras. 150-74. Indeed, the use of these alternatives means that in many provinces it is impossible to determine the extent to which Aboriginal people are included in source lists. In Ontario, the statistics relating to the participation of Aboriginal people residing on reserves are only known because the *Juries Act* provides a separate process for individuals living on reserves. Those

lorsque des candidats jurés sont exemptés parce que leur participation leur imposerait une contrainte. Il arrive couramment aux juges d'exempter des candidats jurés qui travaillent à leur compte ou qui ne seraient pas rémunérés pendant leur absence du travail, qui sont aux études, qui doivent s'occuper d'enfants ou qui ont d'autres responsabilités familiales. Je conclus qu'un jury représentatif garanti par les al. 11d) et 11f) de la *Charte* n'est pas défini en fonction du fait que la liste des jurés reflète les points de vue et les identités qui composent une collectivité. À mon sens, la représentativité d'un jury est principalement fonctionnelle, et non descriptive. Le jury agit au nom de la société et, de ce fait, il la représente.

B. *Que faut-il pour qu'il y ait représentativité?*

(1) Les listes brutes

[164] La liste des jurés est représentative si elle est dressée au moyen d'un processus équitable et aléatoire, fondé sur des listes brutes largement inclusives, qui n'exclut pas délibérément ou de façon importante un segment de la collectivité. De telles listes servent de fondement à toutes les étapes subséquentes du processus de sélection des jurés. Il est donc essentiel de faire en sorte que ces listes soient produites à partir d'un large éventail de membres de la collectivité.

[165] Toutefois, la perfection n'est pas nécessaire, et ce, pour bien des raisons. Premièrement, il faut donner aux provinces la latitude d'employer un processus de sélection pratique eu égard à la nature des listes brutes généralement disponibles. Les provinces canadiennes ont choisi différents mécanismes pour dresser les listes de membres de la collectivité dans son ensemble. Certaines se servent de dossiers de santé, alors que d'autres utilisent les listes électorales et les rôles d'évaluation, les annuaires municipaux, les dossiers d'immatriculation automobile ou une combinaison de plusieurs sources : rapport Iacobucci, par. 150-174. En effet, l'utilisation de ces autres moyens signifie que dans bien des provinces, il est impossible de déterminer la proportion dans laquelle les Autochtones figurent sur les listes brutes. En Ontario, on ne connaît les

living outside of reserves are captured by municipal assessment lists, which do not include information about an individual's Aboriginal status.

[166] Second, unintentional exclusion of some segments of the community does not amount to a constitutional defect. Even the best source lists will still exclude some, and that inadvertent exclusion may disproportionately apply to certain groups of people. This alone is insufficient to establish a s. 11 violation. Because there are no perfect source lists, it follows that the state must be accorded flexibility in choosing a source list, recognizing that no list will be perfectly comprehensive, and that each has its own advantages and drawbacks. Such flexibility also recognizes the substantial leeway that governments must be given to define the boundaries of judicial districts, which are established for administrative and practical purposes and are not required to ensure the representation of any particular community or group. Such leeway is restricted only by the requirement that exclusion not rise to such a substantial level that the jury could not fulfill its representative function.

[167] While unintentional exclusion is likely to occur as a result of the practical realities of jury roll compilation, the same cannot be said of intentionally and improperly shutting out certain groups from participating. A jury roll tainted by such deliberate exclusion could hardly be considered to be drawn fairly and randomly from the broader community, nor could it be said to be independent and impartial. An accused will accordingly succeed in her challenge if she establishes deliberate exclusion for the purpose of restricting the representation of certain groups in the jury process.

statistiques relatives à la participation des Autochtones vivant dans des réserves que parce que la *Loi sur les jurys* prévoit un processus distinct pour les résidents des réserves. Ceux qui n'habitent pas les réserves sont répertoriés dans les listes d'évaluation municipale, lesquelles ne comprennent pas d'information sur le statut d'autochtone de chacun.

[166] Deuxièmement, l'exclusion involontaire de certains segments de la collectivité n'équivaut pas à un vice constitutionnel. Même les meilleures listes brutes excluront encore certaines personnes, et cette exclusion par inadvertance peut toucher certains groupes de façon disproportionnée. Cela ne suffit pas en soi pour établir une violation de l'art. 11. Puisqu'il n'existe pas de listes brutes parfaites, il s'ensuit que l'État doit bénéficier d'une marge de manœuvre dans le choix de la liste brute étant donné qu'aucune liste ne sera complète en tous points, et que chacune comporte ses propres avantages et inconvénients. Cette marge de manœuvre prend également en compte la latitude importante qu'il faut donner aux gouvernements pour définir les limites de districts judiciaires, lesquelles sont établies à des fins administratives et pratiques et qui n'ont pas à assurer la représentation d'une collectivité ou d'un groupe en particulier. Cette latitude n'est limitée que par l'obligation de veiller à ce que l'exclusion n'ait pas une ampleur telle que le jury ne puisse pas remplir sa fonction de représentation.

[167] Bien que l'exclusion involontaire soit susceptible de se produire en raison des réalités pratiques de la confection des listes de jurés, on ne peut pas en dire autant du fait d'empêcher intentionnellement et irrégulièrement certains groupes de participer. Une liste de jurés viciée par une telle exclusion délibérée ne peut guère être considérée avoir été dressée équitablement et au hasard à partir de la collectivité dans son ensemble, et on ne saurait pas non plus la qualifier d'indépendante et d'impartiale. Un accusé aura donc gain de cause dans sa contestation s'il établit une exclusion délibérée visant à limiter la représentation de certains groupes dans le processus de sélection des jurés.

(2) Delivery of Jury Notices

[168] The state must also ensure that the mechanism used to contact selected potential jurors does not undermine the broad-based and random quality of the jury roll. This does not mean that the state must devise a perfect model for the delivery of jury notices. The state will generally be able to establish that it used an adequate process where it uses the same system by which the individuals or communities in question would normally receive their mail.

(3) Representativeness Does Not Require Addressing Low Response Rates

[169] The accused's s. 11(d) and (f) rights require a neutral process for identifying and contacting prospective jurors. Those who receive a jury questionnaire are required by law to respond. If they choose not to, the accused's fair trial rights do not impose a constitutional obligation on the state to assist or encourage individuals to participate, provided that the jury roll meets the standard of being drawn broadly from the community.

[170] Cromwell J. requires that the state must encourage and facilitate the participation of prospective jurors who choose not to participate in the jury system. He reaches this conclusion largely on the basis of the state's responsibility for the estrangement of Aboriginal peoples from the justice system, and writes that "[h]aving played a substantial role in creating these problems, the state should have some obligation to address them" in order to fulfill its representativeness obligations (para. 281). The Court of Appeal also concluded that the state must encourage responses to jury notices.

[171] There can be no doubt that addressing the disengagement of Aboriginal peoples from the jury system is an important step in addressing the larger web of problems — described at paras. 4 and 14

(2) L'envoi des avis de sélection de juré

[168] L'État doit également faire en sorte que le mécanisme employé pour communiquer avec les candidats jurés sélectionnés ne mine pas la qualité généralisée et aléatoire de la liste des jurés. Cela ne veut pas dire que l'État doit concevoir un modèle parfait pour l'envoi des avis de sélection de juré. Généralement, l'État sera en mesure d'établir qu'il a employé un processus adéquat lorsqu'il utilise le même système par lequel les personnes ou les collectivités en question reçoivent normalement leur courrier.

(3) La représentativité n'oblige pas à remédier aux faibles taux de réponse

[169] Les droits que les al. 11d) et 11f) garantissent à l'accusé exigent l'utilisation d'un processus neutre pour identifier les candidats jurés et communiquer avec eux. Ceux qui reçoivent un questionnaire sont tenus par la loi d'y répondre. S'ils choisissent de ne pas le faire, les droits de l'accusé à un procès équitable n'imposent pas à l'État une obligation constitutionnelle d'aider ou d'inciter les gens à participer, pourvu que la liste des jurés respecte la norme voulant qu'elle résulte d'un large échantillonnage de la collectivité.

[170] Le juge Cromwell estime que l'État doit promouvoir et faciliter la participation de candidats jurés qui choisissent de ne pas participer au système de jury. Il tire cette conclusion en s'appuyant en grande partie sur la responsabilité de l'État en ce qui a trait à la marginalisation des Autochtones dans le système de justice, et affirme que « [v]u son rôle important dans la création de ces problèmes, l'État devrait avoir une certaine obligation d'y remédier » afin de s'acquitter de ses obligations en matière de représentativité (par. 281). La Cour d'appel a conclu elle aussi que l'État devait inciter les gens qui reçoivent des avis de sélection de juré à y répondre.

[171] Il ne fait aucun doute que s'attaquer au désengagement des Autochtones vis-à-vis le système de jury est une étape importante de la résolution du vaste ensemble de problèmes — qualifiés de crise

of the Iacobucci Report as a crisis — plaguing the justice system as it is applied to Aboriginal peoples. Nor can there be any doubt that this disengagement is a complex problem with deep roots and no easy answers. It is essential that the correct constitutional tool be brought to bear in addressing this problem. In this case, this Court is asked to decide whether an accused person's fair trial rights are tools suited to this task, and if so, how they should be deployed to remedy Aboriginal peoples' disengagement from the jury system.

[172] In my view, an accused person's fair trial rights do not require the state to encourage jury participation among those who are unwilling to participate. Troubling though such unwillingness may be, it does not mean the accused is deprived of his right to a trial by an impartial and independent jury, acting on behalf of society. In my view, finding otherwise would be inconsistent with the limited scope of representativeness in Canadian law. It is beyond the scope of an accused's fair trial rights as protected by s. 11(d) and (f) of the *Charter* to require the state to address issues that may cause segments of the population to disengage from the justice system. Thus, an accused's right to a trial by jury is not breached, and the verdict is not compromised, because the state does not actively facilitate the participation of those who will not or cannot participate. While it may be that such disengagement has implications for other constitutional rights, that question cannot be decided on the record in this case.

(4) Conclusion on Representativeness

[173] To conclude, jury representativeness has a limited meaning in Canadian law. It does not mean that the jury must reflect a cross-section of the community or its different characteristics or perspectives. A jury acts on behalf of and represents society. What is required is a neutral process for compiling the jury roll, in which prospective jurors are randomly selected from lists drawn broadly from the community as it is defined in the relevant legislation. Intentional exclusion of certain segments of

aux par. 4 et 14 du rapport Iacobucci — qui pèsent sur l'application du système de justice aux Autochtones. Il ne fait non plus aucun doute que ce désengagement est un problème complexe aux racines profondes et pour lequel il n'existe pas de solution simple. Il est essentiel que le bon outil constitutionnel soit utilisé pour remédier à ce problème. En l'espèce, la Cour est appelée à décider si les droits de l'accusé à un procès équitable sont des outils qui conviennent à cette tâche et, dans l'affirmative, à se prononcer sur l'utilisation qui doit en être faite pour remédier au désengagement des Autochtones vis-à-vis le système de jury.

[172] À mon avis, les droits de l'accusé à un procès équitable n'obligent pas l'État à inciter ceux qui ne veulent pas le faire à participer à la sélection des jurés. Aussi troublant ce refus soit-il, il ne prive pas l'accusé de son droit à un procès devant un jury impartial et indépendant agissant au nom de la société. À mon avis, la conclusion contraire serait incompatible avec la portée limitée de la représentativité en droit canadien. Les droits à un procès équitable que les al. 11d) et 11f) de la *Charte* garantissent à l'accusé n'obligent nullement l'État à s'attaquer aux problèmes qui peuvent amener des couches de la population à se désengager du système de justice. Par conséquent, il n'y a pas atteinte au droit de l'accusé à un procès avec jury et le verdict n'est pas compromis parce que l'État ne facilite pas activement la participation de ceux qui ne participent pas ou qui ne peuvent pas le faire. Bien que ce désengagement puisse avoir des répercussions sur d'autres droits constitutionnels, le dossier en l'espèce ne permet pas de trancher cette question.

(4) Conclusion sur la représentativité

[173] Pour conclure, la représentativité du jury a un sens limité en droit canadien. La représentativité ne signifie pas que le jury doit correspondre à un échantillon de la collectivité ou de ses différents points de vue ou caractéristiques. Le jury agit au nom de la société et la représente. Il faut un processus neutre pour dresser la liste des jurés, un processus par lequel les candidats jurés sont sélectionnés au hasard à l'aide de listes établies à partir d'un large éventail de membres de la collectivité au

the population from the jury roll would render it unconstitutional. Substantial but unintentional exclusion could conceivably be so extensive that the jury roll would no longer be accepted as acting on behalf of, and representing, society. However, as I shall explain, this does not arise in this case.

III. Application to the Facts

[174] Moldaver J.'s reasons at paras. 8-28 outline how the jury roll was compiled in Ontario and in the District of Kenora.

A. *The Findings of the Court of Appeal*

[175] The Court of Appeal examined three alleged deficiencies in the compilation of the 2008 jury roll for the District of Kenora. These deficiencies related to the adequacy of the source lists used to compile the jury roll, the adequacy of delivery methods by which prospective jurors were notified of their selection, and the low response rate of prospective jurors who received their jury notice.

(1) Adequacy of Source Lists

[176] Before the Court of Appeal, significant evidence was adduced regarding the poor and diminishing quality of the source lists by which Aboriginal people residing on reserves were included in the jury roll in the District of Kenora. In 2001, Indian and Northern Affairs Canada (INAC, now Aboriginal Affairs and Northern Development Canada) stopped providing Ontario with band lists for the purposes of s. 6(8) of the *Juries Act*, citing privacy concerns. After 2000, Court Services Division (CSD) staff of the Ministry of the Attorney General in the District of Kenora sought to obtain updated lists by contacting the First Nations for which they had received lists from INAC, as well as senior officials at the Nishnawbe Aski Nation. As part of these efforts, CSD staff also travelled to 15 fly-in reserves in 2007 to discuss jury participation with First Nations leadership. The same year, local CSD staff also learned

sens qui est donné à ce mot dans la législation pertinente. L'exclusion délibérée de certaines couches de la population de la liste des jurés la rendrait inconstitutionnelle. Une exclusion importante, bien qu'involontaire, peut en théorie être à ce point généralisée que la liste des jurés ne serait plus admise comme groupe agissant au nom de la société et représentant cette dernière. Toutefois, comme je l'expliquerai ci-dessous, ce n'est pas le cas en l'espèce.

III. Application aux faits

[174] Aux paragraphes 8 à 28, le juge Moldaver décrit la manière dont la liste des jurés a été dressée en Ontario et dans le district de Kenora.

A. *Les conclusions de la Cour d'appel*

[175] La Cour d'appel a examiné trois lacunes alléguées dans la confection de la liste des jurés de 2008 pour le district de Kenora. Ces lacunes avaient trait au caractère suffisant des listes brutes employées pour dresser la liste des jurés, au caractère suffisant des méthodes d'envoi par lesquelles les candidats jurés avaient été avisés de leur sélection et au faible taux de réponse des candidats jurés qui avaient reçu leur avis de sélection de juré.

(1) Caractère suffisant des listes brutes

[176] En Cour d'appel, on a présenté une preuve abondante concernant la piètre et déclinante qualité des listes brutes au moyen desquelles les Autochtones qui habitent une réserve étaient inscrits sur la liste des jurés dans le district de Kenora. En 2001, Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC, maintenant appelé Affaires autochtones et Développement du Nord Canada) a cessé de fournir à l'Ontario les listes de bandes pour l'application du par. 6(8) de la *Loi sur les jurys*, invoquant le souci du respect de la vie privée. Après 2000, les employés de la Division des services aux tribunaux (DST) du ministère du Procureur général dans le district de Kenora ont tenté d'obtenir des listes à jour en communiquant avec les Premières Nations pour lesquelles ils avaient reçu des listes d'AINC, et avec les hauts responsables de la Nation Nishnawbe Aski. Dans le cadre de ces démarches, les employés de la DST se

that they had accidentally excluded three First Nations from the jury roll, including the 2008 roll. As a result of these efforts, when questionnaires for the 2008 jury roll were to be mailed out, the Kenora CSD office had band lists from 2007 for eight First Nations; band lists from 2006 for two First Nations; INAC lists from 2000 for 32 First Nations; and no list for any of the three missing First Nations, or for an additional First Nation for which CSD staff appear never to have had a band list.

[177] LaForme J.A. found that the jury that convicted Mr. Kokopenace was drawn from lists so out of date that they failed to adequately represent Aboriginal people living on reserves on the jury roll. In his view, these deficiencies were compounded by Ontario's failure to update its policies in response to this Court's decision in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, which had the effect of expanding band electoral lists to include First Nation members residing both on and off reserves. He found that the failure to respond to these changes rendered band lists far less useful for the purpose of including Aboriginal people residing on reserves on the jury roll. He further found that the state both knew of this problem and did little to rectify it.

[178] The majority on this issue (Goudge and Rouleau J.J.A.) disagreed, finding that the effect of the lists on representation of Aboriginal on-reserve residents was modest. While Goudge J.A. agreed that the lists were dated and incomplete, he found that they nonetheless had significant utility for representativeness purposes because they still permitted

sont également rendus en 2007 dans 15 réserves accessibles par avion pour discuter de la participation à la sélection des jurés avec les dirigeants des Premières Nations. La même année, les employés locaux de la DST ont également appris qu'ils avaient accidentellement exclu trois Premières Nations de la liste des jurés, y compris la liste de 2008. À la suite de ces démarches, lorsque les questionnaires pour l'établissement de la liste des jurés de 2008 devaient être envoyés par la poste, le bureau de la DST de Kenora possédait les listes de bandes de 2007 visant huit Premières Nations, les listes de bandes de 2006 visant deux Premières Nations, les listes d'AINC de 2000 visant 32 Premières Nations, mais aucune liste visant l'une des trois Premières Nations manquantes ou visant une autre Première Nation pour laquelle les employés de la DST n'avaient apparemment jamais possédé de liste de bande.

[177] Le juge LaForme a conclu que le jury qui avait déclaré M. Kokopenace coupable avait été constitué à partir de listes tellement périmées qu'elles ne représentaient pas adéquatement sur la liste des jurés les Autochtones qui habitaient des réserves. À son avis, ces lacunes ont été aggravées par l'omission de l'Ontario de mettre à jour ses politiques pour donner suite à l'arrêt de notre Cour dans *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, qui a eu pour effet d'élargir les listes électorales des bandes pour y ajouter les membres de Premières Nations qui habitent une réserve et les membres hors réserve. Il a conclu que l'omission de donner suite à ces changements rendait les listes de bandes beaucoup moins utiles pour l'inscription des Autochtones qui habitent une réserve sur la liste des jurés. Il a en outre conclu que l'État était au courant de ce problème et qu'il avait fait peu de choses pour le corriger.

[178] Les juges majoritaires sur ce point (les juges Goudge et Rouleau) n'étaient pas d'accord, concluant que les listes avaient eu un effet minime sur la représentation des résidents autochtones d'une réserve. Le juge Goudge a reconnu que les listes étaient désuètes et incomplètes, mais il a conclu qu'elles étaient néanmoins d'une utilité considérable

the distinctive perspectives of Aboriginal on-reserve residents to be included in the jury roll. He further found that the efforts by CSD staff to obtain better lists were adequate in light of the modest impact that the flawed lists had on representativeness. Rouleau J.A. agreed that the impact of the inadequacies in the band lists was “quite modest”, and noted that the Iacobucci Report shows that obtaining complete and accurate lists will have only a limited impact on the problem of low levels of Aboriginal participation in the jury system (para. 290).

[179] I agree with the majority’s findings on this issue. Ontario compensated for the inadequacies in its lists with efforts to correct them. Although these efforts had limited success, CSD staff, acting with the advice of an experienced judge in the district, also sent out a much higher proportion of jury questionnaires using the band lists they possessed, in order to compensate for what they appreciated was a low response rate. While it is true that some on-reserve residents were unintentionally excluded from jury service because of the inadequacy of the lists, the majority’s finding that this exclusion had only a modest effect means that it does not depart from the requirement that the jury roll be drawn broadly from the community.

[180] For the same reason, the fact that four First Nations were not included does not render the jury roll unrepresentative. The requirement that prospective jurors be drawn from broad-based source lists does not demand perfect inclusion, and the unintentional exclusion of a small community — Aboriginal or non-Aboriginal — does not undermine the representativeness of the jury roll. Although the source lists did not include all eligible jurors or all First Nations, a jury selected from this jury roll could nonetheless find facts, impartially and independently, and render a verdict on behalf of society. As long as the state does not intentionally seek to exclude such communities, such modest exclusions

pour les besoins de la représentativité, puisqu’elles permettraient quand même d’inclure les points de vue particuliers des résidents autochtones des réserves dans la liste des jurés. Il a conclu que les efforts déployés par les employés de la DST en vue d’obtenir de meilleures listes étaient adéquats, vu l’incidence minime que les listes lacunaires avaient eue sur la représentativité. Le juge Rouleau a convenu que les failles des listes de bandes avaient eu un effet [TRANSDUCTION] « assez minime » et il a noté que, selon le rapport Iacobucci, l’obtention de listes complètes et exactes n’aura qu’un effet limité sur le problème des faibles taux de participation des Autochtones au sein du système de jury (par. 290).

[179] Je souscris aux conclusions des juges majoritaires sur ce point. L’Ontario a pallié les failles de ses listes en faisant des efforts pour les corriger. Bien que ces efforts aient connu un succès mitigé, les employés de la DST, sur l’avis d’un juge qui avait longtemps travaillé dans le district, ont également envoyé une proportion beaucoup plus élevée de questionnaires du juré en employant les listes de bandes qu’ils possédaient, pour pallier ce qu’ils reconnaissaient être un faible taux de réponse. S’il est vrai que certains résidents des réserves ont été involontairement exclus de la fonction de juré en raison de l’insuffisance des listes, la conclusion des juges majoritaires selon laquelle cette exclusion n’avait eu qu’un effet minime signifie qu’elle ne déroge pas à l’exigence que la liste des jurés soit dressée à partir d’un large échantillon de la collectivité.

[180] Pour la même raison, ce n’est pas parce que quatre Premières Nations ne figuraient pas sur la liste des jurés que cette liste n’est pas représentative. L’obligation de faire en sorte que les candidats jurés soient issus de listes brutes établies à partir d’un large échantillon n’exige pas que tous soient inclus et l’exclusion involontaire d’une petite collectivité — autochtone ou non — ne mine pas la représentativité de la liste des jurés. Même si les listes brutes ne comprenaient pas toutes les personnes habiles à remplir les fonctions de juré ou toutes les Premières Nations, un jury constitué à partir de cette liste de jurés pouvait néanmoins constater les faits de façon impartiale et indépendante et rendre

will not amount to a breach of an accused's rights under s. 11(d) or (f).

(2) Adequacy of Delivery Methods

[181] The Court of Appeal reached differing conclusions on the adequacy of the systems used by Ontario to deliver jury notices to individuals residing on reserves. LaForme J.A. did not directly address this issue in his reasons. Goudge J.A. found serious problems with delivery, and that Ontario was inattentive and did virtually nothing to determine the causes of failed delivery or how it might be remedied. In his view, "inaction by the state in the face of action that it could have taken cannot meet the reasonable efforts standard" (para. 262). Rouleau J.A. disagreed, and saw the problems with delivery as linked to the difficulties with obtaining up-to-date lists of on-reserve residents.

[182] I agree with Rouleau J.A. that any deficiencies in this case are intertwined with the problems the state was experiencing with accuracy of band lists. As discussed above, representativeness requires that jury notices be delivered to prospective jurors in a manner that does not deliberately or substantially undermine the broad-based and random quality of the jury roll. In this case, the state relied on the same system of mail delivery (general delivery and knowledge sort) that normally serves the reserve communities in question, and indeed which serves many small, remote communities in Canada. No substantial or deliberate exclusion of on-reserve Aboriginal people resulted from any deficiencies in this delivery method. Thus, in my view, the delivery methods used by the state did not violate Mr. Kokopenace's s. 11(f) right to trial by jury, nor did they violate his fair trial rights under s. 11(d) of the *Charter*.

un verdict au nom de la société. Tant que l'État ne cherche pas intentionnellement à exclure ces collectivités, les exclusions aussi minimales n'équivaudront pas à une atteinte aux droits que les al. 11d) ou 11f) garantissent à l'accusé.

(2) Caractère suffisant des méthodes d'envoi

[181] La Cour d'appel a tiré des conclusions divergentes quant au caractère suffisant des mécanismes employés par l'Ontario pour envoyer les avis de sélection de juré aux personnes qui habitaient les réserves. Le juge LaForme n'a pas directement traité de cette question dans ses motifs. Le juge Goudge a relevé de sérieux problèmes dans l'envoi des avis et a conclu que l'Ontario n'y avait pas porté attention et n'avait pratiquement rien fait pour déterminer les causes du défaut d'envoi ou pour trouver une façon d'y remédier. À son avis, [TRADUCTION] « l'omission de l'État de prendre les mesures qui étaient à sa disposition ne saurait satisfaire à la norme des efforts raisonnables » (par. 262). Le juge Rouleau n'était pas d'accord et estimait que les problèmes d'envoi étaient liés aux difficultés d'obtenir des listes à jour de résidents d'une réserve.

[182] Je conviens avec le juge Rouleau que toute lacune en l'espèce est étroitement liée aux problèmes qu'avait l'État relativement à l'exactitude des listes de bandes. Comme nous l'avons vu, la représentativité exige que les avis de sélection de juré soient envoyés aux candidats jurés d'une manière qui ne mine pas délibérément ou de façon importante la qualité généralisée et aléatoire de la liste des jurés. En l'espèce, l'État s'est servi du même système d'envoi de courrier (poste restante et tri du courrier par les employés de la poste selon leur connaissance du destinataire) qui dessert en temps normal les collectivités des réserves en question, voire bon nombre de petites collectivités éloignées au Canada. Les lacunes, s'il en est, de cette méthode d'envoi n'ont pas entraîné l'exclusion importante ou délibérée d'Autochtones qui habitent une réserve. Par conséquent, je suis d'avis que les méthodes d'envoi employées par l'État n'ont violé ni le droit à un procès avec jury que l'al. 11f) garantit à M. Kokopenace ni les droits à un procès équitable que lui garantit l'al. 11d) de la *Charte*.

(3) The Problem of Low Response Rates

[183] Significant evidence was marshalled before the Court of Appeal suggesting that even where the state succeeds in identifying and selecting Aboriginal people residing on reserves to be included in the jury roll, many of those individuals do not return the notices sent to them. The Iacobucci Report explains that this low response rate is not simply a function of difficulties with the mechanics of compiling the jury roll. Rather, it is symptomatic of the much more intractable problem of alienation of Aboriginal peoples from the justice system.

[184] The reasons identified for not participating in the jury process are many, and include conflict between First Nations cultural values and laws and those underpinning the Canadian criminal justice system; systemic discrimination experienced by Aboriginal people in the criminal justice and child welfare systems; the need for education about the justice system, and the jury in particular; negative perceptions of the justice system arising from problems with policing; the desire to assume greater control over community justice issues as part of self-government; and the often troubled relationship between the Ministry of the Attorney General and First Nations in Ontario: Iacobucci Report, at paras. 209-30 and 248-51.

[185] These reasons sit alongside more practical concerns regarding band member privacy, the types of questions asked in juror questionnaires and the logistical challenges faced by many who live in more remote communities: Iacobucci Report, at paras. 231-44. The Iacobucci Report notes that First Nations representatives “uniformly expressed the position that, until significant and substantive changes are made to the criminal justice system, the issue of jury participation will not improve” (para. 209).

(3) Le problème des faibles taux de réponse

[183] La preuve abondante réunie en Cour d’appel indique que, même lorsque l’État réussit à identifier et à sélectionner des Autochtones qui habitent une réserve pour les inscrire sur la liste des jurés, bon nombre d’entre eux ne retournent pas les avis qui leur ont été envoyés. Le rapport Iacobucci explique que ce faible taux de réponse n’est pas attribuable uniquement aux difficultés techniques liées à l’établissement de la liste des jurés. Il est plutôt le signe d’un problème beaucoup plus difficile à résoudre, soit l’aliénation des Autochtones à l’égard du système de justice.

[184] On a recensé de nombreuses raisons à l’origine de la non-participation au processus de sélection des jurés, notamment : l’opposition entre, d’une part, les valeurs culturelles et les lois des Premières Nations et, d’autre part, celles sur lesquelles repose le système de justice pénale canadien; la discrimination systémique subie par les Autochtones dans les systèmes de justice pénale et de protection de l’enfance; le besoin de transmettre de l’information sur le système de justice et le jury en particulier; les perceptions négatives du système de justice découlant de problèmes liés aux services de police; le désir d’exercer un contrôle accru sur la justice au sein des collectivités dans le cadre de l’autonomie gouvernementale; les rapports souvent difficiles entre le ministère du Procureur général et les Premières Nations en Ontario : rapport Iacobucci, par. 209-230 et 248-251.

[185] À ces raisons s’ajoutent des préoccupations d’ordre plus pratique relatives à la vie privée des membres de la bande, aux types de questions posées dans les questionnaires du juré et aux difficultés de logistique que rencontrent de nombreux habitants des collectivités éloignées : rapport Iacobucci, par. 231-244. Le rapport Iacobucci signale que « [c]e que [les auteurs du rapport ont] entendu [lors des discussions avec les représentants des Premières Nations], toujours et encore, est que le problème de la participation aux jurys restera sans solution tant que des changements importants et substantiels n’aient pas été apportés au système de justice pénale » (par. 209).

[186] At the Court of Appeal, all three judges agreed that the representativeness requirement under s. 11 requires the state to make efforts to address the low response rate among Aboriginal people residing on reserves. LaForme and Goudge J.J.A. found that the state had failed in this obligation, while Rouleau J.A. found the state's efforts to be sufficient. With respect, I cannot agree with these conclusions.

[187] As I stated at the outset of these reasons, there can be no dispute that the problems underlying the disengagement of so many Aboriginal people from the justice system are of fundamental importance. Indeed, they are among the most difficult and pressing problems facing Canadian society, and may very well have constitutional implications. This importance does not, however, mean that they are appropriately dealt with as part of an accused person's fair trial rights under s. 11 of the *Charter*. Nor does it mean that the legitimacy of jury verdicts in the District of Kenora should be compromised until such deep-seated problems are resolved.

[188] These fair trial rights entitle an accused person to an independent and impartial jury, drawn from a jury roll that was created through a fair and neutral process of random selection from broad-based source lists without deliberate or substantial exclusion. Understood this way, jury representativeness is a narrow right, aimed at ensuring that the jury can fulfill its important roles as finder of fact and as the link connecting the judicial process to the broader community. Section 11 is not the source of any duty on the state to encourage participation, or to repair damaged relationships that may cause some to disengage from the justice system. It is simply beyond the scope of s. 11 to require that the state address the reasons for this disaffection in order to uphold an accused individual's right to an impartial, independent and representative jury. Other tools must be brought to bear to resolve these problems.

[186] Les trois juges de la Cour d'appel ont tous convenu que l'exigence de représentativité fondée sur l'art. 11 obligeait l'État à faire des efforts pour s'attaquer au faible taux de réponse chez les Autochtones qui vivent dans des réserves. Les juges LaForme et Goudge ont conclu que l'État avait manqué à cette obligation, tandis que le juge Rouleau a conclu que les efforts de l'État étaient suffisants. Avec égards, je ne peux souscrire à ces conclusions.

[187] Comme je l'ai mentionné au début des présents motifs, il est incontestable que les problèmes sous-tendant le désengagement d'un si grand nombre d'Autochtones du système de justice revêtent une importance fondamentale. De fait, ils comptent parmi les problèmes les plus difficiles et les plus pressants auxquels se heurte la société canadienne et pourraient fort bien avoir des implications constitutionnelles. Toutefois, malgré la grande importance de ces problèmes, il ne convient pas de les traiter dans le cadre d'un débat sur les droits à un procès équitable que l'art. 11 de la *Charte* garantit à l'accusé. Cela ne veut pas dire non plus que la légitimité des verdicts rendus par des jurys dans le district de Kenora doit être compromise en attendant que ces problèmes si profondément enracinés soient résolus.

[188] Ces droits à un procès équitable permettent à l'accusé d'être jugé par un jury indépendant et impartial, issu d'une liste de jurés dressée au moyen d'un processus équitable et neutre de sélection aléatoire à partir de listes brutes provenant d'un large échantillon, sans exclusion délibérée ou importante. Interprétée ainsi, la représentativité du jury est un droit restreint qui vise à permettre au jury d'exercer ses fonctions importantes de juge des faits et de lien entre le processus judiciaire et la collectivité dans son ensemble. L'article 11 n'impose à l'État aucune obligation d'encourager la participation ou de réparer des relations mises à mal qui peuvent amener certains à se désengager du système de justice. L'article 11 ne va tout simplement pas jusqu'à obliger l'État à s'attaquer aux raisons de cette désaffection pour faire respecter le droit de l'accusé à un jury impartial, indépendant et représentatif. Il faudra employer d'autres outils pour résoudre ces problèmes.

IV. Conclusion

[189] In my view, the respondent has not established that the jury roll from which his jury was drawn was created in a manner that violated his rights under s. 11 of the *Charter*. I would accordingly allow the appeal, set aside the order for a new trial and restore his conviction.

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

CROMWELL J. (dissenting) —

I. Introduction

[190] Selecting a properly constituted jury lays the foundation required for a fair trial and public confidence in the administration of justice: see, e.g., *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694, at pp. 714 and 717. Fundamental to our conception of a properly selected jury is that it be drawn from a random sample of eligible people in the district who, by virtue of that random selection, are representative of its population. Randomness is a proxy for representativeness and every accused person in Canada who has a jury trial has a constitutional right to a jury that is representative in this sense: *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 11(d) and 11(f). This appeal tests whether this guarantee is real or illusory for Aboriginal people.

[191] Clifford Kokopenace was tried for second degree murder by a jury in Kenora and was ultimately convicted of manslaughter. He is an Aboriginal man from a First Nation reserve. Aboriginal people residing on reserves were drastically under-represented on the jury roll from which Mr. Kokopenace's jury was ultimately selected. The provincial officials responsible for compiling the jury roll used sources that were substantially out of date and which included people who ought not to have been included. They entirely excluded four First Nations reserves in the district.

IV. Conclusion

[189] À mon avis, l'intimé n'a pas établi que la liste des jurés à partir de laquelle on avait constitué son jury avait été dressée d'une manière qui violait les droits que lui garantit l'art. 11 de la *Charte*. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance prévoyant la tenue d'un nouveau procès et de rétablir la déclaration de culpabilité de l'intimé.

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

LE JUGE CROMWELL (dissident) —

I. Introduction

[190] La sélection d'un jury régulièrement constitué assure les assises nécessaires à la tenue d'un procès équitable et à la confiance du public dans l'administration de la justice (voir p. ex. *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694, p. 714 et 717). Notre conception d'un jury régulièrement formé repose essentiellement sur la condition qu'il soit constitué dans un district donné à partir d'un échantillon aléatoire de personnes habiles à remplir les fonctions de jurés qui, de par cette sélection au hasard, sont représentatives de la population de ce district. La sélection aléatoire est l'instrument de la représentativité, et tout inculpé au Canada qui bénéficie d'un procès avec jury a le droit constitutionnel à un jury représentatif entendu dans ce sens (*Charte canadienne des droits et libertés*, al. 11d) et f)). Il s'agit en l'espèce de savoir si cette garantie est réelle ou illusoire pour les Autochtones.

[191] À l'issue d'un procès avec jury pour meurtre au deuxième degré à Kenora, Clifford Kokopenace a été déclaré coupable d'homicide involontaire coupable. Il est un Autochtone issu d'une réserve des Premières Nations. Les Autochtones qui résident dans des réserves étaient considérablement sous-représentés sur la liste des jurés ayant servi à former le jury. Les fonctionnaires provinciaux chargés de dresser la liste des jurés ont utilisé pour ce faire des sources en grande partie périmées sur lesquelles figuraient des personnes qui n'auraient pas dû y être. Les

The provincial officials had serious problems delivering jury notices to on-reserve residents and those who received them were much less likely to respond than were other prospective jurors. And underlying all of this is the sad history of racial discrimination against Aboriginal peoples and their estrangement from the administration of criminal justice.

[192] When Mr. Kokopenace became aware of problems with the jury roll after his conviction, he appealed. A majority of the Court of Appeal set aside his conviction and ordered a new trial. After considering a mountain of evidence, the Court of Appeal concluded that the substantial under-representation of Aboriginal on-reserve residents on the jury roll undermined the appearance of fairness and public confidence in the administration of justice.

[193] In seeking to have this Court set aside that ruling, the Crown asks us to hold that the right to a representative jury roll means only that the state is prohibited from making improper exclusions and that the focus is not on results but on whether the state made reasonable efforts. As for the broader issues of discrimination against Aboriginal peoples and their estrangement from the justice system, we are told that jury representativeness is an inappropriate legal tool with which to address those issues. The state, we are told, may choose to address these issues as a matter of social policy, but they have nothing to do with the right to trial by jury.

[194] Similarly, my colleague Moldaver J. would find no *Charter* violation notwithstanding a 30 per cent race-based under-representation on the jury roll. He would conclude that the state, in the context of assembling jury rolls, is under no constitutional obligation to address, in any manner whatsoever, the systemic factors that contribute to this. Indeed, his view is that the state has no obligation beyond providing a “fair opportunity” to those who — as

réserves de quatre Premières Nations du district en étaient entièrement exclues. Les fonctionnaires provinciaux ont eu beaucoup de mal à faire parvenir les avis de sélection de juré aux résidents des réserves, et ces derniers, s’ils ont reçu l’avis, étaient nettement moins susceptibles d’y répondre que d’autres candidats jurés. Tout cela sur triste fond de discrimination raciale historique envers les peuples autochtones et de marginalisation de ces derniers dans l’administration de la justice pénale.

[192] Lorsque M. Kokopenace a été mis au courant des problèmes relatifs à la liste des jurés, après le prononcé de son verdict de culpabilité, il a interjeté appel. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont annulé sa déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Après avoir examiné une montagne de preuve, la Cour d’appel a conclu que la sous-représentation considérable des résidents autochtones de réserves sur la liste des jurés minait l’apparence d’équité et la confiance du public dans l’administration de la justice.

[193] Le ministère public, qui sollicite l’annulation de ce jugement, demande à la Cour de conclure que le droit à une liste des jurés représentative signifie simplement que l’État ne peut procéder à des exclusions irrégulières et que ce qui compte n’est pas tant le résultat que le fait que l’État a déployé ou non des efforts raisonnables. Quant aux grands problèmes de discrimination à l’égard des peuples autochtones et de leur marginalisation au sein du système de justice, invoquer la représentativité des jurys, nous dit-on, ne constitue pas le bon moyen juridique de les régler. L’État, nous dit-on, peut s’y attaquer dans le cadre d’une politique sociale, mais ils ne regardent en rien le droit à un procès avec jury.

[194] De même, mon collègue, le juge Moldaver, conclut à l’absence d’infraction à la *Charte* malgré une sous-représentation de 30 p. 100 fondée sur la race dans la liste des jurés. Selon lui, lorsqu’il prépare la liste des jurés, l’État n’est tenu à aucune obligation constitutionnelle de remédier aux facteurs systémiques sous-jacents. En effet, il estime que l’État a pour seule obligation d’offrir une « possibilité honnête » à ceux qui sont marginalisés

a result of prolonged racial discrimination — have become alienated from the system and whose participation would enhance its legitimacy.

[195] Like the majority of the Court of Appeal, I would reject these contentions. I do not regard compliance with the Constitution as either optional or as a matter of social policy. An Aboriginal man on trial for murder was forced to select a jury from a roll which excluded a significant part of the community on the basis of race — his race. This in my view is an affront to the administration of justice and undermines public confidence in the fairness of the criminal process. I would dismiss the appeal.

[196] While there are many deeply seated causes which contribute to Aboriginal under-representation on jury rolls, the *Charter* in my view ought to be read as providing an impetus for change, not an excuse for saying that the remedy lies elsewhere.

II. Facts, Issues and Judicial History

A. *Facts and Issues in Overview*

[197] The respondent, Clifford Kokopenace, was convicted of manslaughter on June 17, 2008, by a jury in the Superior Court of Justice in Kenora, Ontario. Not long after his conviction, he became aware of some possible problems with the 2008 jury roll from which the jury that convicted him had been selected. It emerged that only 4.1 percent of the potential jurors on the roll were Aboriginal on-reserve residents even though they made up approximately 30 percent of the adult population of the District of Kenora.

[198] Mr. Kokopenace appealed the conviction on the basis, among others, that the jury roll was not representative and therefore that his rights under the *Charter* to a jury trial, to a trial before an impartial tribunal and to equality before the law (ss. 11(f),

en raison d'une discrimination raciale de longue date et dont la participation améliorerait la légitimité du système.

[195] À l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel, je suis d'avis de rejeter ces prétentions. J'estime que le respect de la Constitution n'est ni facultatif ni une question de politique sociale. Un Autochtone devant être jugé pour meurtre a été forcé de choisir un jury à partir d'une liste des jurés de laquelle était exclue une bonne partie de la collectivité sur le fondement de la race — la sienne. Cette situation déconsidère à mon avis l'administration de la justice et ébranle la confiance du public dans l'équité du processus pénal. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

[196] Certes, la sous-représentation des Autochtones sur les listes des jurés a de nombreuses causes profondes. Or, à mon avis il faut voir la *Charte* comme un moteur de changement, et non s'en servir pour renvoyer à autrui la responsabilité d'accorder réparation.

II. Faits, questions en litige et historique judiciaire

A. *Aperçu des faits et des questions en litige*

[197] L'intimé, Clifford Kokopenace, a été reconnu coupable d'homicide involontaire coupable le 17 juin 2008 par un jury en Cour supérieure de justice, à Kenora, en Ontario. Peu de temps après le prononcé du verdict, il a appris que la liste des jurés dressée pour 2008 et qui avait servi à la sélection du jury qui l'avait reconnu coupable était peut-être entachée de certaines irrégularités. Il s'est avéré que seulement 4,1 p. 100 des candidats jurés inscrits sur la liste étaient des résidents autochtones d'une réserve bien que ceux-ci représentent environ 30 p. 100 de la population adulte du district de Kenora.

[198] M. Kokopenace a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité au motif notamment que la liste des jurés n'était pas représentative et que, par conséquent, il y avait eu atteinte à ses droits garantis par la *Charte* à un procès avec jury, à un procès devant un

11(d) and 15) had been violated. The Court of Appeal, by a majority, agreed that his rights had been infringed, set aside the conviction and ordered a new trial: 2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481.

[199] On the Crown's appeal to this Court, there is no dispute that there is such a concept as jury representativeness. However, the meaning and content of a right to a representative jury roll, whether it has been violated and, if so, what remedy should flow from that breach are all contested.

[200] I will address three related issues:

- (a) What is the content of the right to have a representative jury roll?
- (b) Was there a breach of that right in Mr. Kokopenace's case?
- (c) If so, what is the appropriate remedy?

[201] I do not find it necessary to address the equality rights issue (s. 15 of the *Charter*) in light of my conclusion that Mr. Kokopenace's rights to a jury trial and to a trial before an impartial tribunal (under ss. 11(f) and 11(d)) have been violated and that he should have a new trial before a properly constituted jury.

B. *The Jury Selection Process in Ontario*

[202] This case concerns how a jury roll is compiled and the right to have a representative roll. A basic understanding of what a jury roll is and how a jury is ultimately selected to try a case is therefore a useful starting point.

[203] I emphasize that there is no challenge here to the legislation which governs how to assemble a jury roll or to select a jury to try a case. Mr. Kokopenace's complaint is that the effect of the legislation as it was applied in this case infringed his rights, not that there is any constitutional defect in the legislation itself.

tribunal impartial et à l'égalité devant la loi (al. 11f) et d), et art. 15). La Cour d'appel, à la majorité, a reconnu qu'il y avait eu atteinte à ses droits; elle a annulé le verdict de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès (2013 ONCA 389, 115 O.R. (3d) 481).

[199] Dans le pourvoi interjeté par le ministère public devant notre Cour, l'existence du concept de la représentativité du jury n'est pas contestée. Le litige porte plutôt sur le sens et la teneur du droit à une liste des jurés représentative, la question de savoir s'il y a eu atteinte à ce droit et, dans l'affirmative, la réparation qu'il convient d'accorder.

[200] J'aborderai ces trois questions connexes :

- a) En quoi consiste le droit à une liste des jurés représentative?
- b) Y a-t-il eu atteinte à ce droit dans le cas de M. Kokopenace?
- c) Dans l'affirmative, quelle réparation convient-il d'accorder?

[201] J'estime qu'il n'est pas nécessaire d'aborder les droits à l'égalité (art. 15 de la *Charte*) vu que je conclus à une atteinte aux droits de M. Kokopenace à un procès avec jury et à un procès devant un tribunal impartial (garantis par les al. 11f) et 11d)) et à la nécessité d'un nouveau procès devant un jury régulièrement formé.

B. *Le processus de sélection des jurés en Ontario*

[202] La présente affaire porte sur la préparation de la liste des jurés et sur le droit à une liste représentative. Un bon point de départ serait donc de déterminer en quoi consiste une liste des jurés et comment le jury est sélectionné pour le procès.

[203] Je tiens à souligner que les dispositions législatives qui régissent la préparation de la liste des jurés ou le choix du jury pour un procès ne sont pas contestées. Monsieur Kokopenace dénonce la manière dont elles ont été appliquées en l'espèce et qui a porté atteinte à ses droits, non pas l'existence d'un vice constitutionnel qui les entacherait.

[204] There are three phases in the process in Ontario which leads ultimately to the selection of a 12-person “petit” jury to try a criminal case. First, a jury roll is prepared by the sheriff: C. Granger, *The Criminal Jury Trial in Canada* (2nd ed. 1996), at pp. 114-17. Then, at the request of a judge, names from that list are selected by the sheriff to constitute jury panels, sometimes referred to as the jury “array”: Granger, at pp. 117-21 and 143. Finally, through the “in-court” jury selection stage, a petit jury is selected from among the members of the jury panel.

[205] Only the third step of this process is governed by the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46; the other two stages are governed by provincial statutes: E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 2, at p. 17-2; Granger, at p. 143. The constitutional breach alleged in this appeal occurred at the first stage of the jury selection process and concerns how the jury roll was assembled.

[206] In Ontario, the assembly of the jury roll is governed by the *Juries Act*, R.S.O. 1990, c. J.3. Under s. 5, each year the sheriff determines the number of prospective jurors required for the year and transmits that information to the Director of Assessment. From there, jury service notices and questionnaires are sent out to randomly selected persons (s. 6(1)). Everyone who receives a jury service notice is required by law to complete the questionnaire and return it to the sheriff (s. 6(5)); it is an offence punishable by fine or imprisonment not to do so (s. 38(3)). Once the jury service questionnaires have been returned, the sheriff prepares a jury roll made of those who returned the questionnaires and who are eligible for jury service and certifies that it is a proper roll (ss. 8 and 9).

[207] When a jury panel is required, a precept is issued to the sheriff by a judge of the Superior Court of Justice in the form prescribed by regulation: *Juries Act*, s. 12. The sheriff must then randomly select the panel from all whose names are on

[204] En Ontario, le processus comporte trois étapes qui mènent à la sélection d’un petit jury constitué de 12 jurés qui jugeront dans un procès criminel. Tout d’abord, le shérif prépare une liste des jurés (C. Granger, *The Criminal Jury Trial in Canada* (2^e éd. 1996), p. 114-117). Ensuite, à la demande d’un juge, le shérif sélectionne des noms figurant sur la liste des jurés pour composer les tableaux des jurés (Granger, p. 117-121 et 143). Enfin, le petit jury est formé par tirage en salle d’audience parmi les personnes inscrites au tableau.

[205] Seule la troisième étape du processus est régie par le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46; les deux autres sont régies par des lois provinciales (E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, p. 17-2; Granger, p. 143). L’entorse à la Constitution invoquée dans le présent pourvoi est survenue à la première étape du processus de sélection des jurés et concerne la préparation de la liste des jurés.

[206] En Ontario, la préparation de la liste des jurés est régie par la *Loi sur les jurys*, L.R.O. 1990, c. J.3. Aux termes de l’art. 5, le shérif détermine chaque année le nombre de candidats jurés nécessaires au cours de l’année et transmet ces renseignements au directeur de l’évaluation, qui fait envoyer des avis de sélection de juré et les formules de rapport à des personnes choisies au hasard (par. 6(1)). Toute personne qui reçoit un tel avis a l’obligation légale de renvoyer la formule de rapport dûment remplie au shérif (par. 6(5)), à défaut de quoi elle peut être déclarée coupable d’une infraction punissable d’une amende ou d’une peine d’emprisonnement (par. 38(3)). Après avoir reçu les formules de rapport, le shérif dresse la liste des jurés en y inscrivant le nom des personnes habiles à remplir les fonctions de jurés parmi celles qui ont renvoyé la formule et il certifie que la liste est conforme (art. 8 et 9).

[207] Lorsque la formation d’un tableau des jurés est requise, un juge de la Cour supérieure de justice délivre au shérif des citations selon la formule prescrite par les règlements (*Loi sur les jurys*, art. 12). Le shérif choisit ensuite le tableau en faisant

the jury roll (ss. 15 to 18.1). Members of the panel are subsequently summoned by the sheriff and, if not excused for reason of illness or serious hardship, are required by law to attend the court's sitting (s. 19).

[208] When a petit jury is selected for a trial, the clerk of the court randomly draws names of members of the jury panel following the procedure prescribed at s. 631 of the *Criminal Code*. In turn, the jurors whose names have been drawn and who have not been either excused by the judge, challenged peremptorily or successfully challenged for cause are sworn in until all of the jurors required to try the case (and alternates if any) have been selected: *Criminal Code*, ss. 639 to 642.

[209] I turn next to the lists from which people are selected at random to get jury service notices and questionnaires. The process for obtaining lists of residents differs depending on the territory. There are three categories.

[210] The first relates to people living in territory with municipal organization, i.e. those who are included in the enumeration under the *Assessment Act*, R.S.O. 1990, c. A.31. Under s. 6(2) of the *Juries Act*, the Director of Assessment is required to send jury service notices to a random selection of persons whose names and addresses have been obtained at the most recent enumeration of the inhabitants of the county under s. 15 of the *Assessment Act*.

[211] The second category is for people who live neither in municipally organized territory nor on reserves. Section 8(6) of the *Juries Act* provides that the sheriff is to "have recourse to the latest polling list prepared and certified for such territory, and to any assessment or collector's roll prepared for

un tirage au sort à partir de tous les noms qui figurent sur la liste des jurés (art. 15 à 18.1). Le shérif assigne ensuite les personnes inscrites au tableau, lesquelles sont légalement tenues, à moins d'avoir été exemptées pour cause de maladie ou de préjudice grave, de se présenter devant le tribunal (art. 19).

[208] Pour la formation du petit jury en vue d'un procès, le greffier du tribunal tire au sort les noms des personnes inscrites au tableau des jurés en suivant la procédure prévue à l'art. 631 du *Code criminel*. Par la suite, les jurés dont le nom a été tiré et qui n'ont pas été dispensés par le juge ou qui n'ont pas fait l'objet d'une récusation péremptoire ou d'une récusation motivée fondée sont assermentés jusqu'à ce que leur nombre suffise à constituer un jury complet (y compris des jurés suppléants, s'il en est ordonné) (*Code criminel*, art. 639 à 642).

[209] Examinons les registres qui servent à la sélection aléatoire des personnes à qui seront envoyés des avis de sélection de juré et des formules de rapport. Dans les présents motifs, les termes « sources », « registres » et « bassin » sont employés de manière interchangeable et renvoient au terme « listes brutes » qu'utilisent mes collègues. Le processus qui permet d'obtenir les registres de résidents diffère selon le territoire. Il en existe trois catégories.

[210] La première vise les personnes qui résident dans une municipalité, c'est-à-dire les personnes dénombrées au recensement prévu par la *Loi sur l'évaluation foncière*, L.R.O. 1990, c. A.31. Suivant le par. 6(2) de la *Loi sur les jurys*, le directeur de l'évaluation doit envoyer les avis de sélection de juré à des personnes choisies au hasard, dont le nom et l'adresse proviennent du dernier recensement des habitants du comté effectué en vertu de l'art. 15 de la *Loi sur l'évaluation foncière*.

[211] La deuxième catégorie vise les personnes qui ne résident ni dans un territoire érigé en municipalité ni dans une réserve. Le paragraphe 8(6) de la *Loi sur les jurys* prévoit que le shérif « peut recourir à tout registre disponible et, notamment, à la plus récente liste électorale établie et certifiée

school purposes” and that he “may obtain names from any other record available”.

[212] The third category consists of people residing on reserves. I note that there is no dispute in this case that the overwhelming majority of on-reserve residents are Aboriginal people. Therefore, like the Court of Appeal, I do not see any meaningful distinction between “on-reserve residents” and “Aboriginal on-reserve residents” (para. 11). Aboriginal reserves are not subject to assessments under the *Assessment Act* and as a result the Ontario government does not produce lists of Aboriginal on-reserve residents. Unlike in the first two categories, the *Juries Act* does not refer to any other specific record of Aboriginal on-reserve residents that is to be used by the sheriff for jury purposes. Instead, s. 6(8) simply permits the sheriff to “obtain the names of inhabitants of the reserve from any record available”.

[213] It should be noted that, even though under the *Juries Act* it is the “sheriff” who is responsible for the jury roll process, in practice these responsibilities are carried out by various provincial and local employees. Local court staff is responsible for determining the number of jury service notices to be sent out for both on-reserve and off-reserve residents. The Municipal Property Assessment Corporation is responsible for randomly selecting names from municipal enumeration lists while local court staff is responsible for the random selection and for the mailing of notices to Aboriginal on-reserve residents. In addition, the Provincial Jury Centre (“PJC”) is responsible for preparing the jury notices and questionnaires, which are then provided to local court staff and mailed out. Once the questionnaires have been returned and the roll is ready, the roll is certified by the Director for Court Operations for the West Region, who acts as the sheriff for this purpose. Finally, the PJC is responsible for issuing summons and generating a jury panel on receipt of a precept, using a computerized jury selection system.

pour ce territoire, ainsi qu’au rôle d’évaluation ou de perception dressé aux fins scolaires ».

[212] La troisième catégorie vise les personnes qui résident dans une réserve. Je fais remarquer qu’il est acquis aux débats en l’espèce que la très grande majorité des résidents d’une réserve sont des Autochtones. Par conséquent, tout comme la Cour d’appel, j’estime qu’il n’existe pas de véritable distinction entre les [TRADUCTION] « résidents de réserves » et les « résidents autochtones de réserves » (par. 11). Les réserves autochtones n’étant pas visées par le recensement prescrit par la *Loi sur l’évaluation foncière*, le gouvernement ontarien ne produit pas de listes énumérant les résidents autochtones des réserves. Contrairement à ce qui y est prévu dans le cas des deux premières catégories, la *Loi sur les jurys* ne renvoie dans ce cas à aucun registre précis des résidents autochtones de réserves pour la sélection d’un jury par le shérif. En fait, le par. 6(8) permet simplement au shérif d’« obtenir le nom des habitants de la réserve en consultant tout registre disponible ».

[213] Il convient de souligner que, sous le régime de la *Loi sur les jurys*, la responsabilité d’établir la liste des jurés incombe au « shérif », mais ce sont divers employés provinciaux et locaux qui s’en acquittent dans les faits. Le personnel judiciaire local détermine le nombre d’avis de sélection de juré qui doivent être envoyés aux résidents de réserves et aux résidents hors réserve. La Société d’évaluation foncière des municipalités sélectionne des noms au hasard à partir de la liste de recensement municipale, tandis que le personnel judiciaire local s’occupe de la sélection au hasard de résidents autochtones de réserves et de l’envoi des avis à ces derniers. En outre, le Centre provincial de sélection des jurés (le « CPSJ ») prépare les avis de sélection de juré et les formules de rapport, qui sont ensuite remis au personnel judiciaire local qui les achemine par la poste. Une fois que les formules de rapport sont retournées au shérif et que la liste des jurés est préparée, celle-ci est certifiée par le directeur de l’administration des tribunaux de la région Ouest, qui agit au nom du shérif à cet égard. Enfin, le CPSJ est celui qui délivre les assignations et dresse le tableau des jurés au moyen d’un système de sélection des jurés informatisé, sur réception de la citation.

C. *Proceedings in the Superior Court of Justice and the Court of Appeal*

[214] Mr. Kokopenace's concerns with regard to the process leading to the creation of the 2008 jury roll in the District of Kenora were brought to the attention of the trial judge, Stach J. Since the jury had already rendered its verdict, he declined to adjourn the sentencing proceedings to hear a mistrial application because he considered himself *functus officio*.

[215] The challenge to the representativeness of the jury roll was therefore heard for the first time by a panel of the Ontario Court of Appeal, which considered extensive fresh evidence with respect to this issue. The court was unanimous that, in order to satisfy its obligation to provide a representative jury roll, the test was whether Ontario had made reasonable efforts to provide a fair opportunity for groups with distinctive perspectives to be included. The Court of Appeal also unanimously rejected Mr. Kokopenace's s. 15 claim. The court divided on the outcome of the appeal, however.

[216] LaForme and Goudge JJ.A., in separate reasons, agreed that Mr. Kokopenace's ss. 11(d) and 11(f) rights had been breached by the state's failure to make reasonable efforts to provide Aboriginal on-reserve residents with a fair opportunity to be included on the jury roll. The majority of the Court of Appeal found that the state knew or ought to have known that there was a serious problem of under-representation of Aboriginal on-reserve residents in the jury roll; that the state's actions to address the problem were inadequate and largely unresponsive to the problems and that additional steps should have been taken to address the under-representation issue at the material time. A new trial was ordered.

[217] The two judges of the majority diverged in their approaches to the specific areas of state action where Ontario failed to meet its constitutional obligation. According to LaForme J.A., the state was facing, but failed to meaningfully address, two main

C. *Instance devant la Cour supérieure de justice et devant la Cour d'appel*

[214] Les préoccupations de M. Kokopenace à l'égard du processus qui a donné lieu à la liste des jurés pour 2008 dans le district de Kenora ont été portées à l'attention du juge Stach, qui présidait le procès. Comme le jury avait déjà prononcé son verdict, le juge a refusé d'ajourner la détermination de la peine afin d'instruire une demande en annulation du procès parce qu'il s'estimait dessaisi.

[215] La question de la représentativité de la liste des jurés a donc été débattue pour la première fois devant la Cour d'appel de l'Ontario, laquelle a examiné de nombreux nouveaux éléments de preuve à cet égard. La cour a conclu à l'unanimité que, pour déterminer si l'Ontario avait rempli son obligation de fournir une liste des jurés représentative, il fallait se demander s'il avait déployé des efforts raisonnables pour donner aux groupes ayant des perspectives particulières une possibilité honnête d'être inscrits sur cette liste. La Cour d'appel a également rejeté, à l'unanimité, les prétentions de M. Kokopenace fondées sur l'art. 15. La cour était cependant divisée sur l'issue de l'appel.

[216] Les juges LaForme et Goudge ont tous deux convenu, dans des motifs distincts, que les droits que M. Kokopenace tire des al. 11d) et 11f) avaient été violés parce que l'État n'avait pas déployé des efforts raisonnables pour offrir aux résidents autochtones de réserves une possibilité honnête de figurer sur la liste des jurés. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que l'État connaissait ou aurait dû connaître la grave sous-représentation des résidents autochtones de réserves sur la liste des jurés; que les mesures prises par l'État pour régler le problème étaient insuffisantes et très mal adaptées et que d'autres mesures s'imposaient pour remédier au problème à l'époque pertinente. La Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[217] Les deux juges majoritaires n'ont pas envisagé de la même façon les sphères d'action étatique où l'Ontario avait manqué à son obligation constitutionnelle. Selon le juge LaForme, l'État se heurtait à deux principaux problèmes auxquels il ne

problems: obtaining accurate up-to-date lists of Aboriginal on-reserve residents and addressing the deteriorating rate of return of the jury questionnaires. Goudge J.A.'s conclusion that Ontario failed to meet its obligations was based on its "failure to make reasonable efforts to facilitate delivery of questionnaires to Aboriginal on-reserve residents and to encourage responses to them" (para. 277).

[218] Rouleau J.A., dissenting, concluded that the state's efforts were sufficient to comply with its *Charter* obligations and would have dismissed the appeal. In his view, the state's efforts should be assessed by focusing on what was known at the time the jury roll was prepared. It is only after the compilation of the 2008 jury roll, with the publication of a report of the Honourable Frank Iacobucci on the issue of First Nations representation on juries in Ontario, that Ontario was made aware of the complexity of the issue: *First Nations Representation on Ontario Juries: Report of the Independent Review Conducted by The Honourable Frank Iacobucci* (2013) ("Iacobucci Report"). According to Rouleau J.A., viewed in light of the information known at the time, the state's efforts had been reasonable.

III. Analysis

A. *What Is the Content of the Right to Have a Representative Jury Roll?*

[219] This appeal raises specific questions about the representativeness of a jury roll in the District of Kenora. But these issues have to be viewed in the broader context of the place and purpose of jury trials in our system of criminal justice and the special meaning of representativeness in connection with s. 11 *Charter* rights.

s'était pas véritablement attaqué : obtenir les listes, à jour et exactes, des résidents autochtones de réserves et prendre des mesures pour améliorer le taux décroissant de renvoi des formules de rapport. Pour sa part, le juge Goudge a conclu que l'Ontario ne s'était pas acquitté de ses obligations parce qu'il n'avait [TRADUCTION] « pas fait d'efforts raisonnables pour faciliter la distribution des formules aux résidents autochtones de réserves et pour les encourager à les retourner » (par. 277).

[218] Le juge Rouleau, dissident, a conclu que l'État avait déployé des efforts suffisants pour respecter les obligations que la *Charte* lui impose et, par conséquent, il était d'avis de rejeter l'appel. Selon lui, pour mesurer les efforts de l'État, il fallait s'en tenir à ce qui était connu au moment de la préparation de la liste des jurés. Ce n'est qu'après l'établissement de la liste des jurés pour 2008 et après la publication du rapport de l'honorable Frank Iacobucci sur la représentation des Premières Nations sur les listes des jurés en Ontario que l'Ontario a été avisé de la complexité de la question (*La représentation des Premières Nations sur la liste des jurés en Ontario : Rapport de l'examen indépendant mené par l'honorable Frank Iacobucci* (2013) (« rapport Iacobucci »). Selon le juge Rouleau, compte tenu des renseignements connus à l'époque, les efforts de l'État étaient à son avis raisonnables.

III. Analyse

A. *En quoi consiste le droit à une liste des jurés représentative?*

[219] Le présent pourvoi soulève des questions précises concernant la représentativité des listes des jurés dans le district de Kenora. Il faut cependant examiner ces questions à la lumière de la place qu'occupe le procès avec jury dans notre système de justice pénale et de son objet, compte tenu du sens particulier à donner à la représentativité lorsqu'il est question des droits que garantit l'art. 11 de la *Charte*.

(1) The Jury Trial in the Criminal Justice System

[220] In the Anglo-Canadian tradition of criminal justice, the jury is seen as a “bulwark of individual liberty” of accused persons and as a “vehicle of public education . . . lending the weight of community standards to trial verdicts”: *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at pp. 1309-10; *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828, at para. 30. The jury functions as a fact-finder, as the conscience of the community, as the ultimate protection against oppressive laws and oppressive law enforcement and as an educative institution through which members of the public directly participate in an important judicial process: Law Reform Commission of Canada, Working Paper 27, *The Jury in Criminal Trials* (1980), at pp. 5-14. The jury system is intended and ought to enhance the legitimacy of the criminal justice system in the eyes of the public. It puts real power in the hands of the people, giving members of the public both authority and responsibility for how the criminal law is applied in individual cases.

[221] To fulfill these important functions, a jury must be — and be perceived to be — representative of the community, competent in relation to its tasks, impartial and independent. That a jury actually possesses these qualities ultimately depends on who is selected for jury duty. Thus, compilation of the jury roll from which a petit jury is ultimately selected is of fundamental importance to both the fairness in fact and to the perceived fairness of the trial. Selection of a proper jury is the foundation of everything that follows at trial.

(2) The Place of Representativeness Within Section 11 Charter Rights

[222] In Canada, there is no stand-alone *Charter*-protected right to a representative jury. But representativeness, in the sense that the jury roll is randomly selected from an appropriate pool of prospective jurors, is a component of the *Charter* rights to a jury trial and to be tried by an independent and impartial tribunal. Sections 11(d) and 11(f) of the *Charter*,

(1) Le procès avec jury dans le système de justice pénale

[220] Dans la justice pénale de tradition anglo-canadienne, le jury est considéré comme le « rempart des libertés individuelles » de l'accusé et comme « moyen d'éducation du public [. . .] incorporant les normes de la société aux verdicts des procès » (*R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, p. 1309-1310; *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828, par. 30). Le jury exerce plusieurs fonctions : il est le juge des faits, la conscience de la collectivité, le rempart contre l'oppression des lois ainsi qu'une institution éducative par laquelle le public participe directement à un processus judiciaire important (Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 27, *Le jury en droit pénal* (1980), p. 5-15). Le système du jury est censé renforcer la légitimité du système de justice pénale aux yeux du public. Il confie un véritable pouvoir aux citoyens en leur donnant l'autorité et la responsabilité d'appliquer le droit pénal dans une affaire donnée.

[221] Pour remplir ces importantes fonctions, le jury doit être — et paraître — représentatif de la collectivité, compétent dans l'accomplissement de ses tâches, impartial et indépendant. La question de savoir si le jury possède effectivement ces qualités dépend des personnes choisies pour constituer le jury. C'est pourquoi l'établissement de la liste des jurés à partir de laquelle le petit jury est formé revêt une importance fondamentale pour l'équité réelle et perçue du procès. La formation d'un jury convenable constitue le fondement sur lequel repose toute l'instruction du procès.

(2) La place de la représentativité dans les droits que garantit l'art. 11 de la Charte

[222] Au Canada, la *Charte* ne garantit pas de droit distinct à un jury représentatif. La représentativité — en ce sens que la liste des jurés résulte d'un tirage au sort effectué à partir d'un bassin acceptable de candidats jurés — s'inscrit dans le droit à un procès avec jury et le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial garantis par la

which are engaged with respect to persons “charged with an offence”, provide as follows:

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

. . .

(f) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

[223] It will be helpful to briefly set out several points about the contours of the right to a representative jury roll.

(a) *Randomness as a Proxy for Representativeness*

[224] Representativeness of the jury, while of fundamental importance, is nonetheless understood in an “inherently qualified” sense: C.A. reasons, at para. 31. The focus of representativeness is on whether the jury roll, from which jurors will ultimately be selected, is as broadly representative of the community as would a group of people selected at random from within that community. When I refer to the requirement of representativeness, I am referring to representativeness in this sense. In the leading case of *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, at p. 525, L’Heureux-Dubé J. explained that a jury will be sufficiently representative if the initial array (and I would add, the roll from which it is selected) is composed of a random selection made from appropriate sources:

Provincial legislation guarantees representativeness, at least in the initial array. The random selection process, coupled with the sources from which this selection is made, ensures the representativeness of Canadian criminal juries.

Charte. Les alinéas 11d) et 11f) de la *Charte*, qui s’appliquent aux inculpés, disposent :

11. Tout inculpé a le droit :

. . .

d) d’être présumé innocent tant qu’il n’est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l’issue d’un procès public et équitable;

. . .

f) sauf s’il s’agit d’une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d’un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l’infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

[223] Il sera utile d’exposer brièvement quelques points concernant les paramètres du droit à une liste des jurés représentative.

a) *La sélection aléatoire est l’instrument de la représentativité*

[224] La représentativité du jury, dont l’importance est fondamentale, est néanmoins interprétée dans un sens [TRADUCTION] « essentiellement restreint » (motifs de la C.A., par. 31). L’aspect central de la représentativité est la question de savoir si la liste des jurés, qui sert à la sélection des jurés, est aussi représentative de la collectivité que le serait un groupe de personnes choisies aléatoirement au sein de cette même collectivité. Je conçois l’obligation de représentativité exactement dans ce sens. Dans l’arrêt de principe *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, p. 525, la juge L’Heureux-Dubé explique qu’un jury sera suffisamment représentatif si le tableau initial (et j’ajouterais, la liste à partir de laquelle ce tableau est établi) résulte d’une sélection aléatoire issue de sources adéquates :

La représentativité est garantie par la législation provinciale, du moins dans le cas du tableau initial. Le processus de sélection au hasard, conjugué aux sources à partir desquelles s’effectue cette sélection, assure la représentativité du jury criminel canadien.

[225] O’Leary J. put the same point well in *R. v. Born with a Tooth* (1993), 81 C.C.C. (3d) 393 (Alta. Q.B.), at p. 396:

Representativeness is guaranteed, first, by ensuring that as far as possible and practicable the pool or population from which jury panels are selected is representative of the whole community, and, secondly, by selecting jury panels from that pool on a random basis.

[226] Thus, random selection is a proxy for representativeness. A representative jury roll is one that substantially resembles the group of persons that would be assembled through a process of random selection of all eligible jurors in the relevant community. A petit jury is representative if it is properly selected from that roll. But random selection is only a good proxy for representativeness if the pool of persons to whom a process of random selection is applied to assemble the jury roll is itself broadly based within the relevant community.

(b) *There Are Strong Reasons Supporting This Limited Understanding of Representativeness*

[227] Allowing random selection to be a proxy for representativeness is supported by both practical and policy reasons. If representativeness in this context were given a broader meaning, there could be endless debates about who and what needs to be represented on the jury: race, gender, sexual orientation, marital status, political leanings, age, and economic status are only a few of the possibilities. Defining all of the relevant senses in which a jury should be representative, let alone going about assembling a jury roll that is representative in all of those ways, would pose insurmountable practical problems. Going down that road would also inevitably lead to serious — and under our legal traditions, unacceptable — intrusions into the privacy of prospective jurors, many of whom would not be willing to reveal the sorts of personal characteristics or opinions included on the brief list I have set out.

[225] Le juge O’Leary a bien expliqué ce point dans le jugement *R. c. Born with a Tooth* (1993), 81 C.C.C. (3d) 393 (B.R. Alb.), p. 396 :

[TRADUCTION] La représentativité est garantie, premièrement, par l’assurance que le bassin ou la population à partir desquels sont établis les tableaux des jurés est, dans la plus grande mesure du possible, représentatif de la collectivité tout entière et, deuxièmement, par la sélection aléatoire des tableaux des jurés à partir de ce bassin.

[226] Ainsi, la sélection aléatoire est l’instrument de la représentativité. Une liste des jurés représentative ressemble sensiblement au groupe de personnes qui serait réuni à l’issue d’un processus de sélection au hasard effectuée parmi toutes les personnes habiles à remplir les fonctions de jurés dans une collectivité donnée. Le petit jury est représentatif lorsqu’il est régulièrement sélectionné à partir de cette liste. Or, la sélection aléatoire n’est un bon instrument de la représentativité que si le bassin de personnes auquel elle s’applique quand il s’agit de dresser la liste des jurés résulte lui-même d’un vaste échantillonnage au sein de la collectivité.

(b) *D’importantes raisons étayent cette conception restrictive de la représentativité*

[227] Des raisons d’ordre pratique et de principe étayent cette conception de la sélection aléatoire comme instrument de la représentativité. S’il fallait définir plus largement la représentativité dans ce contexte, d’interminables débats s’ensuivraient pour savoir qui le jury doit représenter et sur la base de quelles caractéristiques, dont la race, le sexe, l’orientation sexuelle, l’état matrimonial, les allégeances politiques, l’âge et la situation économique. Définir toutes les facettes possibles de la représentativité d’un jury — et, de surcroît, dresser une liste des jurés qui les refléterait toutes — présenterait des difficultés d’ordre pratique insurmontables. En outre, s’engager dans cette voie entraînerait inévitablement une incursion grave — voire inacceptable selon nos traditions juridiques — dans la vie privée des candidats jurés, dont un grand nombre refuseraient de révéler ce genre de caractéristiques ou opinions personnelles que j’énumère précédemment.

[228] These policy and practical considerations mean that we must not enlarge the Crown's disclosure obligations or expose potential jurors to intrusions into their privacy. While we attach great importance to the right to a representative jury roll, this does not imply, let alone require, that this right must trump all other considerations. We also attach great importance to the right to an impartial jury, yet we place strict limits on how that right may be pursued. We do not allow the parties to have prospective jurors examined by psychologists before trial; indeed, we greatly restrict the scope of questioning of prospective jurors in court, even in the context of a demonstrated cause for challenge: see *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, at paras. 51-56. Any number of other examples may be given from the criminal law where we do not pursue one right at the expense of others. There is nothing unusual, let alone "incongruous", about holding that the right to a representative jury roll must be balanced with and defined in light of other important rights and values, including other safeguards of jury impartiality. Moreover, protecting juror privacy may be understood as serving, not undermining, juror impartiality. As Moldaver J. wrote in *R. v. Yumnu*, 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777, at para. 42: "Once selected, jurors become judges of the facts. Their personal lives at that point are no more relevant than that of the presiding judge."

[229] The practical effect of protecting individual jurors' privacy is that an accused will rarely be in a position to establish the under-representation of a particular group other than by pointing to an inadequate list or some other significant departure from the random selection principle. But this case is highly unusual. Section 6(8) of the *Juries Act* singles out an obviously distinct group: Aboriginal on-reserve residents. What is even more unusual, the evidence confronts us with the stubborn fact that there are substantially fewer of them — nearly 30 percent fewer — on the jury roll than there would

[228] Ces considérations de principe et d'ordre pratique signifient que nous devons nous garder d'élargir la portée des obligations de communication du ministère public ou d'exposer la vie privée des candidats jurés. Certes, nous attachons une grande importance au droit à une liste des jurés représentative, mais il ne s'ensuit pas que ce droit l'emporte sur toutes les autres considérations. Nous attachons aussi une grande importance au droit à un jury impartial, et pourtant nous assortissons ce droit de limites strictes. Nous ne permettons pas aux parties de faire examiner les candidats jurés par des psychologues avant le procès; en fait nous restreignons grandement la portée de l'interrogatoire auquel sont soumis les candidats jurés dans la salle d'audience, même lorsqu'un motif de récusation est démontré (voir *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 51-56). On peut nommer en droit criminel bien d'autres cas où un droit n'est pas protégé au détriment d'un autre. Il n'y a rien d'inhabituel, et encore moins d'« incongru », à conclure qu'il faut mettre en balance le droit à une liste des jurés représentative d'une part et les autres droits et valeurs importants, y compris d'autres mesures visant à assurer l'impartialité du jury, d'autre part et que le premier se définit à la lumière des autres. De plus, on peut concevoir que la protection de la vie privée des jurés ne mine pas, mais favorise, l'impartialité du jury. Pour reprendre les propos du juge Moldaver dans l'arrêt *R. c. Yumnu*, 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777, qu'il a exprimés au par. 42 : « Lorsqu'ils ont été choisis, les jurés deviennent les juges des faits. Leur vie personnelle n'est dès lors pas plus pertinente que celle du juge qui préside l'audience. »

[229] Concrètement, la protection de la vie privée d'un juré signifie qu'un accusé sera rarement en mesure d'établir la sous-représentation d'un groupe donné à moins de dénoncer le caractère inadéquat d'un registre ou une autre dérogation importante au principe de la sélection aléatoire. La présente affaire est toutefois très inhabituelle. Le paragraphe 6(8) de la *Loi sur les jurys* vise un groupe manifestement distinct : les résidents autochtones de réserves. Il est encore plus inhabituel que la preuve nous mette en présence du fait indiscutable qu'ils sont beaucoup moins nombreux sur

be in a random sample of potential jurors in the judicial district. It does not turn our tradition of jury selection upside down to deal with this; it is inconsistent with that tradition to ignore it.

[230] The rationale of the more limited, “randomness” approach to representativeness was well expressed by Rosenberg J.A. in *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65 (C.A.), at pp. 120-21:

The right to a representative jury roll is not absolute in the sense that the accused is entitled to a roll representative of all of the many groups that make up Canadian society. This level of representativeness would be impossible to obtain. There are a number of practical barriers inherent in the selection process that make complete representativeness impossible. The roll is selected from a discrete geographical district which itself may or may not be representative of the broader Canadian society.

Further, the critical characteristic of impartiality in the petit jury is ensured, in part, by the fact that the roll and the panel are produced through a random selection process. To require the sheriff to assemble a fully representative roll or panel would run counter to the random selection process. The sheriff would need to add potential jurors to the roll or the panel based upon perceived characteristics required for representativeness. The selection process would become much more intrusive since the sheriff in order to carry out the task of selecting a representative roll would require information from potential jurors as to their race, religion, country of origin and other characteristics considered essential to achieve representativeness. [Emphasis added.]

[231] The right to a representative jury roll therefore does not imply any right to be tried by a petit jury which proportionally represents the population. Nor is there a right to be tried by a jury whose members belong to the same group, race or gender as does the accused: *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761, at paras. 55-60, per McLachlin J.; *Church of Scientology*, at p. 121; *R. v. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405 (Man. C.A.), at pp. 421-22; *Born with a Tooth*, at p. 397. (I note that the comments of McLachlin J.

la liste des jurés — et ce dans une proportion de près de 30 p. 100 — qu’ils ne le seraient dans un échantillon pris au hasard dans le district judiciaire. Nous attaquer à ce problème ne bouleversera pas notre tradition de sélection des jurés; en faire fi serait la renier.

[230] Dans l’arrêt *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65 (C.A.), p. 120-121, le juge Rosenberg a bien expliqué la conception stricte de la représentativité, qui repose sur une sélection aléatoire :

[TRADUCTION] Le droit à une liste des jurés représentative n’est pas absolu si on entend par là qu’elle est représentative de chacun des nombreux groupes dont la société canadienne est composée. Un tel degré de représentativité est impossible à atteindre. De nombreux obstacles concrets propres au processus de sélection rendent la représentativité intégrale impossible. La liste est dressée à partir d’un district géographique précis, lequel peut ou non être représentatif de la société canadienne en général.

En outre, l’impartialité du petit jury est une caractéristique fondamentale qui est assurée, en partie, par le fait que la liste et le tableau sont issus d’un processus de sélection au hasard. Demander au shérif de préparer une liste ou un tableau entièrement représentatif serait contraire à la sélection au hasard. Il faudrait que le shérif ajoute à la liste ou au tableau des candidats jurés qui correspondraient aux caractéristiques perçues nécessaires à la représentativité. Le processus de sélection deviendrait beaucoup plus indiscret, le shérif devant, pour préparer une liste représentative, exiger des candidats jurés des renseignements concernant leur race, leur religion, leur pays d’origine et d’autres caractéristiques jugées essentielles à la représentativité. [Je souligne.]

[231] En conséquence, le droit à une liste des jurés représentative n’emporte pas le droit d’être jugé par un petit jury qui représente, toutes proportions gardées, la population, ni celui d’être jugé par un jury dont les membres appartiennent au même groupe, à la même race ou au même sexe que l’accusé (*R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761, par. 55-60, la juge McLachlin; *Church of Scientology*, p. 121; *R. c. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405 (C.A. Man.), p. 421-422; *Born with a Tooth*, p. 397). (Je signale

(as she then was) in *Biddle* relate to the composition of a *petit* jury; the Court has at least twice affirmed the requirement that the *jury array* be representative: *Sherratt*, at p. 525, per L'Heureux-Dubé J. for the majority; *Williams*, at paras. 45-47, per McLachlin J. (as she then was) for the Court.)

[232] Representativeness as we understand it is thus largely dependent on the jury roll from which potential jurors are selected because a random selection of persons from that roll is deemed to be sufficiently representative.

[233] Let me be crystal clear. The focus of this analysis is on the process of random selection because this is, in our legal tradition, a proxy for representativeness. A flawed random selection may be demonstrated by showing faults in the process, such as the omission of large numbers of eligible jurors from the roll as in *R. v. Buckingham*, 2007 NLTD 107, 221 C.C.C. (3d) 568. But that is not the only way a departure from proper random selection may be shown. The fact that the focus is on the random selection *process* does not mean that the *results* of the process employed to compile the jury roll are irrelevant to whether there has been an acceptable process of random selection. The process used in this case produced results that obviously and significantly departed from any result that could be obtained by a proper process of random selection. Unlike my colleague Moldaver J., my view is that we should not ignore the results when they plainly show, as they do here, a significant departure from a properly conducted random selection process.

(c) *Representativeness and Impartiality Are Distinct But Related Concepts*

[234] Representativeness should not be confused or equated with impartiality. But representativeness is part of an interlocking set of protections which,

que les remarques de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Biddle* portaient sur la composition du *petit* jury; la Cour a confirmé à au moins deux reprises l'obligation quant à la représentativité du *tableau des jurés* (*Sherratt*, p. 525, la juge L'Heureux-Dubé, au nom des juges majoritaires; *Williams*, par. 45-47, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) au nom de la Cour.)

[232] La représentativité telle que nous la concevons dépend donc largement de la liste des jurés utilisée pour la sélection des candidats jurés puisqu'une sélection au hasard des noms tirés de cette liste est réputée satisfaire au critère de représentativité.

[233] Je tiens à être très clair. L'analyse est axée sur le processus de sélection aléatoire parce qu'il est, dans notre tradition juridique, l'instrument de la représentativité. Il est possible d'établir une sélection aléatoire lacunaire en démontrant des vices dans le processus, par exemple qu'un grand nombre de personnes habiles à remplir les fonctions de jurés ont été exclues de la liste, comme cela s'est produit dans l'affaire *R. c. Buckingham*, 2007 NLTD 107, 221 C.C.C. (3d) 568. Or, il existe d'autres moyens de démontrer un écart par rapport à une sélection aléatoire en bonne et due forme. Que l'analyse soit axée sur le *processus* de sélection aléatoire ne signifie pas que les *résultats* du processus ne comptent pas lorsqu'il s'agit de déterminer si ce dernier était acceptable. En l'espèce, le processus a produit des résultats qui se démarquent manifestement et considérablement de ceux qu'aurait produits une sélection aléatoire en bonne et due forme. Contrairement à mon collègue, le juge Moldaver, j'estime qu'on ne saurait faire fi des résultats lorsqu'ils démontrent clairement, comme dans la présente affaire, un écart considérable par rapport à un processus en bonne et due forme de sélection aléatoire.

c) *La représentativité et l'impartialité sont des notions distinctes, mais connexes*

[234] Il ne faudrait pas confondre représentativité et impartialité. La représentativité s'inscrit dans un ouvrage de protections qui contribuent à

together, help to assure impartiality and contribute to public confidence. These include instructions from the trial judge, submissions from counsel, challenges to the jury array, the trial judge's authority to screen out partial jurors and the challenge for cause process: see, e.g., *Williams*, at para. 47. As L'Heureux-Dubé J. put it in *Sherratt*:

The perceived importance of the jury and the *Charter* right to jury trial is meaningless without some guarantee that it will perform its duties impartially and represent, as far as is possible and appropriate in the circumstances, the larger community. Indeed, without the two characteristics of impartiality and representativeness, a jury would be unable to perform properly many of the functions that make its existence desirable . . . [Emphasis added; p. 525.]

[235] Under ss. 629 and 630 of the *Criminal Code*, an accused person or the prosecutor may challenge the “array” — i.e. the panel of jurors summoned for jury selection — on grounds of “partiality, fraud or wilful misconduct on the part of the sheriff or other officer by whom the panel was returned”: see also Ewaschuk, at pp. 17-5 and 17-6. This sort of challenge is made before trial. Such challenges have been made, for example, where there was evidence that the sheriff had a policy of not including Aboriginal people in the array and where the array was assembled using long outdated lists which excluded tens of thousands of eligible jurors: *R. v. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243 (B.C.C.A.); *Buckingham*.

[236] The trial judge has considerable discretion to excuse jurors whose impartiality is questioned: *Criminal Code*, ss. 632 and 633. The parties also have the right to exercise peremptory challenges and the opportunity to challenge for cause, which are provided for by ss. 634 to 638 of the *Criminal Code*: see also *Williams*, at para. 47; *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), at p. 334.

[237] These opportunities to assure impartiality in fact work with the requirement of representativeness

assurer l'impartialité du jury et la confiance du public. Il s'agit notamment des directives du juge et des avocats, de la récusation du tableau des jurés, du pouvoir du juge d'écartier les jurés partiiaux et du processus de récusation motivée (voir p. ex. *Williams*, par. 47). Pour reprendre les propos de la juge L'Heureux-Dubé dans *Sherratt* :

L'importance perçue du jury et du droit, conféré par la *Charte*, à un procès avec jury n'est qu'illusoire en l'absence d'une garantie quelconque que le jury va remplir ses fonctions impartialement et représenter, dans la mesure où cela est possible et indiqué dans les circonstances, l'ensemble de la collectivité. De fait, sans les deux caractéristiques de l'impartialité et de la représentativité, un jury se verrait dans l'impossibilité de remplir convenablement un bon nombre des fonctions qui rendent son existence souhaitable . . . [Je souligne; p. 525.]

[235] Aux termes des art. 629 et 630 du *Code criminel*, l'accusé ou le poursuivant peut demander la récusation du tableau des jurés, soit ceux qui ont été assignés pour constituer le jury, pour l'un des motifs suivants : « . . . partialité, fraude ou in-conduite délibérée du shérif ou des autres fonctionnaires qui ont constitué le tableau » (voir également Ewaschuk, p. 17-5 et 17-6). Les demandes de ce genre sont présentées avant le procès. La récusation a été demandée, par exemple, dans un cas où la preuve avait établi que le shérif avait pour principe de n'inscrire aucun Autochtone au tableau et un autre où le tableau avait été créé à partir de registres depuis longtemps périmés sur lesquels ne figuraient pas des dizaines de milliers de personnes habiles à remplir les fonctions de jurés (*R. c. Butler* (1984), 63 C.C.C. (3d) 243 (C.A.C.-B.); *Buckingham*).

[236] Le juge du procès a un vaste pouvoir discrétionnaire lui permettant de dispenser les jurés dont l'impartialité est mise en doute (*Code criminel*, art. 632 et 633). Les parties ont également le droit de récuser péremptoirement un juré et la possibilité de procéder à la récusation motivée, prévus aux art. 634 à 638 du *Code criminel* (voir également *Williams*, par. 47; *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), p. 334).

[237] Ces moyens de garantir l'impartialité, conjugués à l'obligation de représentativité, visent à

to ensure an impartial jury whose views and attitudes are anchored in the community in which the trial takes place. The resulting jury is thus a “representative cross-section of society, honestly and fairly chosen”: *Sherratt*, at p. 524.

[238] All of these protections, including the requirement of representativeness, are especially important in the context of potential racial prejudice. As the present Chief Justice wrote in *Williams*, racial prejudice is “insidious”. It is “[b]uried deep in the human psyche” and rests on “preconceptions and unchallenged assumptions that unconsciously shape the daily behaviour of individuals” (para. 21). A jury roll that is representative of the community is more likely to result in a petit jury that can avoid these often unconscious effects of racism. Indeed, our law of challenge for cause is premised on representativeness in this sense: *ibid.*, at para. 42. If that premise is not sound, the interlocking protections of impartiality as a whole are weakened.

[239] *Williams* also teaches us to be sceptical about “slippery slope” arguments used to oppose efforts to adapt the jury selection process to guard against racism in jury selection. It is suggested by my colleague that addressing the race-based underrepresentation that confronts in this case will make it “virtually impossible to have a jury trial anywhere in this country” so that the “administration of criminal justice would suffer a devastating blow”: Moldaver J., at para. 83. Similar contentions were advanced in opposition to race-based challenges for cause in *Williams*: see paras. 51-56. They were rejected and the sky has not fallen. They should be rejected here as well.

[240] There are many obvious concrete and practical steps that could be taken to address this problem.

produire un jury impartial dont les membres ont des points de vue et des attitudes ancrés dans la collectivité où se tient le procès. Le jury ainsi produit est donc un « échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement » (*Sherratt*, p. 524).

[238] Toutes ces protections, y compris l’obligation de représentativité, sont particulièrement importantes dans un contexte où les préjugés raciaux sont possibles. Pour reprendre les propos de la Juge en chef actuelle dans *Williams*, les préjugés raciaux sont d’une nature « insidieuse ». Ces notions « [p]rofondément enracinées dans la psyché humaine » reposent sur « des idées préconçues et des suppositions incontestées qui façonnent le comportement quotidien des gens sans qu’ils s’en rendent compte » (par. 21). Une liste des jurés représentative de la collectivité donnera vraisemblablement un petit jury qui pourra éviter ces effets souvent inconscients du racisme. D’ailleurs, les règles relatives à la récusation motivée sont fondées sur le principe de la représentativité entendue en ce sens (*ibid.*, par. 42). Si la prémisse n’est pas solide, l’ouvrage des protections de l’impartialité s’en trouve en entier affaibli.

[239] L’arrêt *Williams* nous enseigne également de nous méfier des arguments dits « du doigt dans l’engrenage » que l’on pourrait invoquer pour s’opposer aux efforts de réforme du processus de sélection des jurés pour contrer le racisme dans la sélection des jurés. Mon collègue propose que si on voulait remédier à la sous-représentation fondée sur la race qui est en cause dans le présent litige, il « serait alors pratiquement impossible de tenir un procès avec jury à quelque endroit que ce soit au pays » de telle sorte que « l’administration de la justice pénale en souffrirait énormément » (motifs du juge Moldaver, par. 83). Des arguments semblables avaient été avancés dans l’affaire *Williams* en opposition à la récusation fondée sur la race (voir par. 51-56). À l’époque, ils ont été rejetés, et le ciel ne nous est pas tombé sur la tête. De même, il faut les rejeter en l’espèce.

[240] Il existe de nombreux moyens évidents de s’attaquer concrètement au problème. Par exemple,

Some of these, for example, are outlined in the reasons of Goudge J.A. in the Court of Appeal: see, e.g., para. 273. One such obvious step — and one which was not taken — was to make “a concerted effort to determine from Aboriginal on-reserve leaders why the response rates were so comparatively low, or what the state might do to help” (para. 265). Goudge J.A. concluded that “there are and were things the state could do to alleviate the problem, had it investigated” (para. 274). Or as LaForme J.A. summed it up: “. . . the state’s actions show that it almost entirely failed to inform its approach with an understanding of its special relationship with Aboriginal people There is no evidence that the state took into account the critical estrangement of Aboriginal persons from the criminal justice system . . . in its approach to the jury representation problem” (para. 210).

(d) *Representativeness and Sections 11(f) and 11(d) of the Charter*

[241] Section 11(f) — guaranteeing a right to a jury trial for offences punishable by five years in prison or a more severe penalty — enshrines in our Constitution the institution of the jury as a fundamental component of the Canadian criminal justice system. Representativeness is an integral part of that component. L’Heureux-Dubé J. in *Sherratt*, at p. 524, noted that the jury “was envisioned as a representative cross-section of society, honestly and fairly chosen” and that “[a]ny other vision may run counter to the very rationales underlying the existence of such a body.” I touched on these rationales earlier. They include bringing collective wisdom to the task of fact-finding, acting as the conscience of the community, providing a bulwark against oppressive laws or their enforcement, serving as a means by which the public may increase its knowledge of the criminal justice system and through that knowledge increase societal trust in the system as a whole: *Sherratt*, at pp. 523-24.

certain sont esquissés dans les motifs du juge Goudge de la Cour d’appel (voir p. ex. par. 273). L’un de ces moyens évidents — mais qui n’a pas été pris — consistait à faire [TRADUCTION] « des efforts concertés pour déterminer, après consultation des chefs des réserves autochtones, les causes du faible taux de réponse au sein de celles-ci par rapport au taux à l’extérieur des réserves ou les mesures étatiques qui permettraient d’améliorer la situation » (par. 265). Selon le juge Goudge, « il y a et il y avait des solutions pour remédier à ce problème, si l’État les avait cherchées » (par. 274). Ou encore, comme le résume le juge LaForme de la Cour d’appel : [TRADUCTION] « . . . les actes de l’État démontrent qu’il a presque fait complètement fi de la relation spéciale qu’il entretient avec les Autochtones [. . .] Rien ne prouve que l’État a tenu compte de la marginalisation critique des Autochtones dans le système de justice pénale [. . .] dans sa façon d’aborder le problème de leur représentation au sein des jurys » (par. 210).

d) *La représentativité et les al. 11f) et 11d) de la Charte*

[241] L’alinéa 11f) — le droit de bénéficier d’un procès avec jury si l’on est accusé d’une infraction punissable d’un emprisonnement de cinq ans ou d’une peine plus grave — constitutionnalise l’institution du jury comme composante fondamentale du système canadien de justice pénale. La représentativité est partie intégrante de cette composante. Dans l’arrêt *Sherratt*, la juge L’Heureux-Dubé souligne à la p. 524 que le jury « [est] con[çu] [. . .] comme un échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement » et que « [t]oute autre vision risque d’aller à l’encontre des motifs mêmes de l’existence d’une telle institution. » J’aborde précédemment ces motifs : la qualité de juge des faits du jury repose sur la sagesse collective des jurés; il exprime la conscience de la collectivité; il sert de rempart contre les lois oppressives ou leur application; il constitue un moyen par lequel le public acquiert une meilleure connaissance du système de justice criminelle; et, grâce à cette connaissance, il accroît la confiance de la société dans l’ensemble du système (*Sherratt*, p. 523-524).

[242] Representativeness therefore “brings to the jury function . . . the possibility of different perspectives from a diverse group of persons” and “seeks to avoid the risk that persons with these different perspectives . . . will be systematically excluded from the jury roll”: *Church of Scientology*, at p. 122. It follows that representativeness is one of the fundamental characteristics of a properly constituted jury: *Sherratt*, at p. 525. Representativeness, along with impartiality, is essential in order for the institution of the jury to perform its function as the “conscience of the community” and in order for s. 11(f) to be meaningful and effective: see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. It is therefore seen as an element of that right: *Sherratt*, at pp. 523-25; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 43, per McLachlin C.J.; *R. v. Yooya*, [1995] 1 C.N.L.R. 166 (Sask. Q.B.); *R. v. Teerhuis-Moar*, 2010 MBCA 102, 222 C.R.R. (2d) 207, at paras. 132-43; *Church of Scientology*, at p. 119.

[243] In addition to the role that representativeness plays in actualizing the right to a jury trial under s. 11(f) of the *Charter*, it is also one of the components which ensure that the jury is “an independent and impartial tribunal” under s. 11(d). In *Williams*, this Court included a “representative jury pool” as one of the “essential safeguard[s] of the accused’s s. 11(d) *Charter* right to a fair trial and an impartial jury”: para. 47; see also *R. v. Pan*, 2001 SCC 42, [2001] 2 S.C.R. 344, at para. 42; *Davey*, at para. 30; *Parks*, at p. 336. Thus, defects in the formation of the jury that affect its representative character will be taken into account in order to determine whether there is a breach of s. 11(d). For example, in *R. v. Nahdee*, [1994] 2 C.N.L.R. 158 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), the court found that the sheriff’s complete failure to obtain lists of Aboriginal on-reserve residents resulted in a jury roll that was not representative and, relying on s. 11(d) of the *Charter*, declared the selection process for the array to be fatally flawed *ab initio*. In the context of a coroner’s inquest, the Ontario Court of Appeal also stated that the effective exclusion of Aboriginal people could be

[242] Par conséquent, la représentativité [TRANSDUCTION] « assortit les fonctions du jury [. . .] de la possibilité qu’un groupe hétérogène présente des points de vue différents » et « vise à faire en sorte que des personnes avec ces points de vue différents [. . .] ne risquent pas d’être systématiquement exclues de la liste des jurés » (*Church of Scientology*, p. 122). Il s’ensuit que la représentativité constitue l’une des caractéristiques fondamentales d’un jury régulièrement formé (*Sherratt*, p. 525). La représentativité, tout comme l’impartialité, est essentielle pour que l’institution du jury joue son rôle de « conscience de la collectivité » et pour que l’al. 11f) ait un véritable effet (voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295). La représentativité est conçue comme une partie intégrante de ce droit (*Sherratt*, p. 523-525; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 43, la juge en chef McLachlin; *R. c. Yooya*, [1995] 1 C.N.L.R. 166 (B.R. Sask.); *R. c. Teerhuis-Moar*, 2010 MBCA 102, 222 C.R.R. (2d) 207, par. 132-143; *Church of Scientology*, p. 119).

[243] En plus du rôle qu’elle joue pour donner effet au droit à un procès avec jury garanti par l’al. 11f) de la *Charte*, la représentativité constitue l’un des éléments qui font du jury « un tribunal indépendant et impartial » au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’al. 11d). Dans l’arrêt *Williams*, la Cour précise qu’un « tableau des jurés représentatif » constitue une « garantie essentielle du droit à un procès équitable et à un jury impartial, que l’al. 11d) de la *Charte* confère à l’accusé » (par. 47; voir également *R. c. Pan*, 2001 CSC 42, [2001] 2 R.C.S. 344, par. 42; *Davey*, par. 30; *Parks*, p. 336). Les vices de formation du jury qui touchent son caractère représentatif seront analysés pour savoir s’il y a eu violation à l’al. 11d). Par exemple, dans l’affaire *R. c. Nahdee*, [1994] 2 C.N.L.R. 158 (C. Ont. (Div. gén.)), la cour a conclu que l’omission par le shérif d’obtenir des registres de résidents autochtones de réserves avait donné lieu à une liste des jurés qui n’était pas représentative et, sur le fondement de l’al. 11d) de la *Charte*, a déclaré que le processus de sélection du tableau des jurés était irrémédiablement vicié *ab initio*. Dans le

fatal to the jury roll: *Pierre v. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321.

[244] As it is guaranteed under ss. 11(d) and 11(f), the right to representativeness of the jury roll is the right of persons “charged with an offence”, not of particular groups or the community at large. Thus, to the extent that the representativeness is an aspect of the rights guaranteed by ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*, it does not follow that there is a corresponding right, under these provisions, of the community at large or of any particular group, to be included on a jury roll, jury array, or petit jury.

(3) When Does a Defect in the Representativeness of the Jury Roll Constitute a Breach of Sections 11(f) and 11(d)?

[245] Generally, in order to achieve a representative jury roll that will satisfy the requirement of representativeness under ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*, two things are necessary.

[246] First, the lists from which random selection will be made must be substantially representative of the district. As was said in *Born with a Tooth*, “as far as possible and practicable the pool or population from which jury panels are selected [should be] representative of the whole community” (p. 396). The jury roll can only properly be representative of the population of the district if the list of people to whom notices may be sent is as complete and accurate as possible and is substantially similar to a random selection among all potentially eligible jurors in the district.

[247] Second, the group of eligible persons who return the questionnaires must be substantially similar to a random sample of the list. This requires the state to look at elements such as the proportion of

contexte d’une enquête du coroner, la Cour d’appel de l’Ontario a également affirmé que l’exclusion effective des Autochtones pouvait vicier la liste des jurés (*Pierre c. McRae, Coroner*, 2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321).

[244] Suivant la protection que lui confèrent les al. 11d) et 11f), le droit à la représentativité de la liste des jurés est un droit conféré à l’« inculpé », et non à des groupes précis ou à la collectivité en général. Par conséquent, si la représentativité constitue un aspect des droits garantis aux al. 11d) et 11f) de la *Charte*, ces dispositions ne confèrent pas pour autant un droit correspondant permettant à la collectivité en général ou à un groupe précis de faire partie d’une liste de jurés, d’un tableau de jurés ou d’un petit jury.

(3) Quand la non-représentativité de la liste des jurés constitue-t-elle une violation des al. 11f) et 11d)?

[245] En général, pour obtenir une liste des jurés représentative qui satisfera généralement à l’obligation de représentativité visée aux al. 11d) et 11f) de la *Charte*, il faut que deux conditions soient réunies.

[246] Premièrement, les registres à partir desquels sera effectuée la sélection aléatoire doivent être sensiblement représentatifs du district. Ainsi que l’a affirmé la Cour d’appel de l’Alberta dans l’arrêt *Born with a Tooth*, [TRADUCTION] « le bassin ou la population à partir duquel sont établis les tableaux des jurés [devrait être], dans la plus grande mesure du possible, représentatif de la collectivité tout entière » (p. 396). La liste des jurés ne sera suffisamment représentative de la population du district que si le registre des personnes à qui les avis peuvent être envoyés est aussi complet et aussi exact que possible et qu’il ressemble sensiblement à un échantillon pris au hasard parmi toutes les personnes habiles à être jurés dans le district.

[247] Deuxièmement, le groupe constitué des personnes habiles à remplir les fonctions de jurés qui retournent les formules de rapport doit ressembler sensiblement à un échantillon aléatoire du registre.

notices and questionnaires that are in fact received and factors which could affect the return rate. If the group who in fact returns questionnaires does not substantially resemble a random sample of the persons on the list, then the whole foundation of representativeness is at risk because randomness can no longer serve as an appropriate proxy for representativeness.

(4) The Court of Appeal's Test

[248] The Court of Appeal set out a test to determine whether the state had complied with its constitutional obligations to ensure that jury trials are conducted before representative juries. The court held that what is required is “reasonable efforts to seek to provide a fair opportunity for the distinctive perspectives of Aboriginal on-reserve residents to be included”: para. 50, per LaForme J.A. I respectfully disagree with two aspects of this approach.

[249] First, and unlike my colleague Moldaver J., I would not express the test in terms of the state providing a “fair opportunity” for particular perspectives to be included. This approach skews whose right is at stake and whose obligation it is to comply. Speaking of a “fair opportunity” to be included takes the focus off the fact that under ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*, the right to a representative jury roll is the right of the accused, not of those who ought to have been included on the roll. Moreover, this “fair opportunity” formulation also takes the focus off the state’s constitutional obligation to provide a representative jury. We do not speak of a “fair opportunity” to have a fair trial or issuing an “invitation” to be free of unreasonable searches and seizures. Respectfully, it seems to me to be inconsistent with basic principles of *Charter* rights to speak in terms of a “fair opportunity” to have a representative jury. I do not see any “fair opportunity” standard in ss. 11(d) or 11(f) of the *Charter*.

L’État doit donc examiner certains éléments, par exemple, la proportion d’avis et de formules de rapport réellement reçus et les facteurs susceptibles d’influer sur le taux de réponse. Si le groupe constitué des personnes qui retournent les formules ne ressemble pas sensiblement à un échantillon de personnes choisies au hasard dans le registre, le fondement entier de la représentativité est en péril parce que le caractère aléatoire n’est alors plus l’instrument de la représentativité.

(4) Le critère énoncé par la Cour d’appel

[248] La Cour d’appel a énoncé un critère visant à déterminer si l’État avait rempli ses obligations constitutionnelles de garantir que les procès avec jury sont tenus devant des jurys représentatifs. Selon elle, il faut démontrer [TRADUCTION] « des efforts raisonnables pour tenter de donner aux résidents autochtones de réserves, un groupe ayant des points de vue distincts, une possibilité honnête d’être représentés » (par. 50, le juge LaForme). Je ne partage malheureusement pas leur avis sur deux points.

[249] Premièrement, à mon avis, et contrairement à celui du juge Moldaver, il ne faut pas concevoir le critère comme étant celui de savoir si l’État donne ou non une « possibilité honnête » à des points de vue en particulier d’être représentés. Par cette approche, on confond le bénéficiaire du droit en jeu et le détenteur de l’obligation. Dans l’expression « possibilité honnête » d’être représenté, l’accent n’est plus sur le fait que le droit à une liste des jurés représentative appartient à l’inculpé, aux termes des al. 11d) et 11f) de la *Charte*, mais il est davantage sur ceux qui auraient dû être inscrits sur la liste. Qui plus est, dans cette expression l’accent n’est plus sur l’obligation constitutionnelle de l’État de garantir un jury représentatif. Par ailleurs, on ne parle jamais d’une « possibilité honnête » de bénéficier d’un procès équitable ou d’une « invitation » à être protégé contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Soit dit en tout respect, il me semble que la notion de « possibilité honnête » d’avoir un jury représentatif n’est pas conforme aux principes consacrés dans la *Charte*. J’estime qu’il n’y a dans les al. 11d) ou 11f) de la *Charte* aucune norme fondée sur une « possibilité honnête ».

[250] Second, I would not adopt the “reasonable efforts” standard for determining whether a limitation of the right has occurred proposed by the Court of Appeal and adopted by Moldaver J. In my opinion, this approach is disconnected from a proper analysis of the *Charter* right at stake. The “reasonable efforts” standard makes it easy to lose sight of the fact that it is the state’s responsibility to comply with the *Charter* and that it is the right of an accused person to be tried by a jury selected in accordance with the *Charter*. It is the state’s constitutional obligation not to breach people’s *Charter* rights, not simply to make “reasonable efforts” not to do so. Moreover, the “reasonable efforts” standard glosses over the question of whether the limitation of the right is the result of state action.

(5) Representativeness and State Action

[251] The *Charter* protects against interference *by the state* with guaranteed rights: s. 32. In order to establish a breach of the *Charter*, the claimant must therefore show not only that there has been a limitation of his or her guaranteed rights but that the limitation can be attributed to state action. The question is whether there is a sufficient connection between the conduct of the state and the limitation of the right such that the limitation can fairly be attributed to the state: see, e.g., *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paras. 73-78; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176, at paras. 126 and 131-34. This does not require that the state action be “the only or the dominant cause” of the limitation provided that there is a “real, as opposed to a speculative, link” between the alleged limitation and the state action: *Bedford*, at para. 76. While the threshold of sufficient connection has been considered mainly in the context of s. 7 of the *Charter*, a similar causal threshold has also been used in respect of other provisions of the *Charter* and under provincial human rights legislation and, in my view, this threshold applies in the context of this case.

[250] Deuxièmement, je n’adopterais pas la norme des « efforts raisonnables », afin de déterminer s’il y a eu restriction du droit, proposée par la Cour d’appel et adoptée par mon collègue, le juge Moldaver. Cette approche s’éloigne, à mon avis, de l’analyse applicable au droit garanti par la *Charte* dont il est question. La norme des « efforts raisonnables » nous fait facilement perdre de vue le fait que la responsabilité de se conformer à la *Charte* incombe à l’État et que le droit de bénéficier d’un procès avec jury sélectionné d’une manière conforme à la *Charte* appartient à l’inculpé. L’État a l’obligation constitutionnelle de ne pas porter atteinte aux droits garantis par la *Charte*; il ne suffit pas qu’il déploie des « efforts raisonnables » en ce sens. En outre, la norme des « efforts raisonnables » évacue la question de savoir si la restriction imposée au droit résulte d’une action de l’État.

(5) La représentativité et les actions de l’État

[251] La *Charte* protège contre les interventions attentatoires *de l’État* (art. 32). Pour prouver une violation de la *Charte*, le demandeur doit, par conséquent, non seulement établir que les droits qu’il tire de la *Charte* ont été restreints, mais aussi que cette restriction est attribuable à une action de l’État. La question qui se pose est celle de savoir s’il existe un lien suffisant entre les actes de l’État et la restriction du droit, de sorte qu’il est possible d’affirmer que cette limite est le fait de l’État (voir p. ex. *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 73-78; *Kazemi (Succession) c. République islamique d’Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176, par. 126 et 131-134). Il n’est pas nécessaire que l’action de l’État soit « l’unique ou la principale cause » de la restriction pourvu qu’il existe « un lien réel, et non hypothétique » entre la restriction reprochée et l’action de l’État (*Bedford*, par. 76). Bien que le critère du lien de causalité suffisant ait principalement servi dans le contexte de l’art. 7, un critère semblable a également été appliqué à l’égard d’autres dispositions de la *Charte* et de lois provinciales en matière de droits de la personne. J’estime que ce critère convient dans la présente affaire.

[252] For example, in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, an equality case under s. 15 of the *Charter*, Iacobucci J. explained that claimants must demonstrate that the state either “wholly caused, or contributed to”, the adverse effects (pp. 764-65). More recently, in *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61, Abella J. took a similar approach to the causal link, stating that “[i]f the state conduct widens the gap between the historically disadvantaged group and the rest of society rather than narrowing it, then it is discriminatory” (para. 332). Importantly, she also rejected an approach which would internally limit equality rights by looking at the reasonableness of state action, concluding that this was a matter best left for the justification analysis under s. 1 of the *Charter* (para. 333).

[253] A similar requirement of sufficient connection also underlies this Court’s jurisprudence on the s. 11(b) *Charter* right to be tried within a reasonable time. In these cases, any action of the Crown which contributes to delay, including systemic problems, such as limits on institutional resources, will be weighed against the Crown: *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, at pp. 795-96. In other words, every delay which has a sufficient connection to state action will be taken into consideration when deciding whether the state has breached the accused’s right to be tried within a reasonable time.

[254] A similar approach is also evident under provincial human rights legislation. In *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360, an adverse effects discrimination case under British Columbia’s *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, this Court stated that a *prima facie* breach exists when state action had the result of denying a student meaningful access to the mandated objectives of public education based on a protected ground (para. 36). Whether the claimant has

[252] Par exemple, dans l’arrêt *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, une affaire soulevant le droit à l’égalité protégé par l’art. 15 de la *Charte*, le juge Iacobucci explique que les demandeurs doivent démontrer que les effets préjudiciables ont été « causés en totalité ou en partie » par l’État (p. 764-765). Plus récemment, dans l’arrêt *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61, la juge Abella adopte un critère similaire en matière de causalité et indique que « [l]es actes de l’État qui ont pour effet d’élargir, au lieu de rétrécir, l’écart entre le groupe historiquement défavorisé et le reste de la société sont discriminatoires » (par. 332). Fait important, elle rejette également une approche selon laquelle les droits à l’égalité seraient restreints par une limitation interne fondée sur le caractère raisonnable des actes étatiques, et conclut qu’il vaut mieux examiner cette question dans l’analyse relative à la justification que commande l’article premier de la *Charte* (par. 333).

[253] Une exigence semblable fondée sur l’existence d’un lien de causalité suffisant sous-tend la jurisprudence de la Cour sur le droit d’être jugé dans un délai raisonnable garanti par l’al. 11b) de la *Charte*. Suivant ces affaires, les actes du ministère public qui contribuent à retarder l’instance, notamment les problèmes systémiques comme la pénurie de ressources institutionnelles, jouent contre lui (*R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, p. 795-796). En d’autres termes, les lenteurs ayant un lien de causalité suffisant avec une action de l’État sont prises en compte dans l’analyse visant à déterminer si ce dernier a violé le droit de l’accusé d’être jugé dans un délai raisonnable.

[254] Une approche semblable ressort également des lois provinciales en matière de droits de la personne. Dans l’arrêt *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360, une affaire de discrimination par suite d’effets préjudiciables fondée sur le *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, c. 210, la Cour affirme qu’il y a, à première vue, infraction si l’action de l’État a pour résultat de priver un élève de l’accès concret aux services découlant de la mission

established the necessary link between the state action and the limitation of a *Charter* right is essentially a question of fact.

[255] As I see it, the starting point is not the state's efforts to comply, but whether the jury roll was representative in the sense that I have described. If the jury roll was not representative, the question then becomes whether that failure is attributable to state action; in other words, is there a sufficient connection between the limitation of the right and the action — or inaction — of the state? In my view, in order to determine whether the state has complied with its *Charter* obligations, the state conduct must be assessed in light of its contribution to the problem and its capacity to address it.

[256] With respect to matters giving rise to the limitation of the right that are wholly or substantially within the state's capacity to address, the connection is evident between state action or inaction and the limitation of the right in question. In such cases, a "reasonable efforts" test does not reflect the nature of the state's obligation: compliance with constitutional rights is not optional or (subject to justified limitations) dependent on the degree of effort required. Conversely, the state cannot be held responsible for matters which have the effect of limiting guaranteed rights, but which the state has no ability to address. With respect to matters falling somewhere between these two types of situations, the answer to the question of whether there is a sufficient connection between the limitation of the right and state action will depend on the capacity of the state to address the matters giving rise to the limitation and whether it has made reasonable efforts to do so. As I see it, it is only in this sense that a "reasonable efforts" notion has a role to play in considering whether a sufficient connection to state action exists. The basic question is whether the claimant has established a sufficient connection between state action and the limitation of the right.

de l'éducation publique pour un motif protégé (par. 36). La question de savoir si le demandeur a établi l'existence du lien nécessaire entre l'action de l'État et la restriction du droit garanti par la *Charte* est essentiellement une question de fait.

[255] J'estime que le point de départ de l'analyse n'est pas les efforts que l'État a déployés pour se conformer; il faut plutôt se demander si la liste des jurés était représentative au sens que j'ai décrit. Si elle ne l'était pas, il faut donc déterminer si ce défaut est attribuable à une action de l'État; en d'autres termes, existe-t-il un lien suffisant entre la restriction du droit et l'action — ou l'omission — de l'État? À mon avis, pour déterminer si l'État a respecté ses obligations découlant de la *Charte*, il faut évaluer sa conduite à la lumière des actes par lesquels il a contribué au problème et de sa capacité à le régler.

[256] Lorsqu'une restriction du droit intervient dans une matière qui ressortit entièrement ou en grande partie à l'État, il existe un lien évident entre l'action ou l'omission de l'État et la restriction du droit en question. Dans ces cas, le critère fondé sur les « efforts raisonnables » ne reflète pas la nature de l'obligation de l'État : le respect des droits constitutionnels n'est ni facultatif ni (sous réserve des limites justifiées) fonction des efforts requis. En revanche, l'État ne peut être tenu responsable lorsque l'acte attentatoire intervient dans une matière qui ne lui ressortit pas. Quant aux cas qui se situent quelque part entre les deux situations, la réponse à la question de savoir s'il existe un lien suffisant entre la restriction du droit et l'action de l'État dépendra de la capacité de ce dernier d'intervenir pour régler le problème dans la matière où la restriction agit et des efforts raisonnables qu'il aura déployés pour y parvenir. C'est, à mon sens, uniquement à cet égard que la notion d'« efforts raisonnables » peut jouer un rôle dans l'examen de la question de savoir s'il existe un lien suffisant avec l'action de l'État. La question fondamentale est celle de savoir si le demandeur a établi l'existence d'un lien suffisant entre l'action de l'État et la restriction du droit.

(6) The “Negative Prohibition” and “Unintentional Exclusion” Approaches Must Be Rejected

[257] In light of this analysis, I respectfully reject the Crown’s submission that the right to a representative jury roll simply means that the state cannot improperly exclude groups from the jury roll. Similarly, I cannot accept my colleague Karakatsanis J.’s position that “the unintentional exclusion of a small community . . . does not undermine the representativeness of the jury roll” (para. 180). The premises underlying both propositions are inconsistent with basic *Charter* principles. The state is not only responsible for its purposeful conduct that limits rights but also for the unintended and undesired effects of its acts or omissions. Courts have always looked at the purpose *and* the effect of state action in order to determine its constitutionality: “. . . both purpose and effect are relevant in determining constitutionality; either an unconstitutional purpose or an unconstitutional effect can invalidate legislation” (*Big M Drug Mart*, at p. 331). In my view, accepting the proposition that a *Charter* breach occurs only if the state’s conduct is intentional or otherwise improper would be a significant and unwelcome departure from this Court’s *Charter* jurisprudence.

[258] Moreover, these “negative prohibition” and “unintentional exclusion” standards would do little to provide the accused with the jury he or she is entitled to in cases where there are systemic problems with the inclusion in the jury roll of certain groups in the judicial district where the accused is tried. It would mean that, as long as the state does not improperly or intentionally exclude a group such as Aboriginal on-reserve residents, it has no other obligation to provide a representative jury roll. This is not, in my view, consistent with the *Charter* right to a representative jury roll.

(6) L’approche « prohibitive » et celle de l’« exclusion involontaire » doivent être rejetées

[257] Compte tenu de l’analyse qui précède, je rejette l’argument du ministère public selon lequel le droit à une liste des jurés représentative signifie simplement que l’État ne peut irrégulièrement exclure certains groupes de cette liste. De même, je ne peux souscrire à l’opinion de ma collègue, la juge Karakatsanis, selon laquelle « l’exclusion involontaire d’une petite collectivité [. . .] ne mine pas la représentativité de la liste des jurés » (par. 180). Les fondements sur lesquels reposent les deux propositions ne cadrent pas avec les principes fondamentaux de la *Charte*. L’État est non seulement responsable de sa conduite attentatoire délibérée, mais aussi des effets involontaires et non souhaitables de ses actions ou omissions. Les tribunaux ont toujours analysé *et* l’objet *et* l’effet de l’action étatique pour en déterminer la constitutionnalité : « . . . l’objet et l’effet d’une loi sont tous les deux importants pour déterminer sa constitutionnalité; un objet inconstitutionnel ou un effet inconstitutionnel peuvent l’un et l’autre rendre une loi invalide » (*Big M Drug Mart*, p. 331). À mon avis, en acceptant qu’une violation de la *Charte* ne puisse découler que d’un acte intentionnel ou fautif de la part de l’État, on déroge grandement et à mauvais droit à la jurisprudence de la Cour.

[258] Qui plus est, la norme « prohibitive » et celle de l’« exclusion involontaire » font peu pour assurer à l’accusé le jury auquel il a droit dans les cas où l’inscription de certains groupes à la liste des jurés dans le district judiciaire où l’accusé subit son procès présente des problèmes systémiques. Il en résulterait que, pourvu qu’il n’exclue pas irrégulièrement ou intentionnellement un groupe — par exemple, les résidents autochtones de réserves —, l’État n’aurait à s’acquitter d’aucune autre obligation quand il s’agit de fournir une liste des jurés représentative. J’estime que cette approche n’est pas conforme au droit garanti par la *Charte* à une liste des jurés représentative.

B. *Was There a Breach of That Right in Mr. Kokopenace's Case?*

(1) Was the Jury Roll Representative?

[259] The first question, as I see it, is whether the jury roll assembled for use in this case met the standard of representativeness required by the *Charter*. This case does not require us to pronounce comprehensively on what constitutes a sufficiently representative jury roll. This case concerns a situation in which, by anyone's reckoning, the jury roll was not representative because its composition was a substantial departure from what random selection among all potentially eligible jurors in the district would produce. In the particular and exceptional facts of this case, we know this because (i) on-reserve residents are overwhelmingly Aboriginal people; (ii) on-reserve residents constitute about 30 percent of the adult population of the judicial district; and (iii) on-reserve residents constitute about 4 percent of the jury roll. Thus we have a substantially different jury roll than would be produced by a proper process of random selection because of the under-representation of Aboriginal on-reserve residents on the jury roll. If that does not constitute a failure to assemble a representative jury roll, I have difficulty understanding what would.

(2) Is the Lack of Representativeness Attributable to State Action?

[260] The more challenging question is whether the lack of representativeness is sufficiently linked to state action or inaction. What is required is not a strict causal connection but rather a sufficient connection, as outlined earlier.

[261] There were four matters that potentially contributed to the jury roll's lack of representativeness and I will consider each in turn.

[262] We should remember that the Ontario Court of Appeal was the court of first instance on the issue of representativeness. In these circumstances, the factual findings of the majority of the Court of

B. *Y a-t-il eu atteinte à ce droit dans le cas de M. Kokopenace?*

(1) La liste des jurés était-elle représentative?

[259] La première question qui se pose, à mon avis, est de savoir si la liste des jurés préparée en l'espèce répondait à la norme de représentativité exigée par la *Charte*. Point n'est besoin de se prononcer sur les caractéristiques d'une liste des jurés suffisamment représentative. En l'espèce, quiconque évaluerait la situation conviendrait que la liste ne l'était pas, car sa composition se distinguait nettement de celle qui aurait résulté d'une sélection aléatoire effectuée parmi toutes les personnes habiles à être jurés dans le district. Les faits particuliers et exceptionnels de l'espèce permettent de tirer ce constat pour les raisons suivantes : (i) les résidents de réserves sont en très grande majorité autochtones; (ii) les résidents de réserves constituent environ 30 p. 100 de la population adulte du district judiciaire; (iii) les résidents des réserves constituent environ 4 p. 100 des noms figurant sur la liste des jurés. Par conséquent, la liste des jurés diffère nettement de celle qui aurait résulté d'un processus de sélection aléatoire en bonne et due forme, car les résidents autochtones de réserves y sont sous-représentés. S'il ne s'agit pas là du défaut de produire une liste des jurés représentative, j'ai du mal à imaginer ce qui pourrait l'être.

(2) La non-représentativité est-elle attribuable à une action de l'État?

[260] Il est plus difficile de déterminer si la non-représentativité est suffisamment liée à une action ou à une omission de l'État. Il faut démontrer non pas un lien de causalité strict, mais plutôt un lien suffisant comme je l'explique précédemment.

[261] Quatre problèmes ont peut-être contribué à la non-représentativité de la liste des jurés et je les examinerai à tour de rôle.

[262] Il ne faut pas oublier que la Cour d'appel de l'Ontario était le tribunal de première instance relativement à la question de la représentativité. Ainsi, les conclusions de fait des juges majoritaires

Appeal, like those of a court of first instance, are entitled to deference: *R. v. W.E.B.*, 2014 SCC 2, [2014] 1 S.C.R. 34, at para. 2; *Yumnu*, at para. 17; *Davey*, at paras. 64-65. It follows that this Court “may not interfere with the findings of fact made and the factual inferences drawn . . . unless they are clearly wrong, unsupported by the evidence or otherwise unreasonable”: *R. v. Clark*, 2005 SCC 2, [2005] 1 S.C.R. 6, at para. 9; see also *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 10, 19 and 21-25; *Bedford*, at paras. 48-56.

(a) *The Lists of Aboriginal On-Reserve Residents*

[263] There were a number of concerns with the lists of on-reserve residents from which names were selected at random to receive jury notices and questionnaires. While Goudge J.A. was of the view that these problems, on their own, would not sufficiently undermine representativeness, he shared the view of LaForme J.A. in relation to the nature of the problems.

[264] The lists, of course, are not required to be perfect. But they are required to be substantially representative of the community in the district because these lists are the foundation that allows randomness to be a proxy for representativeness. The degree of representativeness is assessed in accordance with the goal of using random selection as a proxy for representativeness. The lists will be defective if they are significantly different than a random selection of potentially eligible jurors in the district.

[265] In the fall of 2007, there were no lists at all for four First Nations in the district and out-of-date lists for 32 First Nations. These out-of-date lists were the 2000 band lists provided by the federal government for the last time in that year. As LaForme J.A. concluded, these lists included only persons 18 years of age or over, and therefore became increasingly inaccurate with the passage of time. This, he noted, was a special problem for populations residing on reserves, which are generally disproportionately young. There were more current

de la Cour d’appel, tout comme celles d’un tribunal de première instance, commandent la déférence (*R. c. W.E.B.*, 2014 CSC 2, [2014] 1 R.C.S. 34, par. 2; *Yumnu*, par. 17; *Davey*, par. 64-65). Il s’ensuit que les juges de notre Cour « ne peuvent pas modifier les inférences et conclusions de fait [. . .] à moins qu’elles soient manifestement erronées, non étayées par la preuve ou par ailleurs déraisonnables » (*R. c. Clark*, 2005 CSC 2, [2005] 1 R.C.S. 6, par. 9; voir également *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10, 19 et 21-25; *Bedford*, par. 48-56).

a) *Les registres des résidents autochtones de réserves*

[263] Les registres des résidents des réserves ayant servi à la sélection aléatoire des personnes à qui ont été envoyés les avis de sélection de juré et les formules de rapport posaient problème. Si le juge Goudge était d’avis que ces problèmes ne compromettraient pas à eux seuls la représentativité, il partageait l’opinion du juge LaForme quant à leur nature.

[264] Point n’est besoin que les registres soient parfaits. Ils doivent être toutefois essentiellement représentatifs de la population du district, car c’est sur leur fondement que la sélection aléatoire est l’instrument de la représentativité. Le degré de représentativité s’évalue en fonction de l’objectif selon lequel le recours à la sélection aléatoire devient l’instrument de la représentativité. Les registres seront viciés s’ils diffèrent nettement du résultat auquel on arriverait si on sélectionnait au hasard des personnes habiles à être jurés dans le district.

[265] À l’automne 2007 dans le district, aucun registre n’avait été établi à l’égard de quatre Premières Nations, et les registres de 32 autres étaient périmés. Ces derniers dataient de l’an 2000, la dernière année où le gouvernement fédéral avait fourni des registres des bandes. Ainsi que l’a conclu le juge LaForme, seules les personnes âgées de 18 ans et plus à l’époque y figuraient. Par conséquent, la fiabilité de ces registres diminuait chaque année depuis 2000. Cette situation, a-t-il souligné, posait un problème particulier, car en général la population

lists available for the remaining 10 First Nations, but they too were defective. The lists used for several of the reserves included off-reserve band members even though the s. 6(8) process is supposed to reach only potential jurors on reserves.

[266] Compiling these lists is quintessentially a state function. It is a core state function to know how many inhabitants it has and where they live. Moreover, under provincial legislation — the *Juries Act* — the sheriff has a duty to obtain lists of on-reserve residents as otherwise they would be completely excluded from the jury roll. I therefore think that the “reasonable efforts” approach is not relevant here. While the state does not have to prepare perfect lists, the lists must be broad-based and substantially representative of the district. The accused does not have to show that the defective lists, on their own, were the only or even a substantial cause of the lack of representativeness in this jury roll. Because it applied the “reasonable efforts” approach, the Court of Appeal did not address the issue of a sufficient connection between state action and the lack of representativeness. In my view, the accused here has shown a sufficient connection because the inadequacy of the lists inevitably contributed in some degree to the lack of representativeness of the jury.

[267] The Crown argues, in effect, that the defective lists had no impact on representativeness in this case. The problems with this assertion are that (i) it is based on a conception of representativeness that is restricted to improper exclusion, and (ii) it assumes the lists have to be the only cause in order to conclude that they are linked to the lack of representativeness. When applying the proper standard of sufficient connection, the Crown’s argument fails. The many inaccuracies in the outdated lists as well as the complete omission of four Aboriginal reserves had more than a theoretical or speculative connection with jury representativeness.

des réserves est disproportionnellement jeune. Des registres plus à jour existaient pour les 10 autres Premières Nations, mais ceux-ci comportaient également leur lot de problèmes. Les registres utilisés pour plusieurs réserves comportaient le nom de membres vivant hors réserve même si la procédure prévue au par. 6(8) est censée recruter uniquement des candidats jurés habitant une réserve.

[266] La préparation de ces registres ressortit essentiellement à l’État. Dénombrer ses habitants et connaître leur adresse constitue l’une de ses fonctions fondamentales. De plus, aux termes de la loi provinciale — la *Loi sur les jurys* —, le shérif est tenu d’obtenir les registres des résidents de réserves, à défaut de quoi ceux-ci seraient totalement exclus de la liste des jurés. J’estime, en conséquence, que l’approche fondée sur les « efforts raisonnables » ne s’applique pas en l’espèce. Certes, point n’est besoin pour l’État de préparer des registres parfaits, mais ceux-ci doivent résulter d’un vaste échantillonnage et être sensiblement représentatifs du district. Il n’incombe pas à l’inculpé de prouver que les registres lacunaires étaient la cause unique ou substantielle de la non-représentativité de la liste des jurés. Comme elle avait adopté l’approche fondée sur les « efforts raisonnables », la Cour d’appel n’a pas abordé la question du lien suffisant entre l’action de l’État et la non-représentativité. À mon avis, l’accusé en l’espèce a démontré l’existence d’un lien suffisant parce que les registres lacunaires ont inévitablement contribué dans une certaine mesure à la non-représentativité du jury.

[267] En fait, le ministère public soutient que les registres lacunaires n’ont eu aucune incidence sur la représentativité en l’espèce. Les défauts de cette affirmation sont les suivants : (i) elle est fondée sur une conception de la non-représentativité qui est limitée à l’exclusion irrégulière et (ii) elle implique, pour qu’il y ait non-représentativité, que les registres en soient l’unique cause. Si on applique la bonne norme, celle du lien suffisant, l’argument du ministère public échoue. Les nombreuses inexactitudes contenues dans les registres périmés ainsi que l’absence totale de quatre réserves autochtones avaient un lien plus que théorique ou conjectural avec la représentativité du jury.

(b) *The Delivery of the Jury Notices and Questionnaires*

[268] My colleague Moldaver J. concludes that the state has a duty to make reasonable efforts to deliver the jury notices, but concludes that such efforts — which he characterizes as an “aggressive approach” — were made (para. 121). My colleague’s conclusion, however, is contrary to the factual findings of the majority of the Court of Appeal which are entitled to deference.

[269] Goudge J.A. found that the delivery of the jury notices and questionnaires was a significant problem. LaForme J.A. also noted that the state’s failure to evaluate the number of notices and questionnaires returned “undelivered”, along with the response rate, “blinded [the state] to evidence of what was actually occurring” (para. 89). It seems to me that the delivery of notices and questionnaires to prospective jurors is also quintessentially a state responsibility. I cannot think of who else’s responsibility it would be. And once again, complete success is not required. What is required is sufficient delivery that ensures that the randomness of the sample is not undermined by defective delivery. That standard was not met here.

[270] In 2008, nearly 28 percent of the notices mailed to on-reserve residents in the District of Kenora were returned by the post office undelivered. This compares with an overall provincial rate of under 6 percent for the same year. Goudge J.A. found that the delivery rates were “markedly worse” for Aboriginal on-reserve residents and that notices to those persons were “significantly less likely to be delivered” (para. 258). He also found that the government’s response to this challenge was “inattention” and “inaction” and that over the years, including for the 2008 jury roll, “virtually nothing was done” to determine the causes of this problem or to formulate potential solutions (paras. 260-62). He concluded that none of the state’s efforts from 2001 to 2008 addressed the delivery problem. I see no reason to question Goudge J.A.’s finding that “[t]he delivery problem therefore presented a challenge that the state had to address” (para. 258 (emphasis added)). To the same effect, LaForme J.A.

b) *La distribution des avis de sélection de juré et des formules de rapport*

[268] Mon collègue, le juge Moldaver, est d’avis que l’État a l’obligation de faire des efforts raisonnables pour distribuer les avis de sélection de juré et conclut qu’il s’en est acquitté en l’occurrence en s’attaquant « à ces problèmes avec énergie » (par. 121). Or, l’avis de mon collègue est contraire aux conclusions de fait des juges majoritaires de la Cour d’appel, qui commandent la déférence.

[269] Selon le juge Goudge, la distribution des avis de sélection de juré et des formules de rapport posait un problème important. Le juge LaForme a également souligné qu’en omettant de quantifier les avis retournés avec la mention « non distribuable » et de calculer le taux de réponse, [TRADUCTION] « [l’État] a fermé les yeux sur ce qui se passait réellement » (par. 89). Il me semble que la distribution des avis et formules de rapport aux candidats jurés ressortit également essentiellement à l’État. J’imagine difficilement à qui d’autre cette responsabilité pourrait incomber. Et, je le répète, la perfection n’est pas exigée; ce qu’il faut, c’est une distribution adéquate qui garantit que le caractère aléatoire de l’échantillon n’est pas compromis. Il n’a pas été satisfait à cette norme en l’espèce.

[270] En 2008, près de 28 p. 100 des avis envoyés aux résidents de réserves dans le district de Kenora ont été retournés à l’expéditeur par le bureau de poste parce qu’ils étaient non distribuables. En comparaison, le taux global pour la province s’établissait à moins de 6 p. 100 pour la même année. Le juge Goudge a conclu que le taux de distribution était [TRADUCTION] « bien pire » pour les résidents autochtones de réserves et que les avis destinés à ces personnes étaient « beaucoup moins susceptibles d’être distribués » (par. 258). Il a également conclu que l’État avait réagi à cette difficulté par un « manque de vigilance » et « l’inaction » et qu’au fil des ans, y compris lorsqu’est venu le temps de préparer la liste des jurés de 2008, « rien pour ainsi dire n’avait été fait » pour arrêter les causes de ce problème ou pour y trouver des solutions (par. 260-262). Il a conclu qu’aucune mesure prise par l’État entre 2001 et 2008 ne s’attaquait au problème de distribution. Je ne vois aucune raison de mettre en

concluded that despite the state being well aware of the low response rate (to which, of course, non-delivery contributes) “[its] causes were never investigated so that different modalities of engagement could be undertaken” (para. 208).

[271] I conclude that the state is responsible for defective delivery and that there is a sufficient connection between defective delivery and lack of representativeness.

(c) *The Return Rates of Aboriginal On-Reserve Residents*

[272] The third problem related to rates of return of the jury questionnaires. This problem seems to me to raise a distinct sort of issue in relation to whether it is sufficiently linked to state action.

[273] The return of the jury questionnaires requires the individuals to complete and mail back the forms that they have received. While the state has some capacity to address this matter, the low rate of returns cannot be attributed solely to the state. Individuals also have a responsibility to comply with their legal obligation to respond to the notices. It follows that in assessing the connection between state action and the lack of representativeness in relation to the return rate, we must take into account “the practical limits of the system of justice”: *Find*, at para. 28, citing *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 193. As I have explained above, in this context, the reasonable efforts approach of the Court of Appeal is useful, not in defining the constitutional standard, but as a factor in assessing whether there is a sufficient connection between the limitation of the right and state action or inaction. If the state has taken all reasonable steps in relation to matters which it has the capacity to address, judged in light of all of the circumstances, it cannot be held responsible for the unsuccessful result.

doute la conclusion du juge Goudge selon laquelle « [l]e problème de distribution en était un auquel l’État devait s’attaquer » (par. 258 (je souligne)). Le juge LaForme est arrivé à une conclusion semblable, soit que même si l’État était bien conscient du faible taux de réponse (qui tient compte évidemment des avis non distribués), « [ses] causes n’ont jamais été analysées pour que d’autres modes de mobilisation puissent être adoptés » (par. 208).

[271] Je conclus que l’État est responsable de la distribution inadéquate et qu’il existe un lien suffisant entre cette distribution inadéquate et la non-représentativité.

c) *Le taux de réponse des résidents autochtones de réserves*

[272] Le troisième problème concerne le taux de renvoi des formules de rapport. Il soulève à mon avis une tout autre question dans l’analyse de l’existence d’un lien suffisant avec une action de l’État.

[273] Les destinataires des avis doivent remplir les formules et les retourner par la poste. Bien que l’État ait un rôle à jouer à cette étape, le faible taux de réponse ne peut lui être reproché exclusivement. Les particuliers doivent pour leur part s’acquitter de leur obligation légale, qui consiste à répondre à l’avis. Il s’ensuit que, pour évaluer le lien entre l’action de l’État et la non-représentativité, quant au taux de réponse, il faut tenir compte « des limites pratiques du système de justice » (*Find*, par. 28, citant *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 193). Comme je l’explique précédemment, dans le présent contexte, l’approche de la Cour d’appel fondée sur les efforts raisonnables est utile, non pas pour définir la norme constitutionnelle, mais parce qu’elle permet d’établir l’existence ou l’inexistence d’un lien suffisant entre la restriction du droit et l’action ou l’omission de l’État. Si l’État a pris toutes les mesures jugées raisonnables à la lumière de l’ensemble des circonstances pour régler les problèmes à l’égard desquels il est en mesure d’agir, il ne saurait être tenu responsable de l’échec de ces mesures.

[274] This does not mean that the state can simply wash its hands of the problem. As Goudge J.A. put it, the state's obligation extends beyond compiling lists and sending out notices; it also includes encouraging responses to them. The Ministry's own policy underlines the importance of monitoring return rates, stating that evaluating this aspect "is of extreme importance to the management of our jury system": LaForme J.A., at para. 88, citing PDB #563, 1996 Ministry of the Attorney General policy directive.

[275] It follows that I respectfully disagree with the contention of the Crown and the views of my colleague Moldaver J. that there is little responsibility on the state in relation to returns. The Crown argues that the province's efforts to address the low return rates were reasonable but failed to solve the problem because "the factors contributing to the low response rates are varied, complex, and reach beyond the immediate control of the state": A.F., at para. 78. My colleague Moldaver J. agrees and would hold that the state "was not required to address systemic problems contributing to the reluctance of Aboriginal on-reserve residents to participate in the jury process" (para. 95). Therefore, as long as the state has provided a "fair opportunity for a broad cross-section of society to participate" (para. 2), it has fulfilled its constitutional obligation.

[276] In my respectful opinion, these views do not give sufficient weight to the accused's *Charter* rights. We are concerned here with the right of an accused to a representative jury roll and with the state's obligation to provide one. Even with respect to matters not fully under the state's control, state responsibility is engaged when it fails to take reasonable steps to overcome the factors contributing to the lack of representativeness. The majority of the Court of Appeal found that those reasonable steps were not taken.

[274] Il ne s'ensuit pas pour autant que l'État peut simplement s'en laver les mains. Comme l'a dit le juge Goudge, l'obligation de l'État ne s'arrête pas à la préparation des registres et à la distribution des avis; il lui incombe également d'encourager les destinataires à y répondre. La politique même du Ministère souligne à quel point il importe de suivre de près le taux de réponse : l'évaluation de cet aspect précise-t-elle [TRADUCTION] « est extrêmement importante pour la gestion de notre système du jury » (le juge LaForme, par. 88, citant la note de service PDB n° 563, Directive d'orientation du ministère du Procureur général, 1996).

[275] Par conséquent, je ne puis malheureusement souscrire à la prétention du ministère public et à l'opinion de mon collègue, le juge Moldaver, que la responsabilité de l'État à l'égard du taux de réponse est minime. Selon le ministère public, les efforts que la province a déployés à cet égard étaient raisonnables, mais ils n'ont pu régler le problème parce que [TRADUCTION] « les causes du faible taux de réponse sont multiples, complexes et dépassent la sphère de contrôle immédiate de l'État » (m.a., par. 78). Mon collègue, le juge Moldaver, partage ce point de vue et est d'avis que l'État « n'était pas [...] obligé de s'attaquer aux problèmes systémiques contribuant à la réticence des Autochtones vivant dans des réserves à participer au processus de sélection des jurés » (par. 95). Par conséquent, pourvu que l'État ait donné « à un large échantillon de la société une possibilité honnête de participer » (par. 2), il a respecté son obligation constitutionnelle.

[276] À mon humble avis, ces points de vue n'accordent pas suffisamment d'importance aux droits que la *Charte* garantit à l'accusé. Il est question en l'espèce du droit de l'accusé à une liste des jurés représentative et de l'obligation de l'État de lui en fournir une. L'État engage sa responsabilité, même à l'égard des aspects qui dépassent sa sphère de contrôle, lorsqu'il ne prend pas des mesures raisonnables visant à contrer les facteurs qui contribuent à la non-représentativité. Selon les juges majoritaires de la Cour d'appel, de telles mesures n'avaient pas été prises.

[277] The facts in relation to the return rate problem are canvassed comprehensively in the reasons of LaForme J.A. and I need not repeat all of the detail that he provides. Those facts abundantly support the conclusion that, as Goudge J.A. put it, “[b]y 2008, therefore, the comparatively low rate of return from Aboriginal on-reserve residents had been well known by the state for a number of years as a significant contributing cause of the under-representation of Aboriginal on-reserve residents on the annual jury roll for the Kenora District” (para. 249). Goudge J.A. also found that “[o]ff-reserve [return] rates were typically four or five times higher than for on-reserve residents. . . . [T]he state knew of this discrepancy for a number of years. Its impact on the under-representation of Aboriginal on-reserve residents on the annual jury roll is obvious” (para. 263). I cannot improve on the way Goudge J.A. summed up his assessment of the state’s efforts:

. . . the state left the serious challenge of low response rates with a junior employee. Through her, the state response, repeated year after year up to and including the 2008 jury roll, can only be described as a failure. No attempts to engage with Aboriginal leaders appear to have been undertaken to determine the causes of prior response rates or what other ameliorative efforts might be undertaken by the state to encourage responses.

I do not think that a failed response, coupled with a failure to explore other steps the state might have taken to help, can be said to constitute the reasonable efforts required of the state to address this problem The challenge of low response rates was serious. It required more from the state. [paras. 275-76]

[278] I conclude that the low response rate was attributable in part to the state’s lack of reasonable efforts to address it and that the response rate is sufficiently connected to the lack of representativeness.

[277] Le juge LaForme présente en long et en large les faits qui concernent le problème du taux de réponse et il n’y a pas lieu d’en reprendre tous les détails. Ces faits étayaient amplement la conclusion selon laquelle, pour reprendre les termes employés par le juge Goudge, [TRADUCTION] « [p]ar conséquent, en 2008, l’État savait bien, depuis quelques années, que le faible taux de réponse des résidents autochtones de réserves contribuait de manière importante à leur sous-représentation dans la liste des jurés annuelle dans le district de Kenora » (par. 249). Le juge Goudge a également conclu que « [l]e taux [de réponse] hors réserve était généralement quatre ou cinq fois plus élevé que le taux pour les résidents des réserves. [. . .] [L]’État était au courant de cet écart depuis quelques années. L’incidence de cette réalité sur la sous-représentation des résidents autochtones de réserves sur la liste annuelle des jurés est évidente » (par. 263). Le juge Goudge a si bien résumé ce qu’il pensait des efforts de l’État que je ne saurais faire mieux :

[TRADUCTION] . . . l’État a délégué le grave problème du faible taux de réponse à une employée subalterne. Le procédé appliqué par cette dernière, au nom de l’État, d’année en année jusqu’en 2008 pour l’établissement de la liste des jurés n’est rien de moins qu’un échec. Aucun effort ne semble avoir été fait pour tenter de déterminer avec les chefs autochtones les causes des taux de réponse antérieurs ou d’autres incitatifs possibles que l’État pourrait mettre en place.

J’estime qu’une stratégie inefficace conjuguée à l’absence d’autres mesures que l’État aurait pu prendre pour améliorer la situation ne sauraient équivaloir aux efforts raisonnables que l’État doit déployer pour remédier à ce problème [. . .] Le faible taux de réponse constituait un grave problème qui exigeait davantage de la part de l’État. [par. 275-276]

[278] Je conclus que le faible taux de réponse était en partie attribuable à l’absence d’efforts raisonnables par l’État pour y remédier et qu’il existe un lien suffisant entre le taux de réponse et la non-représentativité.

(d) *The Estrangement of Aboriginal Peoples From the Canadian Criminal Justice System*

[279] Finally we come to broader, systemic factors that undoubtedly contribute to the under-representation of Aboriginal on-reserve residents on jury rolls. There is no doubt that underlying all of the facts and numbers about lists, deliveries and return rates, much broader factors are in play. These include the dissonance between traditional Aboriginal approaches to conflict resolution and the approaches of the criminal justice system, the historic discrimination in that system experienced by Aboriginal peoples and their lack of understanding of the system: C.A. reasons, at para. 272, per Goudge J.A.; Iacobucci Report, at paras. 209-30.

[280] As the Iacobucci Report states, “the most significant systemic barrier to the participation of First Nations peoples in the jury system in Ontario is the negative role the criminal justice system has played in their lives, culture, values, and laws throughout history” (para. 209). Despite the fact that this is perhaps the most important factor responsible for the under-representation of Aboriginal on-reserve residents on jury rolls, until very recently there have been no concerted efforts to engage with Aboriginal leaders in order to determine the cause of the problem and what the state could do.

[281] The Crown would have us ignore these considerations because the *Charter* right to a representative jury roll is not an appropriate tool to address them. My colleague Moldaver J. agrees. Again, my colleague believes that the state is not required to address systemic problems contributing to the estrangement of Aboriginal peoples from the criminal justice system in order to achieve its representativeness obligation. These views, as I see it, overlook the state’s responsibility for these factors and thus its responsibility to make reasonable efforts to address them. Having played a substantial role in creating these problems, the state should have some obligation to address them in the context of complying

d) *La marginalisation des peuples autochtones dans le système de justice pénale au Canada*

[279] Nous examinons enfin les grands facteurs systémiques qui contribuent sans l’ombre d’un doute à la sous-représentation des résidents autochtones de réserves sur les listes des jurés. Il est indubitable que derrière tous ces faits et tous ces chiffres concernant les registres, la distribution et les taux de réponse jouent des facteurs fondamentaux, dont l’opposition entre les principes traditionnels autochtones de règlement des conflits et ceux du système de justice pénale, la discrimination de longue date envers les peuples autochtones dans ce système et une connaissance insuffisante du système (motifs de la C.A., par. 272, le juge Goudge; rapport Iacobucci, par. 209-230).

[280] Ainsi que l’indique le juge Iacobucci dans son rapport : « [L]e principal obstacle systémique à la participation des Premières Nations au système du jury en Ontario est l’influence négative que le système de justice pénale a eu sur leur vie, leur culture, leurs valeurs et leurs lois tout au long de leur histoire » (par. 209). Même s’il s’agit peut-être du plus important facteur de sous-représentation des résidents autochtones de réserves sur les listes des jurés, jusqu’à tout récemment l’État n’avait pas déployé d’efforts concertés pour déterminer avec les chefs autochtones la cause du problème et le rôle que l’État pourrait jouer dans sa résolution.

[281] Le ministère public nous invite à faire fi de ces considérations parce qu’invoquer le droit à une liste des jurés représentative garanti par la *Charte* n’est pas le bon moyen de remédier à la situation. Mon collègue, le juge Moldaver, est de cet avis. Il estime que l’État n’est pas tenu de s’attaquer aux problèmes systémiques qui contribuent à la marginalisation des peuples autochtones au sein du système de justice pénale pour respecter son obligation relative à la représentativité. À mon sens, ces points de vue font abstraction de la responsabilité de l’État à l’égard de ces facteurs et, du coup, de sa responsabilité de déployer des efforts raisonnables pour régler la situation. Vu son rôle important dans la

with an accused's constitutional right to a representative jury roll.

[282] We must first be clear what the phrase “systemic problems” in this context refers to. It is a euphemism for, among other things, racial discrimination and Aboriginal alienation from the justice system. In *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, and *Williams*, this Court recognized the problem of systemic bias and discrimination against Aboriginal people in the criminal justice system.

[283] This Court in *Gladue* accepted the findings of the Royal Commission on Aboriginal Peoples and of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba to the effect that the criminal justice system in Canada has failed to take account of the “substantially different cultural values and experiences of aboriginal people” (paras. 62-63). In *Williams*, this Court accepted that there is widespread bias against Aboriginal people and noted that there is evidence that this widespread racism has translated into systemic discrimination in the criminal justice system (para. 58). Moreover, as LaForme J.A. observed, *Gladue* and *Williams* recognized that the overrepresentation of Aboriginal people as accused was “only the tip of the iceberg in terms of the ways in which the criminal justice system was failing Aboriginal peoples. The under-representation of Aboriginal people on the jury roll illustrates another part of the same iceberg, sharing the same root causes: a relationship marked by tensions originating in the colonial era” (para. 144).

[284] To ignore racial discrimination against Aboriginal people in the context of assembling a jury roll would be in marked contrast to the approach that this Court has taken to racial discrimination against Aboriginal people in relation to sentencing Aboriginal offenders. In *Gladue*, for example, the

création de ces problèmes, l'État devrait avoir une certaine obligation d'y remédier lorsqu'il est appelé à respecter le droit constitutionnel d'un accusé à une liste des jurés représentative.

[282] D'abord et avant tout, que veut dire l'expression « problèmes systémiques » dans le présent contexte? C'est un euphémisme qui désigne notamment la discrimination raciale et la marginalisation des Autochtones dans le système de justice. Dans les arrêts *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, et *Williams*, la Cour a reconnu l'existence d'un problème de préjugés et de discrimination systémiques contre les Autochtones ayant des démêlés avec la justice.

[283] La Cour dans l'arrêt *Gladue* fait siennes les conclusions de la Commission royale sur les peuples autochtones et de l'Enquête publique sur l'administration de la justice et les peuples autochtones au Manitoba selon lesquelles le système de justice pénale au Canada ne tient pas compte des « valeurs culturelles et des expériences fort différentes des peuples autochtones » (par. 62-63). Dans l'arrêt *Williams*, la Cour reconnaît l'existence de préjugés largement répandus contre les Autochtones et, selon elle, la preuve révèle que ce racisme s'est traduit par une discrimination systémique dans le système de justice pénale (par. 58). En outre, comme le juge LaForme l'a fait observer, la Cour dans ces deux arrêts reconnaît que la surreprésentation des Autochtones sur le banc des accusés [TRADUCTION] « n'est que la partie émergée de l'iceberg que représente l'ensemble des ratés du système de justice pénale à l'égard des peuples autochtones. La sous-représentation des Autochtones sur les listes des jurés équivaut à une autre partie de cet iceberg, qui découle des mêmes causes fondamentales : une relation mise à mal par des tensions qui remontent à l'ère coloniale » (par. 144).

[284] Faire fi de la discrimination raciale des Autochtones lorsqu'il s'agit de préparer les listes des jurés trancherait nettement avec l'approche de la Cour à l'égard de la discrimination raciale contre ces peuples lorsqu'il s'agit de déterminer la peine des délinquants autochtones. Par exemple, dans l'arrêt

overrepresentation of Aboriginal people in correctional institutions was recognized to be a “sad and pressing social problem” which sentencing innovation, on its own, could not address: para. 64; see also paras. 58 and 65. The Court nonetheless stressed the importance of following Parliament’s direction to take the circumstances of Aboriginal offenders into account. In *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, the Court directly addressed the contention that sentencing is not an appropriate means of addressing overrepresentation (para. 64). The Court flatly rejected this stance, citing the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba:

Despite the magnitude of the problems, there is much the justice system can do to assist in reducing the degree to which Aboriginal people come into conflict with the law. It can reduce the ways in which it discriminates against Aboriginal people and the ways in which it adds to Aboriginal alienation. [para. 69]

(Citing *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991), at p. 111.)

The Court concluded that “[t]he sentencing process is . . . an appropriate forum for addressing Aboriginal overrepresentation in Canada’s prisons” (para. 70).

[285] In the same way, in my respectful view, the assembly of representative jury rolls — a constitutional duty — is an appropriate forum to address racial discrimination against Aboriginal people and Aboriginal alienation from the justice system. While there are, as in the case of Aboriginal overrepresentation in correctional institutions, many deeply seated causes which contribute to Aboriginal under-representation on jury rolls, the *Charter* provides a basis for action, not an excuse for turning a blind eye.

Gladue, la Cour reconnaît que la surreprésentation des Autochtones dans les établissements correctionnels constitue un « problème social attristant et urgent » que des pratiques innovatrices en matière de détermination de la peine ne peuvent régler à elles seules (par. 64; voir également par. 58 et 65). La Cour souligne néanmoins qu’il importe de tenir compte de la situation des délinquants autochtones, comme le veut le législateur. Dans l’arrêt *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, la Cour répond directement à l’argument voulant que la détermination de la peine ne soit pas un moyen valable de lutte contre la surreprésentation (par. 64). La Cour rejette catégoriquement cette position, citant l’Enquête publique sur l’administration de la justice et les peuples autochtones au Manitoba :

[TRADUCTION] Malgré l’ampleur des problèmes, le système de justice peut contribuer de beaucoup à la réduction de la délinquance chez les Autochtones. Il peut réduire les formes de discrimination qu’il opère à l’encontre des Autochtones et les façons dont il accroît leur aliénation. [par. 69]

(Citant le *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991), p. 111.)

La Cour conclut que « [l]e processus de détermination de la peine offre une occasion valable pour tenter de trouver des solutions au problème de la surreprésentation des Autochtones dans les prisons canadiennes » (par. 70).

[285] De même, à mon humble avis, la préparation d’une liste des jurés représentative — une obligation constitutionnelle — offre une occasion valable pour tenter de trouver des solutions au problème de la discrimination raciale contre les Autochtones et de la marginalisation de ces derniers dans le système de justice. Certes, comme dans le cas de la surreprésentation des Autochtones dans les établissements correctionnels, des causes profondes contribuent à leur sous-représentation dans les listes des jurés. Or la *Charte* sert de tremplin, pas de prétexte pour faire la sourde oreille.

[286] In my view, the state has contributed to these broadly systemic problems and, failing reasonable efforts to overcome them in the context of jury under-representation, the state action or inaction is sufficiently linked to the under-representativeness of the jury roll in respect of Aboriginal people. There is no doubt that this is the case here. LaForme J.A. concluded that “[t]here is no evidence that the state took into account the critical estrangement of Aboriginal persons from the criminal justice system and the administration of justice . . . in its approach to the jury representation problem” (para. 210). Similarly, Goudge J.A. concluded that “the fundamental estrangement of Aboriginal people from the justice system is a relevant consideration. . . . The need to address this estrangement simply enhances the importance of the state’s efforts to provide Aboriginal on-reserve residents with the opportunity to be included in the annual jury roll” (para. 241). He noted, as well, that “[n]o attempts to engage with Aboriginal leaders appear to have been undertaken to determine the causes of prior response rates or what other ameliorative efforts might be undertaken by the state to encourage responses” (para. 275).

(e) *Conclusion on the State’s Responsibility*

[287] To conclude on this point: of the four factors that contributed to the unrepresentative jury roll, two (the lists and delivery) were the responsibility of the state and complying with that responsibility was within its power. The other two (the poor return rate and Aboriginal disengagement) were matters which the state had some capacity to address, but it failed to make reasonable efforts to do so. The majority in the Court of Appeal also found that, prior to 2008, additional steps could and should have been taken to address the under-representation issue if proper attention had been paid to the problem and appropriate steps taken to investigate in a timely way. I see no basis upon which we could interfere with these findings on appeal.

[288] For these reasons, I cannot accept the view of my colleague Moldaver J. that the majority of the

[286] J’estime que l’État a contribué à ces problèmes largement systémiques et, en ne déployant pas des efforts raisonnables pour les régler dans le contexte de la sous-représentation au sein des jurys, son action ou omission présente un lien suffisant à la sous-représentativité de la liste des jurés en ce qui a trait aux Autochtones. Il ne fait aucun doute que c’est le cas en l’espèce. Le juge LaForme a conclu que [TRADUCTION] « [r]ien ne prouve que l’État a tenu compte de l’importante marginalisation des Autochtones dans le système de justice pénale et l’administration de la justice [. . .] dans sa réponse au problème de la représentation au sein des jurys » (par. 210). De même, le juge Goudge a indiqué que [TRADUCTION] « la marginalisation fondamentale des Autochtones dans le système de justice est un facteur pertinent. [. . .] La nécessité de lutter contre cette marginalisation fait simplement ressortir l’importance des efforts que l’État doit fournir afin de donner aux résidents autochtones de réserves la possibilité de figurer sur la liste annuelle des jurés » (par. 241). Il a également fait la remarque suivante : « Aucun effort ne semble avoir été fait pour tenter de déterminer avec les chefs autochtones les causes des taux de réponse antérieurs ou d’autres incitatifs possibles à mettre en place » (par. 275).

e) *Conclusion sur la responsabilité de l’État*

[287] Pour conclure, parmi les quatre facteurs qui ont contribué à la non-représentativité de la liste des jurés, deux (les registres et la distribution) incombaient à l’État, et il était en son pouvoir de s’en acquitter. Les deux autres (le faible taux de réponse et la marginalisation des Autochtones) étaient des problèmes auxquels l’État pouvait remédier en partie, mais il n’a pas déployé d’efforts raisonnables pour ce faire. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont aussi conclu qu’avant 2008, l’État aurait pu et aurait dû prendre d’autres mesures pour s’attaquer au problème de la sous-représentation s’il y avait prêté l’attention voulue en temps opportun. Rien ne justifie de modifier ces conclusions en appel.

[288] Pour ces motifs, je ne puis souscrire au point de vue de mon collègue le juge Moldaver

Court of Appeal engaged in “hindsight” reasoning. The reasons of both LaForme and Goudge J.J.A. meticulously record their assessment of the evidence about what the state knew or ought to have known at the relevant times. It is not open to us to choose to read the record differently than they did.

[289] I am not suggesting that the state will fail in its representativeness obligation until the day that Aboriginal estrangement from the criminal justice system has completely disappeared. But the intractable dimensions and complexity of the problem do not provide an excuse for the state’s failure to make appropriate efforts in the context of complying with the constitutional obligation to provide for a representative jury roll.

[290] I conclude that there is a sufficient connection between state action and inaction and the lack of a representative jury roll to find that there was a breach by the state of the accused’s right to a representative jury roll as guaranteed under ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*.

C. *What Is the Appropriate Remedy in This Case?*

[291] Section 24(1) of the *Charter* grants courts a wide discretion to craft remedies that are “appropriate and just . . . in the circumstances”: see *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at paras. 55-57; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at paras. 30-33. In approaching the exercise of the remedial discretion exercised by the majority of the Court of Appeal, we may only intervene if it misdirected itself on the law or if the 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; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at para. 48; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at para. 87; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, at para. 48.

selon lequel les juges majoritaires de la Cour d’appel se sont livrés à un examen « rétrospectif ». Les motifs des juges LaForme et Goudge relatent méticuleusement leur appréciation de la preuve quant à ce que l’État savait ou aurait dû savoir à l’époque. Il ne nous est pas loisible d’y substituer notre propre interprétation.

[289] Je ne dis pas que l’État ne pourra pas s’acquitter de son obligation quant à la représentativité tant que la marginalisation des Autochtones dans le système de justice pénale ne sera pas complètement éliminée. Cependant, l’ampleur et la complexité inouïes du problème ne sauraient servir de prétexte à l’État pour refuser de déployer des efforts adéquats lorsqu’il s’agit de respecter l’obligation constitutionnelle de fournir une liste des jurés représentative.

[290] J’estime qu’il existe un lien suffisant entre l’action et l’omission de l’État d’une part et la non-représentativité de la liste des jurés d’autre part pour conclure que l’État a porté atteinte au droit de l’accusé à une liste des jurés représentative garanti par les al. 11d) et 11f) de la *Charte*.

C. *Quelle réparation convient-il d’accorder?*

[291] Le paragraphe 24(1) de la *Charte* accorde au tribunal un vaste pouvoir discrétionnaire pour accorder la réparation qu’il estime « convenable et juste eu égard aux circonstances » (voir *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 55-57; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 30-33). Dans l’examen du pouvoir discrétionnaire en matière de réparation exercé par les juges majoritaires de la Cour d’appel, il nous est permis d’intervenir uniquement s’ils se sont fondés sur des considérations erronées en droit ou si leur décision est erronée au point de créer une injustice (*R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 117; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, par. 48; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, par. 87; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, par. 48).

[292] Determining what is an appropriate remedy following the state's failure to provide a representative jury roll requires examination of all the circumstances, including the nature of the breach of the accused's rights and its effect on public confidence in the administration of justice. The point in the proceedings at which the issue is raised is also a relevant consideration. If the breach is raised at the time of jury selection, an order directing that a new roll be prepared may be the appropriate remedy. Where, as here, the issue is raised for the first time after verdict, a declaration may be the appropriate remedy absent the accused establishing that, in light of all of the circumstances, a new trial is the only way to restore public confidence in the administration of justice.

[293] In this case, for three reasons, I conclude that the Court of Appeal did not make any reversible error in exercising its remedial discretion to order a new trial. In all of the circumstances here, the failure to provide a representative jury roll undermined public confidence in the administration of justice. In my view, courts have traditionally been slow to excuse serious problems in jury selection as mere technicalities and we should not do so here; the failure of the state here resulted in a drastic under-representation on the basis of race; and, finally, the accused person shares the race of those excluded from appropriate representation on the jury roll.

(1) A Properly Constituted Jury Is Not a Technicality

[294] A properly constituted jury is the foundation of a fair trial and of a trial that will enhance the respect in the community for the administration of justice. For this reason, the courts have repeatedly been very reluctant to dismiss errors in the jury selection process as mere "technicalities". For example, in the old case of *Morin v. The Queen* (1890),

[292] Pour déterminer en quoi consiste la réparation convenable à l'omission de l'État de fournir une liste des jurés représentative, il faut examiner l'ensemble des circonstances, notamment la nature de l'atteinte aux droits de l'accusé et son effet sur la confiance du public dans l'administration de la justice. L'étape de l'instance à laquelle le problème est soulevé est également pertinente. Si l'atteinte est invoquée au moment de la sélection du jury, la réparation convenable pourrait prendre la forme d'une ordonnance prescrivant la préparation d'une nouvelle liste. En revanche, si, comme en l'espèce, la question est soulevée pour la première fois après le prononcé du verdict, un jugement déclaratoire pourrait constituer la réparation convenable pourvu que l'accusé n'ait pas établi qu'un nouveau procès est le seul moyen de rétablir la confiance du public dans l'administration de la justice, compte tenu de toutes les circonstances.

[293] En l'espèce, trois raisons m'amènent à conclure que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur susceptible d'annulation en ordonnant la tenue d'un nouveau procès en vertu de son pouvoir discrétionnaire. Eu égard à toutes les circonstances de la présente affaire, l'omission de fournir une liste des jurés représentative a miné la confiance du public envers l'administration de la justice. À mon avis, les tribunaux ont traditionnellement hésité à excuser les problèmes graves entachant la sélection d'un jury en les assimilant à de simples questions de forme, ce que nous devons nous garder de faire en l'espèce; l'omission de l'État dans la présente affaire a entraîné une sous-représentation critique fondée sur la race; enfin, l'accusé appartient à la race même du groupe sous-représenté sur la liste des jurés.

(1) Un jury régulièrement formé n'est pas une simple question de forme

[294] Un jury régulièrement formé constitue le fondement d'un procès équitable et d'un procès qui valorisera l'administration de la justice dans la collectivité. C'est la raison pour laquelle les tribunaux ont souvent eu des scrupules à excuser les erreurs dans le processus de sélection des jurés comme une simple « question de forme ». Par exemple,

18 S.C.R. 407, Ritchie C.J. (dissenting in the result but in the majority with respect to jury selection) said this:

. . . the objection taken [to the process of jury selection] is not raised on a mere technicality but is that the jury to whom the prisoner shall be given in charge shall be legally selected, chosen and sworn . . .

Believing then as I do, that the prisoner has not had a legal trial I cannot by my voice send him to the gallows. [pp. 425-26]

[295] In *McLean v. The King*, [1933] S.C.R. 688, the Court stated: “. . . in the administration of criminal justice nothing is more important than that the constitution of the jury should be free from all objection and that the accused should have the full advantage of every safeguard which the law has provided to enable him to secure this right, which is of the very essence of a fair trial” (p. 692 (emphasis added)).

[296] In *R. v. Bird*, [1984] 1 C.N.L.R. 122, in a very succinct judgment, the Saskatchewan Court of Appeal expressed a similar sentiment, holding that “[a] process that systematically excludes, either by design or unwittingly, an identifiable group from serving on a jury may be a sufficient ground for vacating a conviction made by a jury selected by that process” (p. 122). This view was subsequently reiterated by the British Columbia Court of Appeal in *Butler*, in the context of allegations that the sheriff deliberately excluded Aboriginal people from the jury roll. The court held that such conduct could be illegal and result in an improperly constituted jury which would then have no jurisdiction. Since the trial judge had failed to investigate the jury selection issue, a new trial was ordered (pp. 259-60).

[297] In *Barrow*, Dickson C.J. once again emphasized the fundamental importance of jury selection. He explained that “selection of an impartial jury is crucial to a fair trial”; that the accused, the Crown and the public all have the right “to be sure

dans l’ancien arrêt *Morin c. The Queen* (1890), 18 R.C.S. 407, le juge en chef Ritchie (dissident quant au résultat, mais l’un des juges majoritaires sur la question de la sélection des jurés) tient les propos suivants :

[TRADUCTION] . . . l’objection [au processus de sélection des jurés] ne concerne pas une simple question de forme, mais le principe selon lequel le jury à qui le prisonnier sera confié doit être sélectionné, choisi et assermenté conformément à la loi . . .

Puisque j’estime que le prisonnier n’a pas bénéficié d’un procès légal, je ne puis le faire envoyer à la potence. [p. 425-426]

[295] Dans l’arrêt *McLean c. The King*, [1933] R.C.S. 688, la Cour déclare : [TRADUCTION] « . . . dans l’administration de la justice pénale, rien n’est plus important que de constituer un jury à l’égard duquel aucune objection ne peut être soulevée et d’assurer à l’accusé qu’il bénéficie pleinement de toutes les protections que la loi met à sa disposition pour lui garantir ce droit, lequel constitue l’essence même d’un procès équitable » (p. 692 (je souligne)).

[296] Dans l’arrêt très succinct *R. c. Bird*, [1984] 1 C.N.L.R. 122, la Cour d’appel de la Saskatchewan a exprimé un sentiment semblable : [TRADUCTION] « Le processus qui, délibérément ou non, exclut systématiquement un groupe identifiable des fonctions de jurés peut justifier l’annulation de la déclaration de culpabilité prononcée par le jury sélectionné à l’issue de ce processus » (p. 122). La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a réitéré ce point de vue dans l’affaire *Butler*, où il avait été allégué que le shérif avait délibérément exclu des Autochtones de la liste des jurés. La cour a conclu que de tels actes pouvaient être illégaux et engendrer un jury irrégulièrement constitué qui serait alors dépourvu de compétence. Comme le juge du procès n’avait pas examiné la sélection des jurés, la tenue d’un nouveau procès a été ordonnée (p. 259-260).

[297] Dans l’arrêt *Barrow*, le juge en chef Dickson a à son tour souligné l’importance fondamentale de la sélection des jurés. Pour reprendre ses propos, « [l]a formation d’un jury impartial est cruciale pour qu’il y ait procès équitable »; l’accusé, le ministère

that the jury is impartial and the trial fair” and that on this “depends public confidence in the administration of justice” (p. 710). He also emphasized another key point: the importance — the “crucial” importance — of the appearance of justice, namely “the public perception of the fairness of the proceedings” (p. 715).

[298] Thus, it is not a full answer to an objection to how the jury was selected to say that the accused has not shown that the trial was in fact unfair. To treat this as a full answer ignores the important consideration of the appearance of fairness. Any significant failure of the jury selection process has the potential to “reflec[t] on the fairness of the entire trial”: *Barrow*, at p. 719.

[299] Most recently, the Court in *Yumnu* confirmed that conduct within and surrounding the jury selection process may constitute a miscarriage of justice even if the accused has otherwise had a fair trial. Conduct which constitutes “a serious interference with the administration of justice” and offends “the community’s sense of fair play and decency” constitutes a miscarriage of justice and demands that a new trial be ordered (para. 79). If the breach “is so serious that it destroys the appearance of justice and fairness of the trial”, it is unnecessary to enquire into whether the accused suffered an actual prejudice: *R. v. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40 (C.A.), at para. 39; see also *R. v. Cameron* (1991), 2 O.R. (3d) 633 (C.A.), at pp. 638-39.

[300] The Crown submits that the failure of counsel to raise the issue before trial should be relevant to the appropriateness of the remedy: defence counsel was aware of the low representation of Aboriginal on-reserve residents and testified that he was familiar with the decision of Stach J. in *R. v. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), which dealt with the issue of representativeness of Aboriginal on-reserve residents. The Crown says that there is an inconsistency between this testimony and the respondent’s submission that counsel was not made aware of the issue until after conviction.

public et le public ont tous le droit « d’être certains que le jury est impartial et que le procès est équitable » et « la confiance du public dans l’administration de la justice en dépend » (p. 710). Il a également insisté sur un autre point essentiel : l’importance « cruciale » que justice paraisse être rendue, soit « l’impression chez le public que la procédure est équitable » (p. 715).

[298] En conséquence, il ne suffit pas d’opposer à l’objection relative à la sélection des jurés que l’accusé n’a pas établi le caractère inéquitable de son procès, car ce serait négliger le facteur important qu’est l’apparence d’équité. Toute lacune importante dans le processus de sélection des jurés éventuellement « se répercute sur l’équité du procès tout entier » (*Barrow*, p. 719).

[299] Plus récemment, dans l’arrêt *Yumnu*, la Cour confirme que toute conduite, tant dans le cadre du processus de sélection des jurés que dans tout ce qui le concerne, peut donner lieu à une erreur judiciaire même si l’accusé a à tous autres égards bénéficié d’un procès équitable. La conduite qui constitue « une entrave sérieuse à l’administration de la justice » et heurte « le sens du franc-jeu et de la décence qu’a la société » entraîne une erreur judiciaire et commande la tenue d’un nouveau procès (par. 79). Si l’atteinte [TRADUCTION] « est tellement grave qu’elle détruit l’apparence de justice et d’équité du procès », il n’est pas nécessaire de vérifier si l’accusé a réellement subi un préjudice (*R. c. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40 (C.A.), par. 39; voir également *R. c. Cameron* (1991), 2 O.R. (3d) 633 (C.A.), p. 638-639).

[300] Selon le ministère public, le fait que l’avocat de la défense n’a pas soulevé le problème avant le procès devrait entrer en ligne de compte dans le choix de la réparation convenable : l’avocat était au courant de la faible représentation des résidents autochtones de réserves et il a affirmé à l’audience connaître la décision du juge Stach dans l’affaire *R. c. Fiddler*, [1994] 4 C.N.L.R. 99 (C. Ont. (Div. gén.)), qui traitait de la représentativité de cette population. Le ministère public affirme que cette déclaration contredit l’argument de l’intimé selon lequel l’avocat n’a appris l’existence du problème qu’après la déclaration de culpabilité.

[301] I reject this submission for two reasons. First, responsibility for complying with ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter* belongs to the state, not to defence counsel. It was the state's duty to provide a representative jury roll, not the accused's obligation to catch its failure to do so. Second, in any case, the Court of Appeal concluded that defence counsel learned for the first time of the potential problems with the 2008 Kenora jury roll after conviction and the Crown did not oppose this issue being raised for the first time on appeal. As pointed out by LaForme J.A., it was not unreasonable for the respondent to assume that the state was complying with its constitutional obligations. It was only on September 12, 2008 — almost three months after the jury had rendered its verdict against Mr. Kokopenace — that counsel learned for the first time that there was evidence of irregularities in the jury roll process. On that date, he received a letter with an attachment consisting of an affidavit sworn by Rolanda Peacock, Acting Supervisor of Court Operations for the territorial district of Kenora, which summarized the state's efforts in respect of the 2007 Kenora jury roll. I see no error on the part of the Court of Appeal, in the unusual circumstances here, in refusing to deny an otherwise just and appropriate remedy on the basis that the issue was raised late.

(2) The Under-Representation Was on the Basis of Race

[302] A second important consideration, in my opinion, is that the under-representation in this case was on the basis of race. As former Justice Iacobucci put it in his report:

The public is more likely to perceive trials, and by extension the legal system as a whole, as being fair if prospective jurors are representative of the wider community from which they are drawn. Conversely, the wholesale exclusion of particular groups from the jury pool risks undermining public acceptance of the fairness of the

[301] Je rejette cet argument pour deux motifs. Premièrement, la responsabilité de se conformer aux al. 11d) et 11f) de la *Charte* incombe à l'État, et non à l'avocat de la défense. C'est à l'État d'assurer une liste des jurés représentative, et non à l'accusé de signaler que l'État n'a pas respecté son obligation. Deuxièmement, en tout état de cause, la Cour d'appel a conclu que l'avocat de la défense avait eu vent de la possibilité qu'un problème affecte la liste des jurés de Kenora pour 2008 après le prononcé de la déclaration de culpabilité, et le ministère public ne s'était pas opposé à ce que cette question soit soulevée pour la première fois dans le cadre de l'appel. Ainsi que l'a souligné le juge LaForme, il n'était pas déraisonnable que l'intimé tienne pour acquis que l'État avait respecté ses obligations constitutionnelles. Ce n'est que le 12 septembre 2008 — presque trois mois après que le jury a rendu son verdict contre M. Kokopenace — que l'avocat a appris pour la première fois l'existence d'une preuve d'irrégularité dans le processus de sélection des jurés. Ce jour-là, il a reçu une lettre à laquelle était joint un affidavit souscrit par Rolanda Peacock, superviseure intérimaire de l'administration des tribunaux pour le district territorial de Kenora, lequel comportait le résumé des efforts déployés par l'État pour préparer la liste des jurés de Kenora pour 2007. J'estime que la Cour d'appel n'a commis, dans les circonstances inhabituelles de l'espèce, aucune erreur en refusant de priver l'accusé d'une réparation par ailleurs juste et convenable parce que le problème avait été soulevé tardivement.

(2) La sous-représentation était fondée sur la race

[302] À mon sens, le deuxième motif important porte sur le fait que la sous-représentation en l'espèce était fondée sur la race. Voici ce que l'ancien juge Iacobucci indique dans son rapport :

Il y a de meilleures chances que le public perçoive un procès, et, par extension, le système judiciaire tout entier, comme étant équitable, si les candidats-jurés sont représentatifs de l'ensemble de la collectivité dont ils sont issus. Par contre, l'exclusion en bloc de groupes particuliers du bassin d'où les jurés sont tirés risque

criminal justice system. A jury cannot act as the conscience of the community unless it is viewed favorably by the society that it serves. [para. 116]

[303] As the Privy Council stated in *Rojas v. Berllaque*, [2003] UKPC 76, [2004] 1 W.L.R. 201, at para. 14, “a non-discriminatory method of compilation of the jury lists is an essential ingredient of a fair trial by jury”. This view was also adopted by the New Zealand Court of Appeal: *R. v. Ellis*, [2011] NZCA 90, [2011] 4 L.R.C. 515, at paras. 50-60. I recognize that discrimination may occur not only as the result of intended effects of conduct, but also through the unintended effects of conduct. That the effect (although certainly not the intention) of the state conduct led to a substantial under-representation based on a prohibited ground of discrimination in my opinion considerably exacerbates the seriousness of the breach and its impact on confidence in the administration of justice.

(3) The Accused Is an Aboriginal Man

[304] Finally, we should not, in my view, be blind to the fact that the accused in this case is a member of the race that was wrongly excluded from adequate representation on the jury roll. This Court has repeatedly referred to the systemic discrimination against Aboriginal people in the criminal justice system. The unintentional yet substantial under-representation of members of that race from the jury roll inevitably, in my view, casts a long shadow over the appearance that justice has been done. It seems to me that the Court should not, on one hand, direct other courts to take these social realities into account while, on the other, choosing to ignore these same realities when they confront us in an awkward context. In my view, it could not be clearer that, as a result of state action and inaction, persons of the accused’s race were substantially under-represented on the jury roll.

de nuire à l’acceptation par le public que le système de justice pénale est équitable. Un jury ne peut faire office de conscience communautaire que si la société pour le compte de laquelle il délibère le tient en estime. [par. 116]

[303] Dans l’arrêt *Rojas c. Berllaque*, [2003] UKPC 76, [2004] 1 W.L.R. 201, le Conseil Privé a déclaré au par. 14 qu’une [TRADUCTION] « méthode non discriminatoire pour établir la liste des jurés constitue un élément essentiel d’un procès avec jury équitable ». La Cour d’appel de la Nouvelle-Zélande a également adopté ce point de vue (*R. c. Ellis*, [2011] NZCA 90, [2011] 4 L.R.C. 515, par. 50-60). Je reconnais que la discrimination peut être engendrée par les effets intentionnels d’une conduite, mais aussi par les effets involontaires d’une conduite. L’effet de la conduite de l’État (mais certainement pas son intention cependant) ayant donné lieu à une importante sous-représentation fondée sur un motif de discrimination illicite a considérablement exacerbé la gravité de la violation et son incidence sur la confiance du public dans l’administration de la justice.

(3) L’accusé est autochtone

[304] Enfin, j’estime que nous ne devons pas négliger le fait que l’accusé dans la présente affaire appartient à la race même qui était injustement sous-représentée sur la liste des jurés. Notre Cour a évoqué à maintes reprises la discrimination systémique à l’égard des Autochtones dans le système de justice pénale. La sous-représentation involontaire — mais importante — des personnes appartenant à cette race sur la liste des jurés jette inévitablement, à mon avis, une ombre sur l’apparence de justice. Il me semble que la Cour ne devrait pas, d’une part, enjoindre aux autres tribunaux de tenir compte de ces réalités sociales et, d’autre part, les minimiser lorsqu’elles se présentent dans un contexte inopportun. J’estime qu’il est absolument manifeste qu’en raison d’actions et d’omissions de l’État, les personnes appartenant à la race de l’accusé étaient considérablement sous-représentées sur la liste des jurés.

[305] The 2008 jury roll for Kenora consisted of 699 potential jurors of whom 29 were Aboriginal on-reserve residents. Thus, Aboriginal on-reserve residents formed 4.1 percent of the jury roll while representing about 30 percent of the adult population of the judicial district. This significant under-representation, not surprisingly, was transmitted to the jury panel summoned for Mr. Kokopenace's trial. It consisted of 175 jurors, 8 of whom — 4.6 percent — were on-reserve residents. In the event, four of the eight were excused and two did not respond to the summons.

(4) Conclusion Respecting Remedy

[306] I see no reviewable error in the conclusion of the majority of the Court of Appeal that the failure to provide a representative jury roll in the circumstances of this case undermined public confidence in the integrity of the justice system and the administration of justice. As a result, I would affirm the Court of Appeal's decision to order a new trial.

IV. Disposition of the Appeal

[307] I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, McLACHLIN C.J. and CROMWELL J. dissenting.

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

Solicitors for the respondent: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto; Doucette Boni Santoro Furgiuele, Toronto.

Solicitors for the intervener the Advocates' Society: Greenspan Humphrey Lavine, Toronto; Hensel Barristers, Toronto; University of Toronto, Toronto.

Solicitors for the intervener the Nishnawbe Aski Nation: Falconers, Toronto.

[305] La liste des jurés de Kenora de 2008 était composée de 699 candidats jurés dont 29 étaient des résidents autochtones de réserves. Par conséquent, les résidents autochtones de réserves formaient 4,1 p. 100 de la liste des jurés, alors qu'ils représentent environ 30 p. 100 de la population adulte du district judiciaire. Cette importante sous-représentation a naturellement été reportée dans le tableau des jurés assignés pour le procès de M. Kokopenace. Ce tableau comportait 175 jurés, dont huit — soit 4,6 p. 100 — étaient des résidents de réserves. Dans le cadre du processus de sélection, quatre des huit candidats jurés ont été exemptés et deux n'ont pas donné suite à l'assignation.

(4) Conclusion concernant la réparation

[306] J'estime que les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont commis aucune erreur donnant lieu à révision lorsqu'ils ont conclu que l'omission de fournir une liste des jurés représentative dans la présente affaire a miné la confiance du public envers l'intégrité du système de justice et l'administration de la justice. Par conséquent, je suis d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

IV. Dispositif du pourvoi

[307] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, la juge en chef McLACHLIN et le juge CROMWELL sont dissidents.

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

Procureurs de l'intimé : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto; Doucette Boni Santoro Furgiuele, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Advocates' Society : Greenspan Humphrey Lavine, Toronto; Hensel Barristers, Toronto; Université de Toronto, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Nation Nishnawbe Aski : Falconers, Toronto.

Solicitors for the interveners the David Asper Centre for Constitutional Rights and the Women's Legal Education and Action Fund, Inc. (LEAF): University of Toronto, Toronto; Women's Legal Education and Action Fund, Inc. (LEAF), Toronto.

Solicitors for the interveners the Native Women's Association of Canada and the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies: Law Office of Mary Eberts, Toronto.

Solicitors for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Aboriginal Legal Services of Toronto, Toronto.

Procureurs des intervenants David Asper Centre for Constitutional Rights et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, inc. (FAEJ) : Université de Toronto, Toronto; Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, inc. (FAEJ), Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Association des femmes autochtones du Canada et l'Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry : Law Office of Mary Eberts, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. : Aboriginal Legal Services of Toronto, Toronto.

Donald Jerry Barabash *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Shane Gordon Rollison *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Canadian Civil Liberties Association,
Beyond Borders and Canadian Centre for
Child Protection Inc.** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. BARABASH

2015 SCC 29

File Nos.: 35977, 36064.

2015: January 16; 2015: May 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Criminal law — Child pornography — Defences — Private use exception — Accused charged with child pornography offences — Accused arguing in defence that sexual activity lawful and consensual and that recordings held for private use — Crown challenging lawfulness of sexual activity on basis of girls' exploitation — Whether private use exception requires separate and additional exploitation inquiry or whether exploitation included under lawfulness inquiry — In acquitting accused, whether trial judge properly interpreted exception — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163.1.

Donald Jerry Barabash *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Shane Gordon Rollison *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l'Ontario,
Association canadienne des libertés civiles,
Au-delà des frontières et Centre canadien de
protection de l'enfance inc.** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. BARABASH

2015 CSC 29

N^{os} du greffe : 35977, 36064.

2015 : 16 janvier; 2015 : 22 mai.

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

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

Droit criminel — Pornographie juvénile — Moyens de défense — Exception relative à l'usage personnel — Accusations de pornographie juvénile — Accusés invoquant en défense que l'activité sexuelle était légale et consensuelle et les enregistrements étaient conservés pour l'usage personnel — Légalité de l'activité sexuelle contestée par le ministère public sur le fondement de l'exploitation des adolescentes — L'exception relative à l'usage personnel commande-t-elle un examen supplémentaire distinct de la question de l'exploitation, ou cette question est-elle prise en compte dans l'analyse de la légalité? — Pour décider d'acquitter les accusés, le juge du procès a-t-il bien interprété l'exception? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 163.1.

Two girls, age 14, were runaways from a treatment centre. They stayed with the accused B, age 60, whereas the other accused, R, age 41, was a regular visitor. The girls were involved in sexual activity, which was depicted on video and in photographs, with each other and with R. At the time the videos and photographs were made, 14-year-olds could legally consent to sexual acts with adults. Both B and R were charged with making child pornography, contrary to s. 163.1(2) of the *Criminal Code*. B was also charged with one count of possessing child pornography, contrary to s. 163.1(4). B and R were tried together. The trial judge found that all of the elements of the offences were established; however, the accused raised in defence the private use exception outlined in *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45. The judge concluded that the Crown had failed to disprove the exception beyond a reasonable doubt. The Court of Appeal allowed the appeals, substituted guilty verdicts and remitted the case for sentencing.

Held: The appeals should be allowed and a new trial ordered.

The private use exception outlined in *Sharpe* serves as a defence to the offence of making or possessing child pornography, contrary to s. 163.1 of the *Criminal Code*. This private use exception requires a determination that the sexual activity depicted in recordings is lawful, that the recording of the sexual activity is also consensual and that the recordings are held exclusively for private use. In *Sharpe*, the Court did not mandate a separate and additional exploitation inquiry. Adding such a step would be unnecessary, as exploitation is already captured under the lawfulness inquiry. Section 153 of the *Criminal Code* makes sexual exploitation of a young person a crime. Thus, where the Crown seeks to rely on s. 153 to negate the legality of the sexual activity depicted, the judge must consider whether it occurred in the context of an exploitative relationship. If so, the sexual activity is not lawful, and the private use exception does not apply.

Where s. 153 is engaged, the consent of the young person to the sexual activity cannot render it lawful. Thus, where an accused raises the private use exception and the Crown seeks to challenge the lawfulness of the sexual activity on the basis of exploitation, a trial judge must look

Deux adolescentes de 14 ans se sont enfuies d'un centre de traitement. Elles sont allées habiter chez l'accusé B, âgé de 60 ans. L'autre accusé, R, âgé de 41 ans, se trouvait régulièrement chez B. Les adolescentes ont pris part — l'une avec l'autre et avec R — à des actes sexuels qui ont été enregistrés sur bandes vidéo et photographiés. Au moment de la création des bandes vidéo et des photos, un adolescent de 14 ans pouvait légalement consentir à un acte sexuel avec un adulte. B et R ont tous deux été accusés de production de pornographie juvénile, une infraction prévue au par. 163.1(2) du *Code criminel*. B a en outre fait l'objet d'un chef d'accusation de possession de pornographie juvénile en application du par. 163.1(4). Les deux accusés ont été jugés dans le cadre d'un procès commun. Le juge du procès a estimé que tous les éléments des infractions avaient été établis. Les accusés ont toutefois invoqué en défense l'exception relative à l'usage personnel reconnue dans l'arrêt *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45. Le juge a conclu à l'omission du ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que l'exception ne s'appliquait pas. La Cour d'appel a accueilli les appels, inscrit des déclarations de culpabilité et renvoyé les dossiers pour détermination de la peine.

Arrêt : Les pourvois sont accueillis et un nouveau procès est ordonné.

L'exception relative à l'usage personnel reconnue dans l'arrêt *Sharpe* offre un moyen de défense opposable à une accusation de production ou de possession de pornographie juvénile fondée sur l'art. 163.1 du *Code criminel*. Pour que l'exception s'applique, le tribunal doit déterminer que l'activité sexuelle représentée dans les enregistrements est légale, que son enregistrement est aussi consensuel et que les enregistrements sont conservés exclusivement pour l'usage personnel. Dans l'arrêt *Sharpe*, la Cour ne prescrit pas un supplément d'analyse distinct au chapitre de l'exploitation. L'ajout d'une telle étape serait superflu, car l'exploitation est déjà prise en compte dans l'analyse de la légalité. L'article 153 du *Code criminel* fait de l'exploitation sexuelle d'un adolescent un acte criminel. Ainsi, lorsque le ministère public invoque cet article pour contester la légalité de l'activité sexuelle représentée, le tribunal doit se demander si cette activité a eu lieu dans le contexte d'une relation d'exploitation. Dans l'affirmative, l'activité sexuelle n'est pas légale et l'exception relative à l'usage personnel ne s'applique pas.

Lorsque les conditions d'application de l'art. 153 sont réunies, le consentement de l'adolescent ne peut rendre l'activité sexuelle légale. Par conséquent, lorsque l'accusé invoque l'exception relative à l'usage personnel et que le ministère public cherche à contester la légalité de

beyond whether or not consent was given and holistically examine the nature and circumstances of the relationship between the young person and the accused. Section 153(1.2) provides a non-exhaustive list of indicia from which a trial judge may infer that the relationship between the accused and a young person is exploitative: “(a) the age of the young person; (b) the age difference between the person and the young person; (c) the evolution of the relationship; and (d) the degree of control or influence by the person over the young person”. It is not necessary that the person accused of making or possessing child pornography be charged separately under s. 153(1) in order for a judge to undertake this inquiry. The lawfulness of the sexual activity is independently assessed as part of the defence.

In this case, the trial judge did not consider whether the relationship between the girls and the accused was exploitative within the meaning of s. 153, despite the fact that, at the time, s. 153 applied to young persons between the ages of 14 and 17. Where the trial judge did consider evidence that would be relevant to exploitation, he did so in isolation, looking at the factors one at a time. For example, he identified the girls’ age and the substantial difference in age between them and the accused, but found this was an insufficient basis for concluding that this difference was exploitative. However, he did not assess this age difference in light of other aspects of the relationship, such as the impact of the girls’ addictions, their need for shelter, or their past and ongoing experiences with homelessness and prostitution. In short, he did not consider the specific factors in light of the broader context or whether they cumulatively resulted in an exploitative relationship.

In other words, the trial judge’s analysis focused primarily on the voluntariness of the sexual activities, instead of on the nature of the relationship between the parties. While the voluntariness of sexual activities is an important aspect of lawfulness, it does not end the inquiry. The trial judge was also required to holistically assess the nature and circumstances of the relationship to determine whether the sexual activity was rendered unlawful under s. 153. By failing to consider whether the underlying relationship between the girls and the accused was exploitative, the trial judge erred in law. This error had a material bearing on the accused’s acquittals and requires a new trial.

l’activité sexuelle en alléguant l’exploitation, le juge du procès doit s’attacher non seulement au consentement, mais aussi, de manière globale, à la nature de la relation entre l’adolescent et l’accusé, ainsi qu’aux circonstances qui l’entourent. Le paragraphe 153(1.2) fait état de manière non exhaustive d’éléments à partir desquels le juge peut déduire l’existence d’une relation où l’accusé exploite l’adolescent : « a) l’âge de l’adolescent; b) la différence d’âge entre la personne et l’adolescent; c) l’évolution de leur relation; [et] d) l’emprise ou l’influence de la personne sur l’adolescent ». Point n’est besoin que la personne accusée de production ou de possession de pornographie juvénile fasse l’objet d’une accusation distincte fondée sur le par. 153(1) pour que le juge se livre à pareil examen. La légalité de l’activité sexuelle est appréciée de façon indépendante dans le cadre de l’examen des moyens de défense.

Dans la présente affaire, le juge du procès ne s’est pas demandé si la relation entre les adolescentes et les accusés en était une d’exploitation au sens de l’art. 153 même si cette disposition s’appliquait alors aux adolescents âgés de 14 à 17 ans. Lorsqu’il s’est penché sur des éléments de preuve pertinents pour statuer sur l’exploitation, il l’a fait en vase clos, les examinant un à la fois. À titre d’exemple, il a relevé l’âge des adolescentes et la grande différence d’âge entre elles et les accusés, mais il a estimé qu’on ne pouvait y voir d’exploitation. Cependant, il n’a pas considéré la différence d’âge à la lumière d’autres aspects de la relation, tels l’impact des dépendances des adolescentes, leur besoin d’un toit ou leurs expériences passées et actuelles de vagabondage et de prostitution. En bref, il a omis d’examiner les éléments en cause à la lumière du contexte global ou de la question de savoir si, cumulativement, ces éléments donnaient lieu à une relation d’exploitation.

En d’autres termes, l’analyse du juge du procès s’est attachée surtout au caractère volontaire de l’activité sexuelle, plutôt qu’à la nature de la relation entre les parties. Bien que le caractère volontaire d’une activité sexuelle compte pour beaucoup dans sa légalité, il ne suffit pas. Le juge devait aussi examiner globalement la nature de la relation et les circonstances qui l’entouraient pour déterminer si l’activité sexuelle était légale ou non au regard de l’art. 153. Son omission de se demander si la relation sous-jacente entre les adolescentes et les accusés en était une d’exploitation constitue une erreur de droit. Cette erreur a eu une incidence significative sur l’acquittement des accusés et commande la tenue d’un nouveau procès.

Cases Cited

Applied: *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; **referred to:** *R. v. Cockell*, 2013 ABCA 112, 553 A.R. 91, leave to appeal refused, [2013] 3 S.C.R. x; *R. v. L.W.* (2006), 208 O.A.C. 42; *R. v. Pickton*, 2010 SCC 32, [2010] 2 S.C.R. 198; *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 150.1, 151, 152, 153, 155, 160(3), 163.1, 173(2), 265(3), 271 to 273, 273.1, 686(4)(b)(ii).

Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6.

APPEALS from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, Watson and Slatter J.J.A.), 2014 ABCA 126, 572 A.R. 289, 98 Alta. L.R. (5th) 125, 10 C.R. (7th) 350, [2014] 8 W.W.R. 69, 310 C.C.C. (3d) 360, 306 C.R.R. (2d) 299, 609 W.A.C. 289, [2014] A.J. No. 322 (QL), 2014 CarswellAlta 489 (WL Can.), setting aside the acquittals entered by Thomas J., 2012 ABQB 99, 532 A.R. 364, 59 Alta. L.R. (5th) 369, 284 C.C.C. (3d) 62, [2012] 10 W.W.R. 104, [2012] A.J. No. 191 (QL), 2012 CarswellAlta 434 (WL Can.). Appeals allowed and new trial ordered.

Peter J. Royal, Q.C., for the appellant Donald Jerry Barabash.

Diana C. Goldie and Thomas Slade, for the appellant Shane Gordon Rollison.

Jolaine Antonio and Julie Morgan, for the respondent.

Jeffrey G. Johnston, for the intervener the Attorney General of Canada.

Christine Bartlett-Hughes and Lisa Henderson, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Alexi N. Wood and Kate Southwell, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; **arrêts mentionnés :** *R. c. Cockell*, 2013 ABCA 112, 553 A.R. 91, autorisation d'appel refusée, [2013] 3 R.C.S. x; *R. c. L.W.* (2006), 208 O.A.C. 42; *R. c. Pickton*, 2010 CSC 32, [2010] 2 R.C.S. 198; *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 150.1, 151, 152, 153, 155, 160(3), 163.1, 173(2), 265(3), 271 à 273, 273.1, 686(4)(b)(ii).

Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, c. 6.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Berger, Watson et Slatter), 2014 ABCA 126, 572 A.R. 289, 98 Alta. L.R. (5th) 125, 10 C.R. (7th) 350, [2014] 8 W.W.R. 69, 310 C.C.C. (3d) 360, 306 C.R.R. (2d) 299, 609 W.A.C. 289, [2014] A.J. No. 322 (QL), 2014 CarswellAlta 489 (WL Can.), qui a annulé les acquittements prononcés par le juge Thomas, 2012 ABQB 99, 532 A.R. 364, 59 Alta. L.R. (5th) 369, 284 C.C.C. (3d) 62, [2012] 10 W.W.R. 104, [2012] A.J. No. 191 (QL), 2012 CarswellAlta 434 (WL Can.). Pourvois accueillis et nouveau procès ordonné.

Peter J. Royal, c.r., pour l'appelant Donald Jerry Barabash.

Diana C. Goldie et Thomas Slade, pour l'appelant Shane Gordon Rollison.

Jolaine Antonio et Julie Morgan, pour l'intimée.

Jeffrey G. Johnston, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Christine Bartlett-Hughes et Lisa Henderson, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Alexi N. Wood et Kate Southwell, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

David Matas and Monique St. Germain, for the interveners Beyond Borders and the Canadian Centre for Child Protection Inc.

The judgment of the Court was delivered by

[1] KARAKATSANIS J. — These appeals concern what happens when teenagers participate in sexual recordings as part of relationships that may involve exploitation. They examine the “private use exception” outlined in this Court’s decision of *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45. The private use exception acts as a defence to the offences of making and possessing child pornography, contrary to s. 163.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The exception covers visual recordings that do not depict unlawful sexual activity, were created with the consent of the persons depicted, and are held exclusively for private use (*Sharpe*, at para. 128).

[2] In this case, the Court is asked to clarify the elements of the exception, and in particular where the concept of exploitation fits in the analysis.

[3] I conclude that the test articulated in *Sharpe* requires a determination that the sexual activity depicted is lawful — and thus did not arise in the context of an exploitative relationship. As the trial judge did not consider this specific question, I would allow the appeals and order a new trial.

I. Facts

[4] In early 2008, two 14-year-old females, K and D, ran away from an adolescent treatment centre in High Prairie, Alberta. The two teenagers had difficult pasts, with experiences of drug addiction, criminal history, family issues, and, in K’s case, a history of prostitution. K described herself as a “street child” with ongoing troubles with drug abuse.

David Matas et Monique St. Germain, pour les intervenants Au-delà des frontières et le Centre canadien de protection de l’enfance inc.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Les pourvois s’intéressent à ce qu’il advient lorsque des adolescents prennent part à l’enregistrement d’activités sexuelles dans le cadre d’une relation susceptible d’être empreinte d’exploitation. Ils portent sur l’« exception relative à l’usage personnel » que la Cour a formulée dans l’arrêt *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, et qui offre un moyen de défense à une accusation de production ou de possession de pornographie juvénile fondée sur l’art. 163.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. L’exception s’applique à l’enregistrement visuel qui ne représente pas une activité sexuelle illégale, qui a été créé avec le consentement des personnes qui y figurent et que l’on conserve exclusivement pour l’usage personnel (*Sharpe*, par. 128).

[2] Dans la présente affaire, la Cour est appelée à clarifier les conditions d’application de l’exception et, en particulier, les situations où la notion d’exploitation entre en ligne de compte.

[3] J’estime que le critère de l’arrêt *Sharpe* exige du tribunal qu’il détermine que l’activité sexuelle représentée est légale, de sorte qu’elle n’a pas eu lieu dans le contexte d’une relation d’exploitation. Comme le juge du procès n’a pas examiné cette question précise, je suis d’avis d’accueillir les pourvois et d’ordonner un nouveau procès.

I. Faits

[4] Au début de 2008, deux adolescentes de 14 ans, K et D, se sont enfuies d’un centre de traitement pour adolescents situé à High Prairie, en Alberta. Elles avaient toutes deux connu un parcours difficile — dépendance aux drogues, criminalité, problèmes familiaux et, dans le cas de K, prostitution. K s’est décrite comme une [TRADUCTION] « enfant de la rue » aux prises avec des problèmes récurrents de toxicomanie.

[5] After leaving the treatment centre, K and D travelled to Edmonton, where they went to stay at the appellant Donald Barabash's residence. D had known Mr. Barabash for about a year, as a drug dealer and a friend of her father's. The other appellant, Shane Rollison, was a friend of Mr. Barabash's who was regularly at the residence and was also involved in drugs. At trial, K described the place as a stereotypic "crack house" with a wide variety of people visiting to sell, buy, and use various illegal drugs.

[6] During the time K and D stayed at the Barabash residence (K two to three weeks, D one week), they were involved in the creation of video recordings and still images with the appellants, using a computer webcam in the basement. In the recordings and images, K and D appear nude and engage in explicit sexual activity.

[7] The police began investigating the appellants after receiving complaints about a still photograph posted to Nexopia, a social networking site. The photograph depicted two young women, one of them topless. The police identified K and D as the two women depicted in the image and searched the Barabash residence. There they located a number of video recordings and still photographs that they identified as child pornography. The videos and photographs depicted K and D engaged in various explicit sexual activities, both with each other and with Mr. Rollison. Mr. Barabash generally operated the camera, although K and D did so at times. At the time the videos and photographs were made, 14-year-olds were able to consent to sexual acts with adults. (This has since been raised to 16.) K and D were both 14 at the time, while Mr. Barabash was 60, and Mr. Rollison was 41.

[8] The appellants were both charged with making child pornography contrary to s. 163.1(2) of the *Criminal Code*. Mr. Barabash was also charged

[5] Après avoir quitté le centre de traitement, K et D se sont rendues à Edmonton, où elles se sont installées chez l'appellant Donald Barabash, un trafiquant de drogue et ami du père de D, que cette dernière connaissait depuis environ un an. L'autre appellant, Shane Rollison, un ami de M. Barabash qui s'adonnait également au trafic de la drogue, s'y trouvait régulièrement. Au procès, K a dit de l'endroit qu'il s'agissait d'une [TRADUCTION] « fumerie de crack » typique que fréquentait une grande diversité de personnes pour vendre, acheter et consommer différentes drogues illégales.

[6] Pendant le séjour de K et de D chez M. Barabash (deux à trois semaines pour K, une pour D), elles ont participé, avec les appelants, à la création d'enregistrements et d'images fixes à l'aide d'une webcam, au sous-sol de la résidence. Dans les enregistrements et sur les images, K et D apparaissent nues et se livrent à une activité sexuelle explicite.

[7] La police a entrepris une enquête sur les appelants après avoir reçu des plaintes au sujet d'une photo affichée sur Nexopia, un site de réseautage social. La photographie représentait deux jeunes femmes, dont l'une avait les seins nus. Après qu'il eut été déterminé que K et D étaient les deux femmes représentées sur l'image, les policiers ont fouillé la résidence de M. Barabash et y ont trouvé un certain nombre d'enregistrements vidéo et d'images fixes qui, selon eux, constituaient de la pornographie juvénile. Les vidéos et les photos représentaient K et D en train de se livrer à diverses activités sexuelles explicites tant entre elles qu'avec M. Rollison. C'est généralement M. Barabash qui filmait ou prenait les photos, bien que K et D l'aient fait à l'occasion. Au moment où les enregistrements vidéo ont été réalisés et où les photos ont été prises, une personne de 14 ans pouvait consentir à des activités sexuelles avec un adulte. (Depuis, l'âge auquel un tel consentement peut être donné est passé à 16 ans.) K et D étaient toutes deux âgées de 14 ans à l'époque, alors que MM. Barabash et Rollison avaient respectivement 60 et 41 ans.

[8] Les appelants ont tous deux été accusés de production de pornographie juvénile, une infraction prévue au par. 163.1(2) du *Code criminel*.

with one count of possessing child pornography contrary to s. 163.1(4).

II. Decisions Below

A. *Alberta Court of Queen's Bench, 2012 ABQB 99, 532 A.R. 364*

[9] The appellants were tried together before Thomas J., sitting alone. The trial judge found the Crown had proven beyond a reasonable doubt that both appellants made child pornography contrary to s. 163.1(2) of the *Criminal Code*. He also found the Crown had proven beyond a reasonable doubt that Mr. Barabash was in possession of child pornography contrary to s. 163.1(4). The core issue, however, was the availability of the private use exception from *Sharpe* as a defence to the charges.

[10] The trial judge reviewed the private use exception and concluded that, according to *Sharpe*, three requirements must be met for the exception to be made out: (1) the sexual activity must be legal; (2) the recording must be made with the consent of the persons depicted; and (3) the recording must be held for private use. He rejected the Crown's submission that, in addition to these three requirements, private use material must possess aspects of "self-fulfilment and self-actualization" and must not result in the "exploitation or abuse of children" (para. 163, citing *Sharpe*, at paras. 120 and 116). The trial judge found that all three requirements set out in *Sharpe* were met on the facts of this case and entered acquittals.

B. *Alberta Court of Appeal, 2014 ABCA 126, 572 A.R. 289*

[11] The Crown appealed the acquittals on the ground that the trial judge erred in his interpretation of the private use exception. The majority of the Court of Appeal agreed and allowed the appeals, relying on that court's decision in *R. v. Cockell*, 2013

M. Barabash a également fait l'objet, sur le fondement du par. 163.1(4), d'un chef d'accusation de possession de pornographie juvénile.

II. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, 2012 ABQB 99, 532 A.R. 364*

[9] Les appelants ont subi un procès commun devant juge seul. Le juge Thomas conclut que le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que les deux appelants avaient produit de la pornographie juvénile contrairement au par. 163.1(2) du *Code criminel*. Il estime également que le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que M. Barabash avait été en possession de pornographie juvénile, une infraction prévue au par. 163.1(4). Or, la question essentielle qui se posait était celle de savoir si l'exception relative à l'usage personnel reconnue par la Cour dans l'arrêt *Sharpe* pouvait ou non être opposée aux accusations.

[10] Le juge du procès se penche sur l'exception et conclut que, suivant l'arrêt *Sharpe*, trois conditions doivent être remplies pour qu'elle s'applique : (1) l'activité sexuelle doit être légale, (2) l'enregistrement doit avoir été réalisé avec le consentement des personnes qui y figurent et (3) l'enregistrement doit être conservé pour l'usage personnel. Il rejette la prétention du ministère public selon laquelle le matériel conservé pour l'usage personnel doit en outre posséder certains attributs liés à « l'épanouissement personnel et [à] la réalisation de soi » et ne doit pas faire en sorte que « des enfants soient exploités ou maltraités » (par. 163, citant *Sharpe*, par. 120 et 116). Le juge conclut que les trois conditions de l'arrêt *Sharpe* sont respectées eu égard aux faits de l'espèce, et il acquitte les accusés.

B. *Cour d'appel de l'Alberta, 2014 ABCA 126, 572 A.R. 289*

[11] Le ministère public a interjeté appel des acquittements au motif que le juge du procès avait mal interprété l'exception relative à l'usage personnel. Se fondant sur l'arrêt *R. c. Cockell*, 2013 ABCA 112, 553 A.R. 91, autorisation d'appel refusée, [2013] 3

ABCA 112, 553 A.R. 91, leave to appeal refused, [2013] 3 S.C.R. x. *Cockell* held that the private use exception also contained a standalone requirement that there be no exploitation or abuse involved in the creation of the recording, and a requirement that the parties intended the pornographic material to be for the private use of all those involved in its creation.

[12] Applying *Cockell* to the present case, the majority found that, for the purposes of the exception, the sexual activity must not involve “child exploitation or abuse as cognizable in law generally, not just crimes under the *Code*”, and that “it was not outside the scope of judicial notice to find that considerably more than a ‘nominal risk of harm’ was inflicted on these two damaged kids” (para. 36). The majority therefore found that, with the correct law applied to the trial judge’s findings of fact, convictions of the appellants were inevitable. It accordingly substituted guilty verdicts and remitted the case for sentencing.

[13] Berger J.A., writing in dissent, would have dismissed the appeals. While he agreed with the majority that the trial judge erred, he disagreed with the majority’s view of the private use exception test and found that exploitation is properly subsumed within the lawfulness analysis. That is, he did not believe that *Sharpe* created a separate and distinct requirement related to factual exploitation. He found that the private use exception was made out on the facts as found by the trial judge.

III. Analysis

A. *R. v. Sharpe and the Criminal Prohibition on Child Pornography*

[14] Section 163.1 of the *Criminal Code* establishes a number of prohibitions related to the making,

R.C.S. x, les juges majoritaires de la Cour d’appel lui donnent raison et accueillent les appels. Selon l’arrêt *Cockell*, une autre condition — indépendante — de l’applicabilité de l’exception veut qu’il n’y ait eu ni exploitation ni maltraitance lors de la création de l’enregistrement, et une autre encore, que les parties aient voulu que le matériel pornographique soit réservé à l’usage personnel de toutes les personnes ayant participé à sa création.

[12] Dans leur application de l’arrêt *Cockell* aux faits de l’espèce, les juges majoritaires concluent que l’opposabilité de l’exception exige que l’activité sexuelle soit exempte [TRADUCTION] « non seulement de tout crime prévu par le *Code criminel*, mais aussi d’exploitation ou de maltraitance d’enfants au sens où on l’entend généralement en droit », et que « la connaissance d’office pouvait permettre de conclure qu’il y avait bien plus qu’un “risque infime de préjudice” pour ces deux enfants aux parcours difficiles » (par. 36). Ainsi, selon les juges majoritaires, si l’on applique les bons principes de droit aux conclusions de fait du juge du procès, les appelants devaient forcément être reconnus coupables. Ils substituent donc des déclarations de culpabilité aux acquittements et renvoient l’affaire pour détermination de la peine.

[13] Le juge Berger, dissident, aurait rejeté les appels. Bien qu’il convienne avec les juges majoritaires que le juge du procès a commis une erreur, il diffère d’opinion sur le critère d’application de l’exception relative à l’usage personnel et conclut que l’exploitation est subsumée à bon droit sous l’analyse de la légalité. Autrement dit, il estime que, dans l’arrêt *Sharpe*, la Cour n’a pas créé une condition, indépendante et distincte, liée à l’exploitation de fait. Il conclut que, au vu des faits constatés en première instance, l’applicabilité de l’exception relative à l’usage personnel est établie.

III. Analyse

A. *L’arrêt R. c. Sharpe et l’interdiction de la pornographie juvénile par le Code criminel*

[14] L’article 163.1 du *Code criminel* établit un certain nombre d’interdictions relatives à la production,

possession, distribution and accessing of child pornography. The child pornography in this case is defined in s. 163.1(1)(a):

163.1 (1) In this section, “child pornography” means

(a) a photographic, film, video or other visual representation, whether or not it was made by electronic or mechanical means,

(i) that shows a person who is or is depicted as being under the age of eighteen years and is engaged in or is depicted as engaged in explicit sexual activity, or

(ii) the dominant characteristic of which is the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a person under the age of eighteen years;

[15] In *Sharpe*, McLachlin C.J., writing for the majority of this Court, concluded that while s. 163.1 infringed the constitutional right to freedom of expression protected by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, this infringement was, for the most part, justified under s. 1 of the *Charter* because of the important government objective of protecting children from harm. However, the majority found that two categories of privately held material captured by the criminal prohibition did not strike the proper balance between preventing harm to children and protecting freedom of expression. The two categories are (1) self-created expressive material, and (2) private recordings of lawful sexual activity. These types of private material engage values related to the development of thought, belief, opinion and expression, while posing “no reasoned risk of harm to children” (para. 100).

[16] To remedy this constitutional defect, the Court read in two exceptions to the prohibition. Each of these exceptions operates as a defence to prosecution under s. 163.1(2), which prohibits making child pornography, and s. 163.1(4), which prohibits its possession. The first exception addresses expressive material created and held by a single person and

à la possession et à la distribution de pornographie juvénile, ainsi qu’à l’accès à cette dernière. La pornographie juvénile considérée en l’espèce est définie à l’al. 163.1(1)a) :

163.1 (1) Au présent article, « pornographie juvénile » s’entend, selon le cas :

a) de toute représentation photographique, filmée, vidéo ou autre, réalisée ou non par des moyens mécaniques ou électroniques :

(i) soit où figure une personne âgée de moins de dix-huit ans ou présentée comme telle et se livrant ou présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite,

(ii) soit dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, d’organes sexuels ou de la région anale d’une personne âgée de moins de dix-huit ans;

[15] Dans l’arrêt *Sharpe*, la juge en chef McLachlin conclut au nom des juges majoritaires que même si l’art. 163.1 viole le droit constitutionnel à la liberté d’expression que garantit l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette violation est en grande partie justifiée au regard de l’article premier de la *Charte* par l’objectif gouvernemental important de protéger les enfants contre un préjudice. Toutefois, selon la formation majoritaire, l’interdiction faite par le droit criminel n’établit pas, dans le cas de deux catégories de matériel conservé en privé, un juste équilibre entre la prévention du préjudice causé aux enfants et la protection de la liberté d’expression. Ces deux catégories sont (1) le matériel expressif créé personnellement et (2) l’enregistrement privé d’une activité sexuelle légale. Ce matériel privé fait intervenir des valeurs liées au développement de la pensée, de la croyance, de l’opinion et de l’expression sans susciter « aucune crainte raisonnée qu’un préjudice ne soit causé à des enfants » (par. 100).

[16] Pour remédier à ce vice constitutionnel, la Cour reconnaît deux exceptions qui offrent chacune un moyen de défense en cas d’accusation fondée sur le par. 163.1(2) (interdisant la production de pornographie juvénile) ou sur le par. 163.1(4) (interdisant sa possession). La première exception vise le matériel expressif créé et conservé par une seule

protects “deeply private expression, such as personal journals and drawings, intended solely for the eyes of their creator” (*Sharpe*, at para. 128). The second exception, termed the “private use exception”, protects a narrow category of recordings:

The second exception protects a person’s possession of visual recordings created by or depicting that person, but only where these recordings do not depict unlawful sexual activity, are held only for private use, and were created with the consent of those persons depicted. [Emphasis in original; *ibid.*]

Only this latter exception is relevant for the purposes of the present appeals.

[17] The majority in *Sharpe* reasoned that private recordings may be of significance to adolescent self-fulfilment, self-actualization and sexual exploration and identity. It noted that “two adolescents might arguably deepen a loving and respectful relationship through erotic pictures of themselves engaged in sexual activity”, thus concluding that the cost of criminalizing such materials on the right of free expression outweighs any tenuous benefit it might confer in preventing harm to children (para. 109).

B. *Elements of the Private Use Exception*

[18] As this Court explained in *Sharpe*, there are three elements to the private use exception, all of which must have a basis in the evidence for the exception to apply: (1) the recording must depict lawful sexual activity; (2) the persons depicted must consent to the recording; and (3) the recording must be held for private use.

[19] In order for this defence to go to a jury, the accused must raise an air of reality with respect to all three elements of the defence (*Sharpe*, at

personne, et elle protège « les formes d’expression profondément personnelle comme les journaux intimes et les dessins destinés à l’usage exclusif de leur auteur » (*Sharpe*, par. 128). La deuxième, appelée « exception relative à l’usage personnel », protège une catégorie restreinte d’enregistrements :

La seconde exception protège la possession par une personne d’enregistrements qu’elle a créés ou dans lesquels elle figure, mais seulement si ces enregistrements ne représentent pas une activité sexuelle illégale, si elle les conserve exclusivement pour son usage personnel et s’ils ont été créés avec le consentement des personnes qui y figurent. [Souligné dans l’original; *ibid.*]

Seule l’applicabilité de cette dernière exception est en cause en l’espèce.

[17] De l’avis des juges majoritaires dans *Sharpe*, les enregistrements privés peuvent contribuer à l’épanouissement personnel, à la réalisation de soi ainsi qu’à l’exploration et à l’identité sexuelles de l’adolescent. Ils signalent que « deux adolescents pourraient faire grandir une relation d’amour et de respect en se servant de photos érotiques d’eux-mêmes se livrant à une activité sexuelle » (par. 109). Ils concluent donc que les effets néfastes de la criminalisation de ce matériel sur le droit à la liberté d’expression l’emportent sur les effets bénéfiques minimales qu’elle pourrait avoir sur la prévention du préjudice causé aux enfants (*ibid.*).

B. *Conditions d’application de l’exception relative à l’usage personnel*

[18] Comme l’explique la Cour dans l’arrêt *Sharpe*, l’exception relative à l’usage personnel s’applique à trois conditions, et la preuve offerte doit permettre de conclure au respect de chacune d’elles : (1) l’enregistrement doit représenter une activité sexuelle légale, (2) les personnes qui y figurent doivent consentir à l’enregistrement et (3) l’enregistrement doit être conservé pour l’usage personnel.

[19] L’accusé doit établir la vraisemblance du respect de ces trois conditions pour que le moyen de défense soit soumis au jury (*Sharpe*, par. 116).

para. 116). Once this evidential burden is met, the Crown then bears the persuasive burden to disprove the defence beyond a reasonable doubt. Since all three elements are necessary for the defence to succeed, the Crown need only disprove one element beyond a reasonable doubt.

(1) Lawfulness

[20] First, the recorded sexual activity must be lawful. That is, the sexual activity cannot itself be a crime. Consent is a prerequisite to the lawfulness of the sexual activity. Children under the age of 12 cannot validly consent to sexual activity. At the time the offences are alleged to have been committed in this case, the circumstances under which young persons under the age of 14 could validly consent to sexual activity were restricted, depending upon the age of the other participants (*Criminal Code*, s. 150.1(1) and (2)). A young person under the age of 14 could not consent to sexual activity with another person unless that person was less than two years older. In addition, consent of young persons under 14 to sexual activity would not apply where the other participant was in a position of trust or authority towards them, where the relationship was one of dependency or where the relationship was exploitative (s. 150.1(2) (c) and (3)). These limits on consent had, and still have, broad application, including sexual touching and invitation, incitement or counselling to sexual touching, as well as other sexual offences.¹

[21] Young persons aged 14 to 17, inclusively, could at that time validly consent to sexual activity with partners of any age. However, as with younger children, the sexual activity would be unlawful where the relationship is based on exploitation, dependency, trust or authority (s. 153(1)). At any age, consent remains invalid if obtained by means of fraud, duress,

¹ These limits on consent applied to the following offences: s. 151 (sexual interference); s. 152 (invitation to sexual touching); s. 160(3) (bestiality in presence of or by child); s. 173(2) (exposure); ss. 271 to 273 (sexual assault).

Une fois qu'il s'est acquitté de sa charge de présentation, le ministère public doit s'acquitter de sa charge de persuasion pour réfuter hors de tout doute raisonnable le moyen de défense. Comme le respect des trois conditions est nécessaire à l'application du moyen de défense, le ministère public n'a qu'à réfuter le respect de l'une d'elles hors de tout doute raisonnable.

(1) Légalité

[20] Premièrement, l'activité sexuelle enregistrée doit être légale. En d'autres termes, elle ne peut constituer un crime en soi. Le consentement des intéressés est une condition préalable à sa légalité. Un enfant de moins de 12 ans ne peut valablement consentir à une activité sexuelle. Au moment où les infractions auraient été commises en l'espèce, les circonstances dans lesquelles un adolescent de moins de 14 ans pouvait valablement consentir à une activité sexuelle étaient restreintes et dépendaient de l'âge des autres participants (*Code criminel*, par. 150.1(1) et (2)). Un adolescent de moins de 14 ans ne pouvait consentir à une activité sexuelle que si son partenaire était de moins de deux ans son aîné. En outre, il ne pouvait consentir à une activité sexuelle lorsque son partenaire était une personne en situation d'autorité ou de confiance, lorsque la relation était une relation de dépendance ou lorsqu'il s'agissait d'une relation d'exploitation (al. 150.1(2)c) et par. 150.1(3)). Ces conditions s'appliquaient — et s'appliquent toujours — de manière générale, y compris aux contacts sexuels et au fait d'inviter, d'inciter ou d'engager à des contacts sexuels, ainsi qu'à d'autres infractions d'ordre sexuel¹.

[21] L'adolescent âgé de 14 à 17 ans inclusivement pouvait alors consentir valablement à des actes sexuels avec un partenaire de n'importe quel âge. Cependant, comme pour les enfants plus jeunes, l'activité sexuelle était illégale lorsque la relation reposait sur l'exploitation, la dépendance, la confiance ou l'autorité (par. 153(1)). À n'importe quel

¹ Ces conditions du consentement s'appliquaient aux infractions suivantes : art. 151 (contacts sexuels); art. 152 (incitation à des contacts sexuels); par. 160(3) (bestialité en présence d'un enfant ou incitation de celui-ci); par. 173(2) (exhibitionnisme); art. 271 à 273 (agression sexuelle).

or abuse of authority, among other things (*Criminal Code*, ss. 265(3) and 273.1).

[22] In 2008, Parliament amended the *Criminal Code* to effectively raise the age of consent from 14 to 16 years (S.C. 2008, c. 6). Young persons aged 14 and 15 may now only consent to sexual activity with another person where they are either close in age to that person or married to that person (s. 150.1(2.1)).

[23] In the context of a child pornography prosecution, these legislative limits on minors' consent restrict the circumstances in which the underlying sexual activity will be lawful. In so doing, they restrict the circumstances in which a person charged under s. 163.1 can rely on the private use exception as a defence. Thus, subject to those exceptions explicitly permitted in the *Code*, the consent of a person under the age of 14 (now 16) would not be valid and the defence would not be available. Nor will the private use exception apply where the Crown proves beyond a reasonable doubt that the relationship between those involved is tainted by exploitation, dependency, or abuse of authority or of a position of trust, as those offences are described in s. 153(1). Of course, the exception does not apply to any activities that are themselves offences, regardless of consent, such as incest (s. 155).

[24] In summary, the private use exception can never be available as a defence to child pornography involving children under the age of 12. For young persons aged 12 or 13, the circumstances where the exception may be available are defined narrowly by the *Criminal Code*. Otherwise, at the time of the alleged offences in this case, the private use exception was only available where the young person involved in the sexual activity was between 14 and 17 years of age, inclusively; today, this is restricted to those aged 16 or 17 years.

âge, le consentement demeure non valable lorsqu'il est obtenu notamment par la fraude, la contrainte ou l'abus de pouvoir (*Code criminel*, par. 265(3) et art. 273.1).

[22] En 2008, le législateur a modifié le *Code criminel* pour faire passer l'âge du consentement de 14 à 16 ans (L.C. 2008, c. 6). Désormais, un adolescent âgé de 14 ou 15 ans ne peut consentir à un acte sexuel que si son partenaire a à peu près le même âge que lui ou que s'il est marié avec lui (par. 150.1(2.1)).

[23] Dans le contexte d'une poursuite pour pornographie juvénile, les conditions d'origine législative applicables au consentement des mineurs délimitent les circonstances dans lesquelles l'activité sexuelle en cause est légale. Elles circonscrivent par le fait même les circonstances dans lesquelles une personne accusée en vertu de l'art. 163.1 peut invoquer en défense l'exception relative à l'usage personnel. Par conséquent, sous réserve des exceptions expressément prévues dans le *Code*, le consentement d'une personne de moins de 14 ans (16 ans, désormais) n'est pas valide, et le moyen de défense ne peut être invoqué. L'exception relative à l'usage personnel n'est pas opposable non plus lorsque le ministère public établit hors de tout doute raisonnable que la relation entre les personnes en cause est empreinte d'exploitation, de dépendance, d'abus de pouvoir ou d'abus de confiance, d'où les infractions prévues au par. 153(1). Bien entendu, l'exception ne s'applique pas à l'acte qui constitue en soi une infraction, qu'il y ait ou non consentement, tel l'inceste (art. 155).

[24] En résumé, l'exception relative à l'usage personnel ne peut jamais être opposée à une accusation de pornographie juvénile lorsque les victimes sont des enfants âgés de moins de 12 ans. Pour ce qui concerne les adolescents de 12 ou de 13 ans, le *Code criminel* circonscrit étroitement les circonstances dans lesquelles l'exception peut être invoquée. Ainsi, au moment où les infractions auraient été commises en l'espèce, l'exception relative à l'usage personnel ne pouvait être soulevée que lorsque l'adolescent qui avait pris part à l'activité sexuelle était âgé de 14 à 17 ans inclusivement; aujourd'hui, il doit s'agir d'un adolescent de 16 ou de 17 ans.

(2) Consent to Recording

[25] Second, all participants must consent to the recording of the lawful sexual activity. Particularly in the digital age, the recording itself can create a risk of harm, quite separate from the underlying sexual activity. The consent requirement protects an individual's privacy by ensuring only consensual sexual expression falls within the exception to the prohibition on making or possessing child pornography.

(3) Privacy

[26] Third, as this Court held in *Sharpe*, “[t]he recording must be kept in strict privacy by the person in possession, and intended exclusively for private use by the creator and the persons depicted therein” (para. 116; see also para. 118). The moment such privacy is breached, the recording falls outside the ambit of the private use exception. This ensures that cases such as *R. v. L.W.* (2006), 208 O.A.C. 42, where the accused distributed consensually made images of himself and his 15-year-old girlfriend after their relationship ended, would not fall under the private use exception.

[27] Although it does not arise on the facts of this case, the trial judge and two interveners addressed the question of what happens when a participant in a recording under the private use exception demands that the recording be returned or destroyed. The trial judge concluded that once a recording is created, a participant retains the ability to demand its return or destruction, on the basis that effective control by each participant is a necessary element that must be established for a recording to be privately held. In his view, effective control is lost “where the owners of private use materials are unable to demand the return of the private use materials or their destruction” (para. 186; see also paras. 187 and 271-74).

(2) Consentement à l’enregistrement

[25] Deuxièmement, tous les participants doivent consentir à l’enregistrement de l’activité sexuelle légale. L’enregistrement peut en soi, surtout à l’ère numérique, créer un risque de préjudice tout à fait distinct par rapport à l’activité sexuelle représentée. La condition du consentement protège le droit individuel à la vie privée en faisant en sorte que seule l’expression sexuelle consensuelle bénéficie de l’exception à l’interdiction de produire de la pornographie juvénile ou d’en posséder.

(3) Caractère privé

[26] Troisièmement, dans l’arrêt *Sharpe*, la Cour statue que « [l]’enregistrement doit être conservé strictement en privé par la personne qui l’a en sa possession et être destiné exclusivement à l’usage personnel de son auteur et des personnes qui y sont représentées » (par. 116; voir aussi par. 118). Dès qu’il y a atteinte à ce caractère privé, l’enregistrement cesse de bénéficier de l’exception relative à l’usage personnel. Cela fait en sorte que l’exception ne peut être invoquée dans une affaire comme *R. c. L.W.* (2006), 208 O.A.C. 42, où l’accusé avait distribué des images — créées de façon consensuelle — de lui-même et sa petite amie de 15 ans après leur rupture.

[27] Même si la question ne se posait pas en l’espèce, le juge du procès et deux parties intervenantes se sont interrogés sur ce qu’il advient lorsqu’une personne exige qu’un enregistrement auquel elle a pris part et qui bénéficie de l’exception lui soit rendu ou soit détruit. Le juge conclut qu’une fois l’enregistrement créé, il demeure possible au participant d’exiger sa remise ou sa destruction, étant entendu que le pouvoir de chacun des participants de décider du sort de l’enregistrement constitue un élément dont la preuve est nécessaire pour qu’il s’agisse de matériel conservé en privé. À son avis, ce pouvoir disparaît [TRADUCTION] « lorsque les propriétaires du matériel destiné à l’usage personnel ne peuvent en exiger la remise ou la destruction » (par. 186; voir aussi par. 187 et 271-274).

[28] The intervener the Attorney General of Ontario argued that *Sharpe* implicitly requires that a child must have either ongoing access or *de facto* control over the material, so as to destroy or direct the destruction of the material in circumstances where the child comes to regret his or her participation in its creation (factum, at paras. 20-25). The intervener the Canadian Civil Liberties Association submitted that the privacy branch “implicitly enables an owner to unilaterally demand that a recording be destroyed” (factum, at para. 18).

[29] *Sharpe* did not include any reference to ongoing control, or to the right to the return or destruction of the recording, in the exception that the Court “read in” so that the legislation would strike an acceptable constitutional balance. This Court recognized an exception only for recordings of lawful sexual activity that are “privately created” and “kept in strict privacy . . . and intended . . . for private use by the creator and the persons depicted therein” (paras. 76 and 116). However, the exception relates not only to consent to the creation of the recording, but also to the ongoing nature of the possession. This imports notions of privacy and control in the creation, use, and ongoing possession of the recording.

[30] It may well be that the right of a young person who participates in the recording to demand the return or destruction of the recording is also implicit in *Sharpe*’s weighing of the harm of child pornography against the values of self-expression and self-actualization (paras. 102-10). In my view, the balance struck between the right of free expression and preventing harm to children in *Sharpe* suggests that young persons who participate in a sexual recording caught by the private use exception retain the ability to ensure its return or destruction. This understanding of the exception would provide protection for young persons who may suffer anxiety or distress from the knowledge that another person possesses such material and could unlawfully share it. It would serve to address circumstances in which the risk of harm outweighs the expressive value of

[28] L’intervenant le procureur général de l’Ontario soutient que l’arrêt *Sharpe* exige implicitement que l’enfant ait soit un accès continu au matériel, soit un pouvoir de fait sur celui-ci, de sorte qu’il puisse détruire le matériel ou exiger qu’on le détruise s’il vient à regretter d’avoir pris part à sa création (mémoire, par. 20-25). L’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles fait valoir que la condition de la destination à l’usage personnel [TRADUCTION] « permet implicitement au propriétaire de l’enregistrement d’en exiger la destruction » (mémoire, par. 18).

[29] Dans l’arrêt *Sharpe*, la Cour ne fait pas mention d’un accès continu ou d’un droit à la remise ou à la destruction de l’enregistrement lorsqu’elle interprète largement la disposition en cause et formule l’exception de manière à établir un équilibre constitutionnel acceptable. La Cour y reconnaît une exception, mais seulement au bénéfice de l’enregistrement d’activités sexuelles légales qui est « créé en privé », « conservé strictement en privé » et « destiné [. . .] à l’usage personnel de son auteur et des personnes qui y sont représentées » (par. 76 et 116). Toutefois, l’exception ne dépend pas seulement du consentement à la création de l’enregistrement, mais aussi du caractère continu de sa possession. Dès lors, les notions de caractère privé et de pouvoir valent pour la création de l’enregistrement, son utilisation et sa possession continue.

[30] Le droit de l’adolescent qui a participé à l’enregistrement d’en exiger la remise ou la destruction peut fort bien découler implicitement de la mise en balance, dans l’arrêt *Sharpe*, du préjudice causé par la pornographie juvénile et des valeurs que sont l’épanouissement personnel et la réalisation de soi (par. 102-110). À mon sens, il appert de l’équilibre établi par la Cour dans cet arrêt entre le droit à la liberté d’expression et la prévention de l’infliction d’un préjudice aux enfants que l’adolescent qui prend part à un enregistrement d’ébats sexuels qui bénéficie de l’exception relative à l’usage personnel conserve le pouvoir d’exiger la remise de l’enregistrement ou sa destruction. Cette interprétation de l’exception est de nature à protéger l’adolescent susceptible de vivre de l’anxiété ou de la détresse en apprenant qu’un tiers est en

the recording, contrary to the principles articulated in *Sharpe*. However, since the question of a right to access or destruction is not relevant on the facts of these appeals, I would not make any final pronouncement about it.

C. *What Is the Role of Exploitation in the Private Use Exception?*

[31] In the present case, the Court of Appeal found that *Sharpe* mandates an additional element to the private use exception: the absence of factual exploitation. With respect, this interpretation of *Sharpe* is incorrect. While alleged exploitation plays an important role in determining whether the private use exception is an available defence to child pornography charges, this consideration is already captured as a part of the *Sharpe* analysis. As I explain below, there is no need to add another layer of exploitation inquiry to the existing test.

[32] The Crown advanced a modified version of this argument in oral submissions before this Court. In its view, exploitation must be considered directly when assessing whether there was consent to the recording. As I will explain, this issue may arise in another case; however, it does not arise in this case, and the common law of consent was not fully argued in the courts below or in written submissions to this Court.

(1) Exploitation Would Render the Consensual Sexual Activity Unlawful

[33] As noted above, sexual activity is unlawful in the absence of consent. Where an accused faces prosecution for making or possessing child pornography, the absence of consent precludes the availability

possession du matériel et pourrait le partager illégalement. Elle permet de remédier aux situations où le risque de préjudice l'emporte sur la valeur expressive de l'enregistrement contrairement aux principes dégagés dans l'arrêt *Sharpe*. Cependant, puisque la question du droit à l'accès ou à la destruction ne se pose pas en l'espèce, je m'abstiens de me prononcer de manière définitive sur ce point.

C. *Quelle est l'incidence de l'exploitation sur l'applicabilité de l'exception relative à l'usage personnel?*

[31] Dans la présente affaire, la Cour d'appel conclut que l'arrêt *Sharpe* prescrit une condition supplémentaire pour l'application de l'exception relative à l'usage personnel : l'absence d'exploitation de fait. Sauf le respect qui lui est dû, son interprétation de l'arrêt *Sharpe* est erronée. Bien qu'une allégation d'exploitation importe grandement lorsqu'il s'agit de déterminer si l'exception relative à l'usage personnel constitue un moyen de défense opposable à une accusation de pornographie juvénile, l'analyse de la Cour dans l'arrêt *Sharpe* en tient déjà compte. Comme je l'explique ci-après, il n'est pas nécessaire d'y ajouter une étape supplémentaire liée à l'exploitation.

[32] Le ministère public a fait valoir une version modifiée de cet argument en plaidoirie devant notre Cour. Ainsi, l'exploitation doit selon lui être examinée directement pour se prononcer sur le consentement à l'enregistrement. Comme je l'explique plus loin, ce pourrait être le cas dans une autre affaire, mais pas en l'espèce, et les règles de common law en matière de consentement n'ont pas été plaidées à fond devant les juridictions inférieures, ni développées dans les observations écrites adressées à la Cour.

(1) L'exploitation rendrait illégale l'activité sexuelle consensuelle

[33] Rappelons que l'absence de consentement rend l'activité sexuelle illégale. Lorsqu'un accusé est poursuivi pour production ou possession de pornographie juvénile, l'absence de consentement

of the private use exception as a defence. However, even if the young person consents to the sexual activity, it may nonetheless be unlawful in certain circumstances. As noted above, a child under 12 can never validly consent, and the validity of the consent of a young person between the ages of 12 and 15, inclusively, is now limited to those close in age or to spouses.

[34] Section 153 of the *Code* addresses sexual exploitation of a young person 16 or 17 years of age. (Today, 14- and 15-year-olds are similarly protected under s. 150.1(2.1)(a).) At the time of the alleged offences in this case, s. 153 covered persons between the ages of 14 and 17, inclusively. Section 153 would thus have applied to K and D. This section criminalizes a broad range of sexual activities and communications arising from certain types of relationships with young persons:

153. (1) Every person commits an offence who is in a position of trust or authority towards a young person, who is a person with whom the young person is in a relationship of dependency or who is in a relationship with a young person that is exploitative of the young person, and who

(a) for a sexual purpose, touches, directly or indirectly, with a part of the body or with an object, any part of the body of the young person; or

(b) for a sexual purpose, invites, counsels or incites a young person to touch, directly or indirectly, with a part of the body or with an object, the body of any person, including the body of the person who so invites, counsels or incites and the body of the young person.

[35] Thus, the private use exception will not be available where the Crown can prove beyond a reasonable doubt that the sexual conduct depicted (even if consensual) occurred in the course of one of the relationships described in this provision. Where this section is engaged, the consent of the young person to the sexual activity cannot render it lawful.

l'empêche d'invoquer en défense l'exception relative à l'usage personnel. Cependant, même lorsque l'adolescent y consent, l'activité sexuelle peut quand même être illégale. Comme je l'indique précédemment, un enfant de moins de 12 ans ne peut jamais donner un consentement valable, et un adolescent âgé de 12 à 15 ans inclusivement ne peut aujourd'hui donner un tel consentement que si son partenaire a à peu près le même âge ou qu'il est marié avec lui.

[34] L'article 153 du *Code* porte sur l'exploitation sexuelle d'un adolescent de 16 ou de 17 ans. (Aujourd'hui, les adolescents de 14 et 15 ans bénéficient d'une protection semblable à l'al. 150.1(2.1)a.) Au moment où les infractions auraient été commises en l'espèce, l'art. 153 s'appliquait aux personnes âgées de 14 à 17 ans inclusivement et se serait donc appliqué à K et à D. Il criminalise un large éventail d'activités et de communications à caractère sexuel auxquelles donnent lieu certaines relations avec un adolescent :

153. (1) Commet une infraction toute personne qui est en situation d'autorité ou de confiance vis-à-vis d'un adolescent, à l'égard de laquelle l'adolescent est en situation de dépendance ou qui est dans une relation où elle exploite l'adolescent et qui, selon le cas :

a) à des fins d'ordre sexuel, touche, directement ou indirectement, avec une partie de son corps ou avec un objet, une partie du corps de l'adolescent;

b) à des fins d'ordre sexuel, invite, engage ou incite un adolescent à la toucher, à se toucher ou à toucher un tiers, directement ou indirectement, avec une partie du corps ou avec un objet.

[35] Dès lors, l'exception relative à l'usage personnel ne peut être invoquée lorsque le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable que les actes sexuels représentés (même s'ils sont consensuels) sont survenus dans le cadre de l'une ou l'autre des relations que vise la disposition. Et lorsque les conditions de perpétration de l'infraction sont réunies, le consentement de l'adolescent ne peut rendre l'activité sexuelle légale.

[36] Where an accused raises the private use exception and the Crown seeks to challenge the lawfulness of the sexual activity on the basis of exploitation, a trial judge must look beyond whether or not consent was given and holistically examine the nature and circumstances of the relationship between the young person and the accused. Section 153(1.2) provides a non-exhaustive list of indicia from which a trial judge may infer that the relationship between the accused and a young person is exploitative:

- (a) the age of the young person;
- (b) the age difference between the person and the young person;
- (c) the evolution of the relationship; and
- (d) the degree of control or influence by the person over the young person.

It is not necessary that the person accused of making or possessing child pornography be charged separately under s. 153(1) in order for a judge to undertake this inquiry. The lawfulness of the sexual activity is independently assessed as part of the defence.

- (2) Is There a Separate and Additional Requirement That the Judge Find the Absence of Exploitation?

[37] The parties agree that exploitation must be considered in order to determine whether or not the recorded sexual activity is lawful. However, throughout these proceedings the Crown argued that, in addition to the three elements identified above, *Sharpe* requires a further inquiry into whether factual exploitation occurred as a prerequisite to the availability of the private use exception. The trial judge rejected this argument, finding that this Court did not mandate an additional exploitation analysis in *Sharpe*.

[38] At the Court of Appeal, the majority and dissent diverged on whether or not an additional exploitation analysis is required, with the majority

[36] Lorsque l'accusé invoque l'exception relative à l'usage personnel et que le ministère public cherche à contester la légalité de l'activité sexuelle en alléguant l'exploitation, le juge du procès doit s'attacher non seulement au consentement, mais aussi, de manière globale, à la nature de la relation entre l'adolescent et l'accusé, ainsi qu'aux circonstances qui l'entourent. Le paragraphe 153(1.2) fait état de manière non exhaustive d'éléments à partir desquels le juge du procès peut déduire l'existence d'une relation où l'accusé exploite l'adolescent :

- a) l'âge de l'adolescent;
- b) la différence d'âge entre la personne et l'adolescent;
- c) l'évolution de leur relation;
- d) l'emprise ou l'influence de la personne sur l'adolescent.

Point n'est besoin que la personne accusée de production ou de possession de pornographie juvénile fasse l'objet d'une accusation distincte fondée sur le par. 153(1) pour que le juge se livre à pareil examen. La légalité de l'activité sexuelle est appréciée de façon indépendante dans le cadre de l'examen des moyens de défense.

- (2) Une autre condition distincte veut-elle que le juge conclue à l'absence d'exploitation?

[37] Les parties conviennent que l'exploitation doit d'abord être exclue pour que l'activité sexuelle enregistrée soit jugée légale. Cependant, tout au long de l'instance, le ministère public a fait valoir que, selon l'arrêt *Sharpe*, aux trois conditions d'application de l'exception relative à l'usage personnel énoncées précédemment s'ajoute l'obligation de se demander s'il y a eu exploitation de fait. Le juge du procès a rejeté la thèse et estimé que l'arrêt *Sharpe* ne permet pas de conclure à cette exigence supplémentaire.

[38] En Cour d'appel, les juges majoritaires et le juge dissident diffèrent d'opinion quant à savoir si ce supplément d'analyse s'impose ou non. Les

concluding that the private use exception was only available where the absence of factual exploitation or abuse is established, separately from the inquiries into lawfulness and consent to recording. The Court of Appeal had based this conclusion on this Court's statement, at para. 116 of *Sharpe*, that the sexual activity "must not be unlawful, thus ensuring the consent of all parties, and precluding the exploitation or abuse of children".

[39] To the extent they relied upon para. 116 of *Sharpe* to suggest that factual exploitation is an additional requirement of the private use exception, the Court of Appeal majority misreads *Sharpe*. The Supreme Court's summary of the exception, at para. 128 of *Sharpe*, contains no such separate requirement. The relevant part of para. 116 reads as follows:

The second category would protect auto-depictions, such as photographs taken by a child or adolescent of him- or herself alone, kept in strict privacy and intended for personal use only. It would also extend to protect the recording of lawful sexual activity, provided certain conditions were met. The person possessing the recording must have personally recorded or participated in the sexual activity in question. That activity must not be unlawful, thus ensuring the consent of all parties, and precluding the exploitation or abuse of children. All parties must also have consented to the creation of the record. The recording must be kept in strict privacy by the person in possession, and intended exclusively for private use by the creator and the persons depicted therein. [Emphasis added.]

[40] Paragraph 116 situates exploitation firmly within the lawfulness analysis, which is one of the three elements required for the defence to succeed.

[41] This does not mean that exploitation is not an important part of the inquiry. Indeed, where there are indicia of exploitation, the Crown will

premiers concluent que l'exception ne peut être invoquée que lorsque l'absence d'exploitation ou de maltraitance est établie, indépendamment de la légalité des actes et du consentement à leur enregistrement. La Cour d'appel fonde sa conclusion sur le par. 116 de l'arrêt *Sharpe*, où la Cour dit que l'activité sexuelle « ne doit pas être illégale, ce qui a pour effet de garantir que toutes les parties ont consenti et d'empêcher que des enfants soient exploités ou maltraités ».

[39] Dans la mesure où ils s'appuient sur le par. 116 de l'arrêt *Sharpe* pour prétendre que l'absence d'exploitation de fait constitue une condition supplémentaire de l'applicabilité de l'exception relative à l'usage personnel, les juges majoritaires de la Cour d'appel interprètent mal l'arrêt. Le résumé de la Cour portant sur l'exception et figurant au par. 128 de l'arrêt *Sharpe* ne fait pas état d'une telle exigence distincte. Voici l'extrait pertinent du par. 116 :

La seconde catégorie protégerait la représentation d'une personne par elle-même, comme la photo qu'un enfant ou un adolescent a prise de lui-même seul, qu'il conserve strictement en privé et qui est destinée à son seul usage personnel. Elle irait jusqu'à protéger l'enregistrement d'une activité sexuelle légale, pourvu que certaines conditions soient remplies. La personne qui a en sa possession l'enregistrement doit avoir enregistré personnellement l'activité sexuelle en question ou y avoir participé. Cette activité ne doit pas être illégale, ce qui a pour effet de garantir que toutes les parties ont consenti et d'empêcher que des enfants soient exploités ou maltraités. Il faut aussi que toutes les parties aient consenti à la création de l'enregistrement. L'enregistrement doit être conservé strictement en privé par la personne qui l'a en sa possession et être destiné exclusivement à l'usage personnel de son auteur et des personnes qui y sont représentées. [Je souligne.]

[40] Il appert du par. 116 que l'absence d'exploitation s'inscrit nettement dans l'analyse de la légalité, laquelle constitue l'une des trois conditions de l'opposabilité du moyen de défense.

[41] L'absence d'exploitation demeure néanmoins un élément important de l'analyse. En fait, lorsqu'il existe des indices d'exploitation, le ministère public

likely raise these facts in order to prove, on the basis of s. 153, that the activity was unlawful beyond a reasonable doubt.

[42] Faced with such evidence, a trial judge must be alive to Parliament's direction in s. 153 that consent not be taken merely at face value where a young person is concerned. Properly interpreted and applied, exploitation must be determined by looking at the relationship between the complainant and the accused, and the entire context of their interactions.

[43] This does not mean that "factual exploitation", divorced from any of the three prongs set out in *Sharpe*, is a separate part of the private use exception. I agree with the appellants that this proposed additional step is redundant. It is not required by this Court's decision in *Sharpe*, nor is it required to ensure that those who exploit young people do not benefit from the private use exception. The inquiry into lawfulness of the underlying sexual activity already permits a robust analysis of exploitation.

(3) Is There a Requirement to Assess Exploitation in Relation to Consent to Recording?

[44] In oral submissions before this Court, the Crown modified the position it took before the courts below. The Crown argued that exploitation must also be considered when determining whether or not the complainant consented to the recording. In other words, the court should examine how exploitation may influence a young person's consent to being recorded, separately and apart from the question of consent to the underlying sexual activity. Although the *Criminal Code* restricts consent to sexual activity in circumstances such as incapacity, coercion and abuse of authority, no such protections apply to the consent to record.

[45] The Crown anchored this view in what it sees as the limited scope of s. 153, which it argues may not cover situations where no sexual touching

les invoquera vraisemblablement afin de prouver hors de tout doute raisonnable que l'activité était illégale au regard de l'art. 153.

[42] Saisi d'une telle preuve, le juge du procès doit être conscient de la mise en garde contenue à l'art. 153, à savoir que le consentement d'un adolescent est sujet à caution. Suivant une interprétation et une application correctes de la notion, l'existence ou l'inexistence de quelque exploitation est établie à partir d'un examen de la relation entre le plaignant et l'accusé et du contexte global de leurs interactions.

[43] Pour autant, l'absence d'« exploitation de fait », indépendamment de l'une ou l'autre des trois conditions énoncées dans *Sharpe*, ne constitue pas une condition distincte de l'applicabilité de l'exception relative à l'usage personnel. Je conviens avec les appelants de la redondance de l'étape supplémentaire proposée. La Cour ne l'exige pas dans l'arrêt *Sharpe* et elle ne s'impose pas non plus pour mettre l'exception hors de portée de ceux qui exploitent des adolescents. L'examen de la légalité de l'activité sexuelle représentée permet déjà de se pencher sérieusement sur la présence ou l'absence d'exploitation.

(3) Faut-il considérer l'exploitation en liaison avec le consentement à l'enregistrement?

[44] Dans sa plaidoirie devant la Cour, le ministre public a modifié la thèse qu'il avait défendue devant les tribunaux inférieurs. Selon lui, il faut en outre aborder la question de l'exploitation au moment de déterminer si le plaignant a consenti ou non à l'enregistrement. Autrement dit, le tribunal devrait se demander si l'exploitation a pu influencer de quelque manière le consentement de l'adolescent à l'enregistrement, et ce, indépendamment du consentement à l'activité sexuelle représentée. Le *Code criminel* tient pour nul le consentement à une activité sexuelle en cas, par exemple, d'incapacité, de contrainte ou d'abus de pouvoir, mais cette protection ne vaut pas à l'égard du consentement à l'enregistrement.

[45] Le ministère public fonde sa prétention sur la portée limitée qu'il prête à l'art. 153, lequel pourrait ne pas s'appliquer lorsqu'il n'y a aucun

occurs or where the touching is not invited, counselled or incited. The only example the Crown could suggest was that of nude posing by a young person aged 16 or 17, which could occur in the context of an exploitative relationship but nonetheless fall outside the ambit of s. 153.² In the Crown's view, only an additional exploitation analysis with respect to consent to the recording itself could properly capture recordings that are beyond the scope of s. 153.

[46] The concerns raised by the Crown's example can only arise where the subject of the recording does not involve any touching or invitation to touching that would be caught by s. 153. As the Attorney General of Ontario submitted in these proceedings, it is quite possible that s. 153 could apply to the example of the still photos of nude posing. The language in s. 153 is broad and captures any invitation to sexual touching of others or oneself. It is not clear that there would be many instances where a still photograph is taken by the dominant person in the context of an exploitative relationship that did not involve any invitation to sexual touching. In such circumstances, consent to the sexual activity and to the act of recording will often be intertwined, and thus captured by s. 153.

[47] This is not to say that where the recording is concerned the young person's consent is necessarily a simple question of yes or no. Should a case arise in which no underlying sexual activity exists that could be caught by the *Criminal Code*'s provisions related to sexual exploitation, it may be that an exploitative relationship would be relevant to the common law rules of consent in the context of consent to recording.

[48] However, this is not the case to decide whether an exploitative relationship can vitiate consent to the

contact sexuel ou que personne n'invite, n'engage ou n'incite un adolescent à des contacts sexuels. Le seul exemple qu'il a pu donner est le cas d'un adolescent de 16 ou de 17 ans qui poserait nu dans le cadre d'une relation d'exploitation, une situation susceptible d'échapper à l'application de l'art. 153². Selon le ministère public, seul un supplément d'analyse du consentement à l'enregistrement, axé sur l'exploitation, pourrait faire en sorte que l'enregistrement qui déborde le cadre de l'art. 153 tombe néanmoins sous le coup de la loi.

[46] Or, l'exemple n'étaye le point de vue du ministère public que lorsque l'objet de l'enregistrement ne comporte pas de contacts sexuels ou d'incitation à des contacts sexuels qui tomberaient sous le coup de l'art. 153. Comme le procureur général de l'Ontario le fait valoir en l'espèce, il est fort possible que l'art. 153 s'applique au cas d'un adolescent qui pose nu comme dans l'exemple avancé. Le libellé de cette disposition est général et vise toute personne qui incite un adolescent à des contacts sexuels, que l'adolescent soit appelé à toucher l'accusé ou un tiers, ou à se toucher lui-même. Il est difficile de dire si la situation où la personne dominante prend une photo de la personne dominée dans le contexte d'une relation d'exploitation sans qu'il n'y ait incitation à des contacts sexuels est susceptible de se présenter souvent. Dans un tel cas, le consentement à l'activité sexuelle et le consentement à l'enregistrement s'entremêlent souvent, de sorte que l'art. 153 s'applique.

[47] Cependant, le consentement d'un adolescent à l'enregistrement ne tient pas nécessairement à un simple oui ou non. Lorsqu'aucune activité sexuelle sous-jacente n'est susceptible de tomber sous le coup des dispositions du *Code criminel* relatives à l'exploitation sexuelle, l'existence d'une relation d'exploitation pourrait se révéler pertinente pour l'application des règles de la common law au consentement à l'enregistrement.

[48] Or, nous ne sommes pas appelés en l'espèce à décider si une relation d'exploitation peut vicier le

² Similar considerations would apply to the operation of the s. 152 invitation to sexual touching provision for those under the age of 16.

² Il en irait de même pour l'application de l'art. 152, qui porte sur l'incitation de jeunes de moins de 16 ans à des contacts sexuels.

recording. Circumstances where the exploitation is not captured in the lawfulness analysis are not likely to arise frequently — and they do not arise in this case. The extent to which an exploitative relationship may vitiate consent generally under the common law was not clearly developed in the courts below or in the factum of the Crown. I think it best to leave this question about the common law principles of consent to a case with a proper record and argument. The implications may be far reaching.

[49] In short, any exploitation in the relationship between K and D and the appellants in this case is properly considered in the lawfulness analysis with respect to s. 153 of the *Criminal Code*.

(4) Is Mutuality of Benefit a Prerequisite to Availability of the Private Use Exception?

[50] The Crown argues that *Sharpe* also requires that there be a “mutuality of benefit” among all individuals captured by the recording (transcript, at p. 53). In support of this argument, the Crown cites this Court’s discussion in *Sharpe* of the significance that recordings of sexual activity may have for “adolescent self-fulfilment, self-actualization and sexual exploration and identity” (para. 109). In the Crown’s view, such expressive values can only be achieved where all individuals depicted, including any minors, actually derive a proven benefit from the recording. Such a requirement is characterized as a necessary bulwark against exploitation.

[51] The Alberta Court of Appeal agreed, concluding that a “[p]rerequisite to the availability of the private use defence is evidence that the parties intended the pornographic material for the private use of [the complainant] as well as that of the appellant, sometimes called a mutuality of benefit” (para. 13, citing *Cockell*, at para. 36).

consentement à l’enregistrement. Les cas où l’analyse de la légalité ne tiendra pas compte de l’exploitation seront vraisemblablement peu nombreux, et la Cour n’est pas saisie de l’un d’eux en l’espèce. Ni les tribunaux inférieurs, ni le ministère public dans son mémoire ne font clairement état de la mesure dans laquelle une relation d’exploitation peut, en common law, vicier le consentement de manière générale. Je crois qu’il vaudra mieux que la Cour se prononce sur les principes de common law applicables au consentement dans une affaire ultérieure où le dossier et les arguments seront suffisamment étoffés, car la décision pourrait avoir de grandes répercussions.

[49] En bref, toute forme d’exploitation présente dans la relation entre K et D et les appelants en l’espèce est dûment prise en compte dans l’analyse relative à la légalité pour ce qui concerne l’application de l’art. 153 du *Code criminel*.

(4) L’existence d’avantages mutuels constitue-t-elle une condition d’applicabilité de l’exception relative à l’usage personnel?

[50] Le ministère public soutient que l’arrêt *Sharpe* exige en outre l’existence d’[TRADUCTION] « avantages mutuels » pour toutes les personnes représentées dans l’enregistrement (transcription, p. 53). Il invoque à l’appui la reconnaissance par la Cour de l’importance que l’enregistrement d’une activité sexuelle peut avoir pour « l’épanouissement personnel, la réalisation de soi ainsi que l’exploration et l’identité sexuelles de l’adolescent » (par. 109). À son avis, de telles valeurs expressives ne peuvent exister que si toutes les personnes représentées, y compris les mineurs, tirent un avantage avéré de l’enregistrement. Il tient cette exigence pour un rempart nécessaire contre l’exploitation.

[51] La Cour d’appel de l’Alberta lui donne raison et conclut que, [TRADUCTION] « [p]our pouvoir invoquer la défense relative à l’usage personnel, il faut prouver que les parties ont voulu que le matériel pornographique soit réservé à l’usage personnel [du plaignant] et de l’appelant, ce qu’on appelle parfois des avantages mutuels » (par. 13, citant *Cockell*, par. 36).

[52] I cannot accede to this interpretation of this Court's decision in *Sharpe*. *Sharpe* does not refer to mutuality of benefit as a standalone requirement for the private use exception. Rather, *Sharpe* says that the material must be "intended exclusively for private use by the creator and the persons depicted" (para. 116). I do not read this as establishing "mutuality of benefit" as a requirement for the private use exception. It simply establishes that private use is limited to use by the creator and the persons depicted, and nobody else. This requirement leaves the determination regarding possible benefits to the consenting individuals. Adding a "mutuality of benefit" requirement to the analysis would unnecessarily complicate the private use exception test while providing little benefit.

[53] To conclude, the private use exception established in *Sharpe* is available only where (1) the sexual activity is lawful, (2) all participants consented to the recording, and (3) the recording is created and retained strictly for the private use of those involved. In determining the lawfulness of the sexual activity, the sexual activity recorded cannot be considered in isolation. Where the Crown seeks to rely on s. 153 to negate the legality of the sexual activity depicted, the judge must also determine whether it occurred in the context of an exploitative relationship. If so, the sexual activity is not lawful, and the private use exception does not apply.

IV. Application to This Case

[54] The trial judge found that the sexual activity in this case was lawful. In so doing, he relied on an apparent concession by the Crown regarding lawfulness. This concession arose in the context of the Crown advancing an erroneous legal framework for analyzing the private use exception, both at trial and on appeal. Of course, a trial judge is not bound by concessions of law if those concessions are erroneous (*R. v. Pickton*, 2010 SCC 32, [2010] 2 S.C.R.

[52] Je ne peux souscrire à cette interprétation de l'arrêt *Sharpe*, où la Cour n'affirme pas que l'existence d'avantages mutuels constitue une condition, indépendante, de l'applicabilité de l'exception relative à l'usage personnel. Elle dit plutôt que le matériel en cause doit être « destiné exclusivement à l'usage personnel de son auteur et des personnes qui y sont représentées » (par. 116). À mon avis, ce passage ne permet pas de conclure que l'existence d'« avantages mutuels » constitue une condition de l'applicabilité de l'exception. Il établit simplement que l'usage personnel s'entend uniquement de l'usage par l'auteur du matériel et les personnes qui sont représentées, personne d'autre. Il appartient donc aux personnes consentantes de déterminer les avantages possibles. L'ajout de l'existence d'« avantages mutuels » aux conditions d'application de l'exception relative à l'usage personnel compliquerait inutilement la démarche et ne présenterait guère d'avantages.

[53] Pour conclure, l'exception relative à l'usage personnel reconnue dans l'arrêt *Sharpe* ne s'applique que si les conditions suivantes sont respectées : (1) l'activité sexuelle est légale, (2) tous les participants ont consenti à l'enregistrement et (3) l'enregistrement est créé et conservé strictement pour l'usage personnel des personnes en cause. On ne peut se prononcer sur la légalité de l'activité sexuelle enregistrée en la considérant isolément. Lorsque le ministère public invoque l'art. 153 pour contester la légalité de l'activité sexuelle représentée, le tribunal doit également se demander si celle-ci a eu lieu dans le contexte d'une relation d'exploitation. Dans l'affirmative, l'activité sexuelle n'est pas légale et l'exception relative à l'usage personnel ne s'applique pas.

IV. Application à l'espèce

[54] Le juge du procès conclut que l'activité sexuelle considérée est légale. Ce faisant, il se fonde sur un aveu apparent du ministère public sur ce point. L'aveu est intervenu lorsque le ministère public a fait valoir — tant au procès qu'en appel — un cadre juridique erroné pour l'analyse que commande l'exception relative à l'usage personnel. Le juge n'est certes pas lié par un aveu sur une question de droit lorsque cet aveu est infondé (*R. c. Pickton*, 2010 CSC 32,

198, at para. 27; *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686, at paras. 62-64; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 45). However, while the Crown's position was wrong in law, the fact that exploitation was advanced for consideration at trial (albeit as a separate element in the *Sharpe* test) overcomes any prejudice to the appellants resulting from the erroneous legal position taken by the Crown. That is, despite how the Crown framed the legal test in this case, it is clear the Crown took the position that the private use exception was not available because of an exploitative relationship between the two appellants and K and D. In determining whether the private use exception was available as a defence, the trial judge was required, in these circumstances, to consider whether that relationship was exploitative within the meaning of s. 153.

[55] Reviewing the trial judge's findings, it is apparent that he did not turn his mind to whether or not the broader relationship was one of exploitation within the meaning of s. 153. Where the trial judge did consider evidence that would be relevant to exploitation, he did so in isolation, looking at the factors one at a time. For example, he identified the age of the complainants and the substantial difference in age between them and the appellants, but found this was an insufficient basis for concluding that this difference was "intrinsicly exploitive or abusive" (para. 226). However, he did not assess this age difference in light of other aspects of the relationship, such as the impact of the complainants' addictions, their need for shelter, or their past and ongoing experiences with homelessness and prostitution. In short, he did not consider the specific factors in light of the broader context or whether they cumulatively resulted in an exploitative relationship.

[56] The trial judge's analysis focused primarily on the voluntariness of particular *activities*, instead of on the nature of the *relationship* between the parties. While the voluntariness of sexual activities is an important aspect of lawfulness, it does not end the inquiry. The trial judge was also required to holistically assess the nature and circumstances of the relationship to determine whether the sexual activity was rendered unlawful under s. 153. By failing

[2010] 2 R.C.S. 198, par. 27; *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686, par. 62-64; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 45). Cependant, même si la position du ministère public était erronée en droit, le fait que l'éventualité d'une exploitation a été invoquée au procès (quoiqu'à titre d'élément distinct du critère de l'arrêt *Sharpe*) l'emporte sur tout préjudice susceptible d'avoir été causé aux appelants par cette position juridique erronée. Autrement dit, malgré sa formulation du critère juridique applicable en l'espèce, le ministère public estimait clairement que l'exception relative à l'usage personnel ne s'appliquait pas à cause de la relation d'exploitation qui existait entre les deux appelants et K et D. Pour déterminer si l'exception pouvait être opposée en défense, le juge du procès était donc tenu de se demander s'il y avait bel et bien exploitation au sens de l'art. 153.

[55] Il ressort de ses conclusions que le juge du procès ne s'est pas demandé si la relation générale en était une d'exploitation au sens de l'art. 153. Lorsqu'il se penche sur des éléments de preuve pertinents pour statuer sur l'exploitation, il le fait en vase clos, les examinant un à la fois. À titre d'exemple, il relève l'âge des plaignantes et la grande différence d'âge entre elles et les appelants, mais il conclut que ces éléments ne permettent pas de conclure à une [TRADUCTION] « forme intrinsèque d'exploitation ou d'abus » (par. 226). Cependant, il ne considère pas l'écart à la lumière d'autres aspects de la relation, tels l'impact des dépendances des plaignantes, leur besoin d'un toit ou leurs expériences passées et actuelles de vagabondage et de prostitution. En bref, il omet d'examiner les éléments en cause à la lumière du contexte global ou de la question de savoir si, cumulativement, ces éléments donnent lieu à une relation d'exploitation.

[56] L'analyse du juge du procès s'attache surtout au caractère volontaire de la participation à certaines *activités*, plutôt qu'à la nature de la *relation* entre les parties. Bien que le caractère volontaire d'une activité sexuelle compte pour beaucoup dans sa légalité, il ne suffit pas. Le juge devait aussi examiner globalement la nature de la relation et les circonstances qui l'entouraient pour déterminer si l'activité sexuelle était légale ou non au regard de

to consider whether the underlying relationship between the complainants and the appellants was exploitative, the trial judge erred in law.

[57] Thus, while the Court of Appeal erred in law in its approach to the case, I am nonetheless of the view that the trial judge erred by failing to consider whether the sexual activity was unlawful by virtue of s. 153 of the *Code*. Given the trial judge's findings of fact, however, I am not persuaded that Mr. Barabash and Mr. Rollison would have been found guilty but for the trial judge's error in law (*Criminal Code*, s. 686(4)(b)(ii)). I therefore would not uphold the Court of Appeal's decision to enter convictions. This is especially true since the trial judge's legal error was induced in part by an erroneous Crown concession at trial.

[58] The acquittals should be restored unless the Crown shows that the trial judge's legal error has a material bearing on the acquittals (*R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 14; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 374). The appellants submit that regardless of this legal error the trial judge's factual findings would inevitably have led him to find no exploitation in this case and that therefore the acquittals should be restored. With respect, I cannot agree.

[59] For example, the trial judge found that both K and D may have been under the influence of drugs and alcohol at the time the recorded sexual activities occurred, but that they were nevertheless aware of and consented to their nudity, the sexual activities in which they engaged, and the recording of those activities. He found that the complainants were not coerced and that they did not exchange sex or nude posing for drugs. On the contrary, he found that they "initiate[d] and direct[ed] many of the activities" and "willingly consented to and participated in the making of the recordings" (para. 100).

l'art. 153. Son omission de se demander si la relation sous-jacente entre les plaignantes et les appelants en est une d'exploitation constitue une erreur de droit.

[57] En conséquence, même si la Cour d'appel a commis une erreur de droit dans sa démarche, j'estime que le juge du procès a eu tort de ne pas se demander si l'activité sexuelle était légale ou non au regard de l'art. 153 du *Code*. Vu ses conclusions de fait, je ne suis toutefois pas convaincue que MM. Barabash et Rollison auraient été déclarés coupables n'eût été l'erreur de droit (*Code criminel*, sous-al. 686(4)(b)(ii)). Je suis donc d'avis de ne pas confirmer les déclarations de culpabilité de la Cour d'appel, d'autant plus que l'erreur résulte en partie de l'aveu erroné du ministère public au procès.

[58] Il y a lieu de rétablir les acquittements à moins que le ministère public n'établisse que l'erreur de droit du juge du procès a eu une incidence significative sur ceux-ci (*R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, p. 374). Les appelants estiment que, indépendamment de cette erreur de droit, les conclusions de fait du juge du procès l'auraient nécessairement amené à conclure à l'absence d'exploitation en l'espèce, de sorte que les acquittements doivent être rétablis. Soit dit en tout respect, je ne suis pas d'accord.

[59] À titre d'exemple, le juge conclut que K et D ont pu être intoxiquées par la drogue ou l'alcool lorsque se sont déroulées les activités sexuelles enregistrées, mais qu'elles ont néanmoins été conscientes de leur nudité, des activités sexuelles auxquelles elles se sont livrées et de l'enregistrement de celles-ci, et y ont consenti. Selon lui, les plaignantes n'ont fait l'objet d'aucune contrainte et elles n'ont pas fourni de services sexuels ou posé nues contre de la drogue. Au contraire, elles ont [TRADUCTION] « initié et dirigé bon nombre des activités », ainsi que « consenti et participé de leur plein gré à la production des enregistrements » (par. 100).

[60] The judge also accepted that K believed she would have a better prospect of sharing drugs if she engaged in sexual activities with Mr. Barabash and Mr. Rollison. Indeed, he referred to K's testimony that while "no formal exchange arrangement existed", drugs would be provided and used "[w]hen she engaged in sex with Barabash and Rollison" (para. 37). K further indicated she may have engaged in sexual activities with the intention of obtaining drugs. However, the judge did not consider the implications of this conclusion on the question of whether the relationships between the complainants and the appellants were exploitative. He also did not consider whether the complainants' willingness to participate in sexual activities was influenced by any dependence on Mr. Barabash for shelter or drugs. Fundamentally, the trial judge failed to consider the extent to which the appellants — two older men — may have exercised control over two vulnerable, deeply troubled and runaway girls.

[61] Thus, the trial judge's factual findings do not adequately establish whether the appellants were in positions of trust or authority towards the complainants, whether the complainants were dependent upon them, or whether the relationships were exploitative of K and D, as required by s. 153.

[62] As a result, I am satisfied that the trial judge's error had a material bearing on the acquittals. The trial judge's failure to properly address whether the sexual activity was lawful within the meaning of s. 153 as part of the private use exception analysis requires a new trial.

V. Remedy

[63] I would allow the appeals and direct that a new trial be held.

Appeals allowed and new trial ordered.

[60] Le juge reconnaît par ailleurs que K a cru qu'elle avait plus de chances de partager de la drogue si elle se livrait à des activités sexuelles avec MM. Barabash et Rollison. Il renvoie en effet au témoignage de K selon lequel, malgré [TRADUCTION] « l'absence d'un accord d'échange explicite », « [l]e fait de se livrer à des activités sexuelles avec MM. Barabash et Rollison » lui permettait d'obtenir et de consommer de la drogue (par. 37). K a également affirmé qu'elle avait pu se livrer aux activités sexuelles dans l'intention d'obtenir de la drogue. Le juge n'examine toutefois pas l'incidence de cette conclusion sur la question de savoir si la relation entre les plaignantes et les appelants était une relation d'exploitation. Il ne se demande pas non plus si la volonté des plaignantes de participer à des activités sexuelles était influencée par le fait qu'elles dépendaient de M. Barabash pour se loger ou obtenir de la drogue. Essentiellement, le juge du procès omet de se demander dans quelle mesure les appelants — deux hommes plus âgés — ont pu exercer un pouvoir sur deux fugueuses vulnérables et profondément perturbées.

[61] En conséquence, les conclusions de fait tirées en première instance ne permettent pas de bien établir, comme l'exige l'art. 153, si les appelants ont été en situation de confiance ou d'autorité à l'égard des plaignantes, si ces dernières ont été en situation de dépendance vis-à-vis d'eux ou si K et D ont été exploitées dans le cadre de la relation.

[62] Je suis donc convaincue que l'erreur du juge du procès a eu une incidence significative sur les acquittements. L'omission de bien se demander si l'activité sexuelle était légale ou non au regard de l'art. 153 dans le cadre de l'analyse relative à l'exception relative à l'usage personnel commande la tenue d'un nouveau procès.

V. Réparation

[63] Je suis d'avis d'accueillir les pourvois et d'ordonner un nouveau procès.

Pourvois accueillis et nouveau procès ordonné.

Solicitors for the appellant Donald Jerry Barabash: Royal Teskey, Edmonton.

Solicitors for the appellant Shane Gordon Rollison: Legal Aid Alberta, Edmonton; Supreme Advocacy, Ottawa.

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

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

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

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Davis, Toronto.

Solicitors for the interveners Beyond Borders and the Canadian Centre for Child Protection Inc.: David Matas, Winnipeg; Canadian Centre for Child Protection Inc., Winnipeg.

Procureurs de l'appelant Donald Jerry Barabash : Royal Teskey, Edmonton.

Procureurs de l'appelant Shane Gordon Rollison : Legal Aid Alberta, Edmonton; Supreme Advocacy, Ottawa.

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

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

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

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Davis, Toronto.

Procureurs des intervenants Au-delà des frontières et le Centre canadien de protection de l'enfance inc. : David Matas, Winnipeg; Centre canadien de protection de l'enfance inc., Winnipeg.

**Chief Sheldon Taypotat, Michael Bob,
Janice McKay, Iris Taypotat and
Vera Wasacase as Chief and Council
Representatives of the Kahkewistahaw
First Nation** *Appellants*

v.

Louis Taypotat *Respondent*

**INDEXED AS: KAHKEWISTAHAW FIRST NATION
v. TAYPOTAT**

2015 SCC 30

File No.: 35518.

2014: October 9; 2015: May 28.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF AP-
PEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Elections — Eligibility requirements — Kahkewistahaw Election Act requires that candidates for Chief or Band Councillor have Grade 12 education — Whether education requirement violates s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Kahkewistahaw Election Act, s. 9.03(c).

In the 1996 Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, education was identified as a top priority for promoting collective and individual well-being in Aboriginal communities, and for helping those communities prepare to assume the complete range of responsibilities associated with self-government. In response to these goals — promoting good governance and encouraging education — the Kahkewistahaw First Nation in Saskatchewan spent 13 years developing an Election Code which included a Grade 12 education requirement for candidates who wished to be Chief or a Band Councillor. Louis Taypotat, who had been Chief for most of the previous three decades, was 76 years old and had a Grade 10 education. Despite the fact that he was Chief for much of the consultation process that led to the development of the new Election Code, he challenged the process, his disqualification and the constitutionality of the Grade 12 requirement. Only the constitutional issue is before this Court. His argument was that the Grade 12

**Chef Sheldon Taypotat, Michael Bob,
Janice McKay, Iris Taypotat et Vera Wasacase
en tant que chef et représentants
du conseil de la Première Nation de
Kahkewistahaw** *Appellants*

c.

Louis Taypotat *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : PREMIÈRE NATION DE
KAHKEWISTAHAW c. TAYPOTAT**

2015 CSC 30

N° du greffe : 35518.

2014 : 9 octobre; 2015 : 28 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Élections — Conditions d'éligibilité — Exigence de la Kahkewistahaw Election Act selon laquelle les candidats au poste de chef et à un poste de conseiller de la bande doivent avoir un niveau de scolarité minimum de 12^e année — L'exigence en matière d'éducation viole-t-elle l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Kahkewistahaw Election Act, art. 9.03(c).

Le Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones publié en 1996 qualifiait de priorité absolue le rôle que l'éducation est appelée à jouer pour promouvoir le bien-être tant individuel que collectif des communautés autochtones et pour les préparer à assumer l'éventail complet des responsabilités liées à l'autonomie gouvernementale. En réponse à ces objectifs — promouvoir la bonne gouvernance et encourager l'éducation —, la Première Nation de Kahkewistahaw de la Saskatchewan a consacré 13 années à élaborer un code électoral qui prévoit notamment comme condition d'éligibilité que les candidats au poste de chef ou à un poste de conseiller de la bande doivent avoir un niveau de scolarité minimum de 12^e année. Louis Taypotat, qui avait été chef pendant près de trois décennies, était âgé de 76 ans et possédait une 10^e année. Malgré le fait qu'il avait été chef pendant une grande partie des consultations ayant mené à l'élaboration du nouveau code électoral, M. Taypotat a contesté le processus de consultation, son inéligibilité, ainsi que la

educational requirement violated s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* because “educational attainment is analogous to race and age” for the purposes of s. 15(1). In the Federal Court, de Montigny J. dismissed the application. The Federal Court of Appeal allowed the appeal. The grounds on which it based its decision, age and residence on a reserve, were not pleaded.

Held: The appeal should be allowed and the decision of de Montigny J. restored.

The approach to s. 15 was most recently set out in *Quebec (Attorney General) v. A*, [2013] 1 S.C.R. 61, at paras. 319-47. It requires a flexible and contextual inquiry into whether a distinction has the effect of perpetuating arbitrary disadvantage on the claimant because of his or her membership in an enumerated or analogous group. It is an approach which recognizes that persistent systemic disadvantages have operated to limit the opportunities available to members of certain groups in society and seeks to prevent conduct that perpetuates those disadvantages. The focus of s. 15 is on laws that draw *discriminatory* distinctions — that is, distinctions that have the effect of perpetuating arbitrary disadvantage based on an individual’s membership in an enumerated or analogous group. The s. 15(1) analysis is accordingly concerned with substantive equality.

The first part of the s. 15 analysis asks whether a law creates a distinction on the basis of an enumerated or analogous ground. The second part of the analysis focuses on arbitrary — or discriminatory — disadvantage, that is, whether the impugned law fails to respond to the actual capacities and needs of the members of the group and instead imposes burdens or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating their disadvantage.

To establish a *prima facie* violation of s. 15(1), the claimant must therefore demonstrate that the law at issue has a disproportionate effect on the claimant based on his or her membership in an enumerated or analogous group. At the second stage of the analysis, the specific evidence required will vary depending on the context of the claim.

While facially neutral qualifications like education requirements may well be a proxy for, or mask, a discriminatory impact, this case falls on the absence of any evidence linking the requirement to a disparate impact on

constitutionnalité de l’exigence relative au niveau de scolarité minimum de 12^e année. Seule la question constitutionnelle reste à trancher par la Cour. Selon les prétentions de M. Taypotat, le fait d’exiger un niveau de scolarité de 12^e année violait le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, parce que « le niveau de scolarité [est un motif] analogue à la race et à l’âge » pour l’application du par. 15(1). En Cour fédérale, le juge de Montigny a rejeté la demande. La Cour d’appel fédérale a accueilli l’appel. Les motifs sur lesquels cette dernière a fondé sa décision, soit l’âge et le fait de résider dans une réserve, n’ont pas été plaidés.

Arrêt : L’appel est accueilli et la décision du juge de Montigny est rétablie.

L’approche relative à l’art. 15 a été énoncée le plus récemment dans *Québec (Procureur général) c. A*, [2013] 1 R.C.S. 61, par. 319-347. Elle exige une analyse souple et contextuelle visant à déterminer si la distinction a pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l’égard du demandeur, du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue. Cette démarche reconnaît que des désavantages systémiques persistants ont eu pour effet de restreindre les possibilités offertes aux membres de certains groupes de la société et elle vise à empêcher tout acte qui contribue à perpétuer ces désavantages. L’article 15 vise les lois qui établissent des distinctions *discriminatoires*, c’est-à-dire des distinctions qui ont pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l’égard d’une personne du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue. L’analyse fondée sur le par. 15(1) porte donc sur l’égalité réelle.

Le premier volet de l’analyse fondée sur l’art. 15 consiste donc à se demander si une loi crée une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue. Le second volet de l’analyse est axé sur les désavantages arbitraires — ou discriminatoires —, c’est-à-dire sur la question de savoir si la loi contestée ne répond pas aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe et leur impose plutôt un fardeau ou leur nie un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accentuer le désavantage dont ils sont victimes.

Pour établir qu’il y a eu à première vue violation du par. 15(1), le demandeur doit par conséquent démontrer que la loi en cause a un effet disproportionné à son égard du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue. À la seconde étape de l’analyse, la preuve précise requise variera selon le contexte de la demande.

Bien que des exigences à première vue neutres, comme celles relatives au niveau de scolarité, puissent fort bien occulter ou masquer un effet discriminatoire, le sort de la présente affaire dépend du fait qu’il n’existe pas le moindre

members of an enumerated or analogous group. There is virtually no evidence about the relationship between age, residency on a reserve, and education levels in the Kahkewistahaw First Nation. Nor is there any evidence about the effect of the education provisions on older community members, on community members who live on a reserve, or on individuals who belong to both of these groups. Most significantly, the record is silent about the education levels of members of the Kahkewistahaw First Nation who live on a reserve.

Statistical evidence is not always required to establish that a facially neutral law infringes s. 15. In some cases, the disparate impact on an enumerated or analogous group will be apparent and immediate. The evidence in this case, however, does not point to any such link between the education requirement and a disparate impact on the basis of an enumerated or analogous ground. While the evidentiary burden need not be onerous, the evidence must amount to more than a web of instinct. Accordingly, the education provisions in the *Kahkewistahaw Election Act* do not represent a *prima facie* violation of s. 15.

Cases Cited

Applied: *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; **referred to:** *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.
Civil Rights Act of 1964, Pub. L. 88-352, 78 Stat. 241 (1964), Title VII.
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5.
Kahkewistahaw Election Act [en. pursuant to the *Order Amending the Indian Bands Council Elections Order (Kahkewistahaw)*, SOR/2011-49], ss. 9.03(c), 9.04, 9.05, 10.01(d).

élément de preuve établissant un lien entre cette exigence et les effets distincts qu'elle aurait sur les membres d'un groupe énuméré ou analogue. Nous ne disposons pratiquement d'aucun élément de preuve quant aux rapports entre l'âge, le fait de résider dans une réserve et le niveau de scolarité des habitants de la Première Nation de Kahkewistahaw. Nous ne disposons non plus d'aucun élément de preuve au sujet de l'effet des dispositions relatives au niveau de scolarité sur les membres plus âgés de la collectivité, sur ceux qui vivent dans une réserve ou encore sur ceux qui appartiennent à ces deux groupes. Mais surtout, le dossier est muet quant au niveau de scolarité des membres de la Première Nation de Kahkewistahaw qui vivent dans une réserve.

Il n'est pas toujours nécessaire de présenter une preuve statistique pour établir qu'une loi, neutre à première vue, contrevient à l'art. 15. Dans certains cas, l'impact distinct d'une loi sur un groupe énuméré ou analogue sera visible et immédiat. Or, en l'espèce, la preuve ne met en lumière aucun lien de ce type entre l'exigence en matière d'éducation et un impact distinct sur la base d'un motif énuméré ou analogue. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de s'acquitter d'un lourd fardeau de présentation, la preuve doit comprendre davantage qu'une accumulation d'intuitions. En conséquence, les dispositions de la *Kahkewistahaw Election Act* relatives au niveau de scolarité ne constituent pas à première vue une violation des droits garantis par l'art. 15.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; **arrêts mentionnés :** *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Griggs c. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.
Civil Rights Act of 1964, Pub. L. 88-352, 78 Stat. 241 (1964), titre VII.
Kahkewistahaw Election Act [éd. en vertu de l'Arrêté modifiant l'Arrêté sur l'élection du conseil de bandes indiennes (*Kahkewistahaw*), DORS/2011-49], art. 9.03(c), 9.04, 9.05, 10.01(d).
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, c. I-5.

Authors Cited

- Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 3, *Gathering Strength*. Ottawa: The Commission, 1996.
- Canada. Statistics Canada. *Educational Portrait of Canada, 2006 Census*. Ottawa: Minister of Industry, 2008.
- Richards, John. *Closing the Aboriginal/non-Aboriginal Education Gaps*. C.D. Howe Institute Backgrounder 116 (online: <https://www.cdhowe.org/>), 2008.
- Smith, Lynn, and William Black. “The Equality Rights” (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 301.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Blais C.J. and Mainville and Near J.J.A.), 2013 FCA 192, 447 N.R. 352, 365 D.L.R. (4th) 485, [2014] 1 C.N.L.R. 375, [2013] F.C.J. No. 938 (QL), 2013 CarswellNat 3091 (WL Can.), setting aside a decision of de Montigny J., 2012 FC 1036, 417 F.T.R. 160, 268 C.R.R. (2d) 77, [2013] 1 C.N.L.R. 349, [2012] F.C.J. No. 1125 (QL), 2012 CarswellNat 3389 (WL Can.). Appeal allowed.

Eugene Meehan, Q.C., Marie-France Major, James D. Jodouin and Marcus R. Davies, for the appellants.

Mervin C. Phillips and Leane Phillips, for the respondent.

The judgment of the court was delivered by

[1] ABELLA J. — In the 1996 Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, education was identified as a top priority for promoting collective and individual well-being in Aboriginal communities, and for helping those communities prepare to assume the complete range of responsibilities associated with self-government:

In our public hearings, Aboriginal parents, elders, youth and leaders came forward to tell us of the vital importance of education in achieving their vision of a prosperous future. Education is seen as the vehicle for both enhancing the life of the individual and reaching collective goals.

Doctrine et autres documents cités

- Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 3, *Vers un ressourcement*, Ottawa, la Commission, 1996.
- Canada. Statistique Canada. *Portrait de la scolarité au Canada, Recensement de 2006*, Ottawa, ministre de l'Industrie, 2008.
- Richards, John. *Closing the Aboriginal/non-Aboriginal Education Gaps*, C.D. Howe Institute Backgrounder 116 (online: <https://www.cdhowe.org/>), 2008.
- Smith, Lynn, and William Black. « The Equality Rights » (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 301.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Blais et les juges Mainville et Near), 2013 CAF 192, 447 N.R. 352, 365 D.L.R. (4th) 485, [2014] 1 C.N.L.R. 375, [2013] F.C.J. No. 938 (QL), 2013 CarswellNat 3091 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge de Montigny, 2012 CF 1036, 417 F.T.R. 160, 268 C.R.R. (2d) 77, [2013] 1 C.N.L.R. 349, [2012] A.C.F. n° 1125 (QL), 2012 CarswellNat 4918 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Eugene Meehan, c.r., Marie-France Major, James D. Jodouin et Marcus R. Davies, pour les appelants.

Mervin C. Phillips et Leane Phillips, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Le Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones publié en 1996 qualifiait de priorité absolue le rôle que l'éducation est appelée à jouer pour promouvoir le bien-être tant individuel que collectif des communautés autochtones et pour les préparer à assumer l'éventail complet des responsabilités liées à l'auto-gouvernementale :

Aux audiences de la Commission, des parents, des anciens, des jeunes et des dirigeants autochtones nous ont dit que l'éducation était la clé de leur avenir, l'élément qui leur permettrait de réaliser leur rêve de prospérité. Ils voient dans l'éducation le moyen d'enrichir la vie des individus et de réaliser les objectifs collectifs.

Over the past two decades, as the determination to re-establish self-governing nations has gathered momentum, Aboriginal people have repeatedly stressed the importance of building their capacity to operate contemporary self-governing structures. . . .

. . . Education is essential to hone the talents needed to assume the responsibilities of the present and future

(Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, vol. 3, Gathering Strength (1996), at pp. 433 and 540-41)

[2] In response to these aspirational goals — promoting good governance and encouraging education — the Kahkewistahaw First Nation in Saskatchewan spent 13 years developing an Election Code which included a Grade 12 requirement for candidates who wished to be Chief or a Band Councillor. This had the effect of preventing Louis Taypotat, who had been Chief for most of the previous three decades, from running again for office. Despite the fact that he was Chief for much of the consultation process that led to the development of the new Election Code, he challenged the process, his disqualification and the constitutionality of the Grade 12 requirement. The only remaining issue in this appeal is the constitutional challenge.

Background

[3] The Department of Indian Affairs and Northern Development has an established process by which First Nations communities who have been subject to the election provisions of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, can elect their leaders under their own Election Codes. Before the Minister authorizes a community to take this step, the community has to prepare a written election code which meets certain minimum requirements, including compliance with the *Canadian Charter of Rights*

Au cours des 20 dernières années, la volonté de rétablir des nations autonomes s'est affirmée et les autochtones ont constamment répété combien il était important de leur donner les moyens d'assurer le fonctionnement de structures autonomes contemporaines. . . .

. . . il est indispensable de développer les talents dont on a besoin pour assumer les responsabilités d'aujourd'hui et de demain

(Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, vol. 3, Vers un ressourcement (1996), p. 489 et 613-615)

[2] En réponse à ces objectifs ambitieux — promouvoir la bonne gouvernance et encourager l'éducation —, la Première Nation de Kahkewistahaw de la Saskatchewan a consacré 13 années à élaborer un code électoral qui prévoit notamment comme conditions d'éligibilité que les candidats au poste de chef ou à un poste de conseiller de la bande doivent avoir un niveau de scolarité minimum de 12^e année. Cette exigence a eu pour effet d'empêcher Louis Taypotat, qui avait été chef pendant près de trois décennies, de briguer de nouveau ce poste. Malgré le fait que M. Taypotat était chef pendant une grande partie des consultations ayant mené à l'élaboration du nouveau code électoral, il a contesté le processus de consultation, son inéligibilité, ainsi que la constitutionnalité de l'exigence relative au niveau de scolarité minimum de 12^e année. La seule question qu'il reste à trancher en l'espèce est celle de la constitutionnalité.

Contexte

[3] Le Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien a établi un processus suivant lequel les Premières Nations qui sont assujetties aux dispositions électorales de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5, peuvent élire leurs représentants conformément à leur propre code électoral. Avant que le ministre ne l'autorise à entreprendre cette démarche, une collectivité doit rédiger un code électoral qui satisfait à certaines exigences minimales, notamment celle d'être conforme à la *Charte canadienne*

and Freedoms. A majority of the voting members of the First Nation must be in favour of the Code.

[4] Louis Taypotat is 76 years old. He is a member of the Kahkewistahaw First Nation, a community of approximately 2,000 people in Saskatchewan. He has a Grade 10 education and received an honorary diploma from the Saskatchewan Indian Institute of Technology in recognition of his service to his community. He was the elected Chief of the Kahkewistahaw First Nation for a total of more than 27 years — from 1973 to 1989, from 1992 to 1993 and from 1997 to 2007. His elections were held under the procedure set out in the *Indian Act*.

[5] In the late 1990s, the Kahkewistahaw First Nation began the process of developing its own community Election Code. The community consultation to develop and ratify the code took 13 years. Much of the process, which was conducted publicly and openly, was under the guidance of Louis Taypotat as Chief.

[6] The first draft of the Code was developed in 1998. It included a provision that required candidates for Chief or Band Councillor to have “formal education at a post-secondary level or equivalent education/experience”. Subsequent drafts, including the final version, specified that candidates are required to have at least a Grade 12 education: *Kahkewistahaw Election Act*, s. 9.03(c). Candidates have to demonstrate to the Electoral Officer that they have the requisite level of education before they are permitted to run: *Kahkewistahaw Election Act*, s. 10.01(d).

[7] The first ratification vote of the final version of the Code, the *Kahkewistahaw Election Act*, was held in September 2008 while Louis Taypotat was Chief. Turnout was too low to reflect the support required by the Department. A second ratification vote was held in March 2009. Turnout was again too low

des droits et libertés. La majorité des membres de la Première Nation ayant droit de vote doit appuyer le code.

[4] Louis Taypotat est âgé de 76 ans. Il est membre de la Première Nation de Kahkewistahaw, une collectivité de quelque 2000 personnes de la Saskatchewan. Il possède une 10^e année et a reçu un diplôme honorifique de la Saskatchewan Indian Institute of Technology en reconnaissance de services rendus à sa communauté. M. Taypotat a occupé les fonctions de chef élu de la Première Nation de Kahkewistahaw pendant plus de 27 ans — de 1973 à 1989, de 1992 à 1993, puis de 1997 à 2007. Ces élections ont été organisées conformément à la procédure prévue par la *Loi sur les Indiens*.

[5] À la fin des années 90, la Première Nation de Kahkewistahaw a entrepris l’élaboration de son propre code électoral communautaire. Le processus de consultation des membres de la Première Nation en vue d’élaborer et de ratifier le code a duré 13 ans. Une bonne partie de ce processus, qui s’est déroulé de façon publique et transparente, a été menée sous la direction de Louis Taypotat, en sa qualité de chef.

[6] Une première ébauche du code a été rédigée en 1998. Elle comprenait une disposition exigeant que les candidats aient [TRADUCTION] « un niveau de scolarité postsecondaire ou une formation/expérience équivalente » pour être éligibles au poste de chef ou de conseiller de la bande. Les versions subséquentes, y compris la version définitive, précisaient que les candidats devaient avoir un niveau de scolarité minimum de 12^e année (*Kahkewistahaw Election Act*, al. 9.03(c)). Pour être autorisé à se porter candidat lors d’une élection, l’intéressé doit démontrer au fonctionnaire électoral qu’il possède le niveau de scolarité exigé (*Kahkewistahaw Election Act*, al. 10.01(d)).

[7] Un premier vote de ratification de la version définitive du code, la *Kahkewistahaw Election Act*, a eu lieu en septembre 2008, alors que Louis Taypotat était chef. La participation électorale était trop faible pour que le Ministère considère que l’appui nécessaire avait été obtenu. Un second vote de ratification

to satisfy the Department. As a result, the Department approved a “continuation vote” to supplement the second vote. In order to ensure its integrity, only members who had not voted in the second vote were eligible to vote in the continuation vote. It was held in January 2010.

[8] The continuation vote resulted in the *Kahkewistahaw Election Act* getting between 84 and 85 per cent approval. As a result, the Department removed the Kahkewistahaw First Nation from the election provisions of the *Indian Act* and authorized it to operate pursuant to its own *Kahkewistahaw Election Act* on February 18, 2011.

[9] The first election under the *Kahkewistahaw Election Act* was scheduled for May 13, 2011. Louis Taypotat submitted documents to enable him to run as a candidate for Chief, but the Electoral Officer refused to certify his candidacy because he did not demonstrate that he had a Grade 12 or equivalent level of education. His nephew, Sheldon Taypotat, who had previously been elected as Chief in May 2009, in the last election held under the *Indian Act*, became Chief.

[10] Louis Taypotat brought an application for judicial review of the *Kahkewistahaw Election Act* process. Of particular relevance, he argued that the Grade 12 educational requirement violated s. 15(1) of the *Charter* because “educational attainment is analogous to race and age” for the purposes of s. 15(1).

[11] The Federal Court dismissed the application. Justice de Montigny held that Louis Taypotat had produced no evidence to demonstrate that education was an analogous ground for the purposes of s. 15.

[12] On appeal, Louis Taypotat advanced 10 separate grounds. The newly formulated basis for his s. 15 submission, which had not been raised in his application for judicial review to the Federal Court,

a eu lieu en mars 2009. Le taux de participation se situait encore en deçà du minimum exigé par le Ministère. Par conséquent, celui-ci a autorisé une « prolongation » de ce 2^e vote. Pour assurer l’intégrité du processus, seuls les membres qui n’avaient pas participé au second vote avaient le droit de voter lors de la prolongation du vote qui s’est tenue en janvier 2010.

[8] La prolongation du vote a permis à la *Kahkewistahaw Election Act* de recueillir entre 84 et 85 pour 100 d’appuis. Ainsi, le 18 février 2011, le Ministère a soustrait la Première Nation de Kahkewistahaw à l’application des dispositions électorales de la *Loi sur les Indiens* et l’a autorisée à appliquer désormais sa propre loi électorale.

[9] La première élection organisée sous le régime de la *Kahkewistahaw Election Act* devait avoir lieu le 13 mai 2011. Louis Taypotat a soumis des documents afin de pouvoir briguer le poste de chef, mais le fonctionnaire électoral a refusé de donner son aval à sa candidature parce que M. Taypotat n’avait pas démontré qu’il avait 12 années de scolarité ou l’équivalent. Son neveu, Sheldon Taypotat, qui avait antérieurement été élu chef en mai 2009, lors du dernier scrutin tenu sous le régime de la *Loi sur les Indiens*, est alors devenu chef.

[10] Louis Taypotat a présenté une demande de contrôle judiciaire à l’égard du processus prévu par la *Kahkewistahaw Election Act*. Il soutenait plus particulièrement que le fait d’exiger un niveau de scolarité de 12^e année violait le par. 15(1) de la *Charte*, parce que [TRADUCTION] « le niveau de scolarité [est un motif] analogue à la race et à l’âge » pour l’application du par. 15(1).

[11] La Cour fédérale a rejeté la demande. Le juge de Montigny a estimé que Louis Taypotat n’avait soumis aucun élément de preuve démontrant que le niveau de scolarité constituait un motif analogue pour l’application de l’art. 15.

[12] En appel, Louis Taypotat a invoqué 10 moyens distincts. Au soutien de son argument fondé sur l’art. 15, il faisait désormais valoir — ce qu’il n’avait pas allégué dans sa demande de contrôle

was that residential school survivors without a Grade 12 education constituted an analogous group for the purposes of s. 15.

[13] Although it dismissed nine of the grounds for appeal “without difficulty”, the Federal Court of Appeal allowed Mr. Taypotat’s claim under s. 15 of the *Charter*. It did not deal explicitly with the argument that residential school survivors without a Grade 12 education constituted an analogous group for the purposes of s. 15, but concluded instead, even though it was not pleaded, that the education requirement had a discriminatory impact on the basis of age. In addition, without anyone having raised the issue, it found the education requirement discriminated on the basis of “residence on a reserve”.

[14] Before this Court, Louis Taypotat relied on the Federal Court of Appeal’s conclusions to reformulate his s. 15 claim. He now argues that the education requirement violates s. 15(1) because it has a disproportionate effect on older community members who live on a reserve.

[15] While facially neutral qualifications like education requirements may well be a proxy for, or mask, a discriminatory impact, this case falls not on the existence of the requirement, but on the absence of any evidence linking the requirement to a disparate impact on members of an enumerated or analogous group.

Analysis

[16] The approach to s. 15 was most recently set out in *Quebec (Attorney General) v. A*, [2013] 1 S.C.R. 61, at paras. 319-47. It clarifies that s. 15(1) of the *Charter* requires a “flexible and contextual inquiry into whether a distinction has the effect of perpetuating arbitrary disadvantage on the claimant

judiciaire présentée en Cour fédérale — que les survivants des pensionnats indiens qui ne possédaient pas un niveau de scolarité de 12^e année formaient un groupe analogue pour l’application de l’art. 15.

[13] Bien qu’elle ait rejeté « sans difficulté » neuf des moyens d’appel en question, la Cour d’appel fédérale a retenu l’argument fondé sur l’art. 15 de la *Charte*. La cour n’a pas examiné explicitement l’argument suivant lequel les survivants des pensionnats indiens qui n’avaient pas un niveau de scolarité de 12^e année formaient un groupe analogue pour l’application de l’art. 15, mais elle a plutôt conclu, même si cela n’avait pas été plaidé, que l’exigence concernant le niveau de scolarité avait un effet discriminatoire fondé sur l’âge. De plus, sans que personne n’ait soulevé la question, elle a conclu que cette exigence créait une discrimination fondée sur « la résidence dans une réserve ».

[14] Devant la Cour, Louis Taypotat s’est fondé sur les conclusions de la Cour d’appel fédérale pour reformuler sa prétention fondée sur l’art. 15. Maintenant, il fait valoir que l’exigence relative au niveau de scolarité viole le par. 15(1) parce qu’elle a un effet disproportionné sur les membres plus âgés de la collectivité qui vivent dans une réserve.

[15] Bien que des exigences à première vue neutres, comme celles relatives au niveau de scolarité, puissent fort bien occulter ou masquer un effet discriminatoire, le sort de la présente affaire ne dépend pas de l’existence de cette exigence, mais bien du fait qu’il n’existe pas le moindre élément de preuve établissant un lien entre cette exigence et les effets distincts qu’elle aurait sur les membres d’un groupe énuméré ou analogue.

Analyse

[16] L’approche relative au par. 15(1) a été énoncée le plus récemment dans *Québec (Procureur général) c. A*, [2013] 1 R.C.S. 61, par. 319-347. Cet arrêt a clarifié le fait que le par. 15(1) de la *Charte* exige « une analyse souple et contextuelle visant à déterminer si la distinction a pour effet de perpétuer

because of his or her membership in an enumerated or analogous group”: para. 331 (emphasis added).

[17] This Court has repeatedly confirmed that s. 15 protects substantive equality: *Quebec v. A*, at para. 325; *Withler v. Canada (Attorney General)*, [2011] 1 S.C.R. 396, at para. 2; *R. v. Kapp*, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 16; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. It is an approach which recognizes that persistent systemic disadvantages have operated to limit the opportunities available to members of certain groups in society and seeks to prevent conduct that perpetuates those disadvantages. As McIntyre J. observed in *Andrews*, such an approach rests on the idea that not every difference in treatment will necessarily result in inequality and that identical treatment may frequently produce serious inequality: p. 164.

[18] The focus of s. 15 is therefore on laws that draw *discriminatory* distinctions — that is, distinctions that have the effect of perpetuating arbitrary disadvantage based on an individual’s membership in an enumerated or analogous group: *Andrews*, at pp. 174-75; *Quebec v. A*, at para. 331. The s. 15(1) analysis is accordingly concerned with the social and economic context in which a claim of inequality arises, and with the effects of the challenged law or action on the claimant group: *Quebec v. A*, at para. 331.

[19] The first part of the s. 15 analysis therefore asks whether, on its face or in its impact, a law creates a distinction on the basis of an enumerated or analogous ground. Limiting claims to enumerated or analogous grounds, which “stand as constant markers of suspect decision making or potential discrimination”, screens out those claims “having nothing to do with substantive equality and helps keep the focus on equality for groups that are disadvantaged in the larger social and economic context”: *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 8; Lynn Smith and William Black, “The Equality Rights” (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 301, at p. 336. Claimants may frame

un désavantage arbitraire à l’égard du demandeur, *du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue* » (par. 331 (italiques ajoutés)).

[17] La Cour a confirmé à maintes reprises que l’art. 15 protège l’égalité réelle (*Québec c. A*, par. 325; *Withler c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 2; *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 16; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143). Cette démarche reconnaît que des désavantages systémiques persistants ont eu pour effet de restreindre les possibilités offertes aux membres de certains groupes de la société et elle vise à empêcher tout acte qui contribue à perpétuer ces désavantages. Ainsi que le juge McIntyre l’a fait observer dans l’arrêt *Andrews*, cette approche repose sur l’idée que toute différence de traitement ne produira pas forcément une inégalité et qu’un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités (p. 164).

[18] L’article 15 vise donc les lois qui établissent des distinctions *discriminatoires*, c’est-à-dire des distinctions qui ont pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l’égard d’une personne du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue (*Andrews*, p. 174-175; *Québec c. A*, par. 331). L’analyse à laquelle on procède pour l’application du par. 15(1) s’intéresse donc au contexte social et économique dans lequel s’inscrit la plainte d’inégalité et aux effets de la loi ou de l’acte contesté sur le groupe demandeur (*Québec c. A*, par. 331).

[19] Le premier volet de l’analyse fondée sur l’art. 15 consiste donc à se demander si, à première vue ou de par son effet, une loi crée une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue. Limiter les demandes à celles fondées sur des motifs énumérés ou analogues — qui « constituent des indicateurs permanents de l’existence d’un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle » —, permet d’écarter « les demandes [TRA-DUCTION] qui n’ont rien à voir avec l’égalité réelle et de mettre l’accent sur l’égalité dans le cas de groupes qui sont défavorisés dans un contexte social et économique plus large » (*Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*,

their claim in terms of one protected ground or several, depending on the conduct at issue and how it interacts with the disadvantage imposed on members of the claimant's group: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 37.

[20] The second part of the analysis focuses on arbitrary — or discriminatory — disadvantage, that is, whether the impugned law fails to respond to the actual capacities and needs of the members of the group and instead imposes burdens or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating their disadvantage:

The root of s. 15 is our awareness that certain groups have been historically discriminated against, and that the perpetuation of such discrimination should be curtailed. If the state conduct widens the gap between the historically disadvantaged group and the rest of society rather than narrowing it, then it is discriminatory. [*Quebec v. A*, at para. 332]

[21] To establish a *prima facie* violation of s. 15(1), the claimant must therefore demonstrate that the law at issue has a disproportionate effect on the claimant based on his or her membership in an enumerated or analogous group. At the second stage of the analysis, the specific evidence required will vary depending on the context of the claim, but “evidence that goes to establishing a claimant’s historical position of disadvantage” will be relevant: *Withler*, at para. 38; *Quebec v. A*, at para. 327.

[22] The question in this case is which “enumerated or analogous group” faces discrimination, and whether Mr. Taypotat has established that the education requirement set out in the *Kahkewistahaw Election Act* has a disproportionate effect on the members of any such group.

[23] There is no question that education requirements for employment could, in certain circumstances, be shown to have a discriminatory impact in violation of s. 15. In *Griggs v. Duke Power Co.*, 401

[1999] 2 R.C.S. 203, par. 8; Lynn Smith et William Black, « The Equality Rights » (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 301, p. 336). Le demandeur peut fonder son allégation sur un ou sur plusieurs motifs, selon l’acte de l’État en cause et son interaction avec le désavantage infligé aux membres du groupe dont il fait partie (*Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 37).

[20] Le second volet de l’analyse est axé sur les désavantages arbitraires — ou discriminatoires —, c’est-à-dire sur la question de savoir si la loi contestée ne répond pas aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe et leur impose plutôt un fardeau ou leur nie un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accroître le désavantage dont ils sont victimes :

À la base, l’art. 15 résulte d’une prise de conscience que certains groupes ont depuis longtemps été victimes de discrimination, et qu’il faut mettre fin à la perpétuation de cette discrimination. Les actes de l’État qui ont pour effet d’élargir, au lieu de rétrécir, l’écart entre le groupe historiquement défavorisé et le reste de la société sont discriminatoires. [*Québec c. A*, par. 332]

[21] Pour établir qu’il y a eu à première vue violation du par. 15(1), le demandeur doit par conséquent démontrer que la loi en cause a un effet disproportionné à son égard du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue. À la seconde étape de l’analyse, la preuve précise requise variera selon le contexte de la demande, mais « les éléments tendant à prouver qu’un demandeur a été historiquement désavantagé » seront pertinents (*Withler*, par. 38; *Québec c. A*, par. 327).

[22] Il s’agit en l’espèce de déterminer quel « groupe énuméré ou analogue » est victime de discrimination et si M. Taypotat a démontré que l’exigence relative au niveau de scolarité prévue par la *Kahkewistahaw Election Act* a un effet disproportionné sur les membres de ce groupe.

[23] Incontestablement, il serait possible de démontrer que le niveau de scolarité requis pour un emploi peut, dans certaines circonstances, avoir un effet discriminatoire en violation de l’art. 15. Dans l’arrêt

U.S. 424 (1971), for example, the United States Supreme Court concluded that it was a violation of Title VII of the *Civil Rights Act of 1964* for an employer to require that employees have a high school diploma to work as, among other things, a coal handler or in maintenance at a power plant. The effect of this facially neutral requirement was to disproportionately exclude African Americans from positions in the plant. The court concluded that:

... practices, procedures, or tests neutral on their face, and even neutral in terms of intent, cannot be maintained if they operate to “freeze” the status quo of prior discriminatory employment practices. [p. 430]

As the court observed, employment requirements that are unrelated to measuring job capability can operate as “built-in headwinds” for minority groups, and will therefore be discriminatory: p. 432. See also *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3.

[24] In this case, however, there is virtually no evidence about the relationship between age, residency on a reserve, and education levels in the Kawkewistahaw First Nation to demonstrate the operation of such a “headwind”. Nor is there any evidence about the effect of the education provisions on older community members, on community members who live on a reserve, or on individuals who belong to both of these groups.

[25] That may well be because the bases on which the Federal Court of Appeal decided the s. 15 issue — age and residence on a reserve — were not pleaded by Louis Taypotat either in his judicial review application or as a ground of appeal from the Federal Court to the Federal Court of Appeal. The Federal Court of Appeal instead appears to have raised the issues on its own initiative.

Griggs c. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971), par exemple, la Cour suprême des États-Unis a conclu que l’employeur qui obligeait ses employés à être titulaires d’un diplôme d’études secondaires pour pouvoir travailler, notamment, comme manutentionnaire de charbon ou préposé à la maintenance dans une centrale électrique contrevenait au titre VII de la *Civil Rights Act of 1964*. Cette exigence apparemment neutre avait pour effet d’exclure de façon disproportionnée les Afro-Américains de certains postes dans cette usine. La cour a conclu :

[TRADUCTION] ... les pratiques, procédures ou tests en apparence neutres, et même neutres du point de vue de l’intention, ne peuvent être maintenus s’ils ont pour effet de « préserver » le statu quo, à savoir les pratiques d’embauche discriminatoires antérieures. [p. 430]

Ainsi que la cour l’a fait observer, des exigences en matière d’emploi qui n’ont rien à voir avec l’évaluation de l’aptitude à accomplir le travail peuvent constituer des [TRADUCTION] « obstacles inhérents » pour les groupes minoritaires et seront donc discriminatoires (p. 432). Voir également *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.

[24] En l’espèce, toutefois, nous ne disposons pratiquement d’aucun élément de preuve quant aux rapports entre l’âge, le fait de résider dans une réserve et le niveau de scolarité des habitants de la Première Nation de Kawkewistahaw qui démontre qu’intervient un tel « obstacle ». Nous ne disposons non plus d’aucun élément de preuve au sujet de l’effet des dispositions relatives au niveau de scolarité sur les membres plus âgés de la collectivité, sur ceux qui vivent dans une réserve ou encore sur ceux qui appartiennent à ces deux groupes.

[25] Cette situation s’explique vraisemblablement par le fait que les motifs sur lesquels la Cour d’appel fédérale s’est fondée pour trancher la question relative à l’art. 15 — l’âge et le fait de résider dans une réserve — n’avaient été invoqués par Louis Taypotat ni dans sa demande de contrôle judiciaire, ni comme moyen d’appel devant cette cour qui semble plutôt avoir soulevé cette question de son propre chef.

[26] In *R. v. Mian*, [2014] 2 S.C.R. 689, at para. 41, this Court clarified that an appellate court may only raise new issues on its own initiative when failing to do so would risk an injustice. The court must also be satisfied that there is a “sufficient basis in the record on which to resolve the issue”: para. 51. The Federal Court of Appeal’s decision to raise the issue of residence on a reserve on its own initiative is particularly troubling because “residence on a reserve” has not been recognized as an analogous ground for the purposes of s. 15. *Corbiere* recognized *off-reserve* residence as an analogous ground, but declined to address whether residence on a reserve would similarly trigger the protection of s. 15: paras. 6 and 62. The Court’s recognition of off-reserve residence as an analogous ground in *Corbiere* relied in part on the argument that First Nations people living off-reserve have experienced unique disadvantages relative to community members living on a reserve and that, for many, the decision to live off-reserve was either forced or heavily constrained. With respect, I would be reluctant to impose a simple mirror inference without argument or evidence from the parties.

[27] In this case, there was no factual record to support deciding the appeal as a violation of the s. 15 rights of community members who live on a reserve. Most significantly, the record is silent about the education levels of members of the Kahkewistahaw First Nation who live on a reserve. The only evidence on the record dealing with education and residence on a reserve covers First Nations persons between 20 and 24 in Saskatchewan as a whole. The data does not address education levels among other age groups: John Richards, *Closing the Aboriginal/non-Aboriginal Education Gaps* (2008) (online) (the “C.D. Howe Report”), at p. 4.

[26] Dans l’arrêt *R. c. Mian*, [2014] 2 R.C.S. 689, la Cour a précisé qu’une juridiction d’appel ne peut soulever une nouvelle question de sa propre initiative que si son omission de le faire risquait d’entraîner une injustice (par. 41). La cour doit également être convaincue « qu’il y a suffisamment d’éléments au dossier pour la trancher » (par. 51). La décision de la Cour d’appel fédérale de soulever la question du fait de résider dans la réserve de son propre chef est particulièrement troublante parce que « le fait de résider dans une réserve » n’a pas été reconnu comme un motif analogue à ceux énumérés à l’art. 15. Dans l’arrêt *Corbiere*, la Cour a reconnu que le fait de vivre *hors réserve* constituait un motif analogue, mais a refusé de se prononcer sur la question de savoir si le fait de vivre dans une réserve déclencherait également la protection de l’art. 15 (par. 6 et 62). La décision de la Cour de reconnaître la résidence hors réserve comme motif analogue dans l’arrêt *Corbiere* reposait en partie sur l’argument suivant lequel les membres des Premières Nations vivant hors réserve avaient subi des désavantages uniques par rapport aux membres de la collectivité vivant dans les réserves et que, pour bon nombre d’entre eux, la décision de vivre hors réserve avait été imposée ou avait été prise à contrecœur. En toute déférence, j’hésiterais à imposer une simple inférence identique sans disposer d’argument ou de preuve présentés par les parties.

[27] En l’espèce, le dossier factuel ne permettait pas de trancher l’appel sous l’angle d’une violation des droits garantis par l’art. 15 aux membres de la collectivité vivant dans une réserve. Mais surtout, le dossier est muet quant au niveau de scolarité des membres de la Première Nation de Kahkewistahaw qui vivent dans une réserve. Les seuls éléments de preuve au dossier qui ont trait au niveau de scolarité et au fait de résider dans une réserve traitent des autochtones âgés de 20 à 24 ans qui vivent dans l’ensemble de la Saskatchewan. Les données sont muettes quant au niveau d’instruction des membres des autres groupes d’âge. (John Richards, *Closing the Aboriginal/non-Aboriginal Education Gaps* (2008) (en ligne) (le « rapport de l’Institut C.D. Howe »), p. 4.)

[28] Finally, even if it had been properly raised and argued by the parties, I have serious doubts about the merits of the argument that the education requirements in the *Kahkewistahaw Election Act* have the effect of imposing arbitrary disadvantage on community members based on their residence on the reserve. The *Kahkewistahaw Election Act* specifically requires that the Chief and three of the four Councillors *must* reside on the reserve during their term: ss. 9.04 and 9.05. Far from having the effect of excluding community members who live on the reserve, the *Kahkewistahaw Election Act* is specifically designed to foster their participation in community governance. As a result, in the context of the *Kahkewistahaw Election Act* as a whole, it is difficult to conclude that it has the effect of perpetuating arbitrary disadvantage against these community members.

[29] Accordingly, in my view the Court of Appeal erred in concluding that the education provisions in the *Kahkewistahaw Election Act* represent a *prima facie* violation of the s. 15 rights of community members who live on the reserve.

[30] Turning to the conclusion reached by the Federal Court of Appeal that the education requirements discriminate against older members of the community, we confront similar evidentiary vacuums. The Federal Court of Appeal relied on two pieces of statistical evidence in support of this conclusion. The first was data from the 2006 census, about which the Federal Court of Appeal took judicial notice. That data showed that

15% of Canadians between the age of 25 and 64 had less than a high school education. However, this number increases considerably with age, ranging from 11% for 25-34 year olds to 23% for 55-64 year olds: Statistics Canada, *Educational Portrait of Canada*, 2006 Census (Ottawa: Minister of Industry, 2008) at p. 10 (Catalogue number 97-560). [para. 52]

[28] Enfin, même s'il avait été régulièrement soulevé et plaidé par les parties, j'ai de sérieuses réserves au sujet du bien-fondé de l'argument suivant lequel les exigences de la *Kahkewistahaw Election Act* relatives au niveau de scolarité ont pour effet d'imposer un désavantage arbitraire aux membres de la collectivité du fait qu'ils résident dans la réserve. La *Kahkewistahaw Election Act* prévoit expressément que le chef et trois des quatre conseillers *doivent* résider dans la réserve au cours de leur mandat (art. 9.04 et 9.05). Loin d'avoir pour effet d'exclure les membres de la collectivité qui vivent dans la réserve, la *Kahkewistahaw Election Act* est expressément conçue pour favoriser leur participation à la gestion des affaires de la collectivité. Par conséquent, dans le contexte de la *Kahkewistahaw Election Act* dans son ensemble, il est difficile de conclure que celle-ci a pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l'encontre de ces membres de la collectivité.

[29] En conséquence, j'estime que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que les dispositions de la *Kahkewistahaw Election Act* relatives au niveau de scolarité constituent à première vue une violation des droits garantis par l'art. 15 aux membres de la collectivité qui vivent dans la réserve.

[30] En ce qui concerne la conclusion tirée par la Cour d'appel fédérale suivant laquelle les exigences relatives au niveau de scolarité établissent une discrimination à l'encontre des membres plus âgés de la collectivité, nous nous heurtons aux mêmes lacunes sur le plan de la preuve. La Cour d'appel fédérale s'est fondée sur deux éléments de preuve statistique pour tirer cette conclusion. Il s'agit dans le premier cas de données provenant du recensement de 2006 dont la Cour d'appel fédérale a pris connaissance d'office. Ces données démontraient que

15 p. cent des Canadiens entre les âges de 25 et 64 ans n'avaient pas terminé leurs études secondaires. Cependant, ce nombre augmente considérablement avec l'âge, allant de 11 p. cent chez les 25 à 34 ans à 23 p. cent chez les 55 à 64 ans; Statistique Canada, *Portrait de la scolarité au Canada*, Recensement de 2006 (Ottawa, ministre de l'Industrie, 2008), p. 10 (numéro de catalogue 97-560). [par. 52]

[31] Census data can certainly be a useful evidentiary tool to demonstrate that a law has a disadvantaging impact. But this case is about a particular Election Code in a particular First Nations community. I find it difficult to draw even a weak inference about the correlation between age and education among the almost 2000 members of the Kahkewistahaw First Nation from census data about the Canadian population generally. As a result, in my respectful view, the Court of Appeal erred in taking judicial notice of this data as a key to its conclusion that the Kahkewistahaw First Nation's Election Code would have a disadvantaging effect on older community members.

[32] The second statistical basis for the Federal Court of Appeal's finding was aggregate educational data in the C.D. Howe Report dealing with all aboriginal people in Canada: pp. 4-5. The Federal Court of Appeal used this data to conclude that the provision would have a disproportionate impact on older community members in the Kahkewistahaw First Nation. But the data relates to all Aboriginal people in Canada, including the Métis, the Inuit, and First Nations. It is less helpful in shedding light on the relationship between age and education in the specific context of the members of the Kahkewistahaw First Nation. It captures a vastly larger, more diverse population than the community affected by the Code in this case and does not meaningfully illuminate whether and to what extent the Grade 12 education requirement functions to disadvantage older community members of the Kahkewistahaw First Nation.

[33] Finally, in his submissions before this Court, Mr. Taypotat reframed the Federal Court of Appeal's conclusion slightly, asserting that the education provisions discriminate against *older community members who live on a reserve*, rather than, as the Court of Appeal found, against both older community

[31] Les données tirées de recensements peuvent certainement s'avérer un moyen de preuve utile pour démontrer qu'une loi a un effet défavorable. Mais la présente affaire porte sur un code électoral particulier applicable dans une collectivité des Premières Nations donnée. J'ai du mal à tirer la moindre inférence sur la corrélation entre l'âge et le niveau de scolarité des quelque 2 000 membres de la Première Nation de Kahkewistahaw à partir de données d'un recensement portant sur l'ensemble de la population canadienne. Soit dit en tout respect, j'en conclus donc que la Cour d'appel a commis une erreur en prenant connaissance d'office de ces données et en les considérant comme un élément déterminant pour conclure que le code électoral de la Première Nation de Kahkewistahaw défavoriserait les membres plus âgés de la collectivité.

[32] Le second fondement statistique sur lequel repose la conclusion de la Cour d'appel fédérale est un ensemble de données relatives à l'éducation qui figurent dans le rapport de l'Institut C.D. Howe sur les peuples autochtones au Canada (p. 4-5). La Cour d'appel fédérale s'est servie de ces données pour conclure que la disposition en cause aurait un effet disproportionné sur les membres plus âgés de la collectivité de la Première Nation de Kahkewistahaw. Or, les données en question se rapportent à tous les Autochtones du Canada, y compris les Métis, les Inuits et les membres des Premières Nations. Ces éléments de preuve sont moins utiles lorsqu'il s'agit d'apporter des éclaircissements sur les liens qui existent entre l'âge et le niveau d'instruction dans le contexte bien précis des membres de la Première Nation de Kahkewistahaw. Ils visent une population beaucoup plus vaste et diversifiée que celle que vise le code en l'espèce et ils ne nous éclairent pas vraiment sur la question de savoir si et dans quelle mesure l'obligation d'avoir un niveau de scolarité de 12^e année a pour effet de défavoriser les membres plus âgés de la Première Nation de Kahkewistahaw.

[33] Enfin, dans les arguments qu'il a présentés devant la Cour, M. Taypotat a reformulé légèrement la conclusion de la Cour d'appel fédérale en faisant valoir que les dispositions relatives au niveau de scolarité créent une discrimination contre les *membres plus âgés de la collectivité qui vivent*

members *and* those who live on the reserve. On this issue, too, the record is silent and we are left only with Mr. Taypotat's bare assertion. This is not to say that statistical evidence is invariably required to establish that a facially neutral law infringes s. 15. In some cases, the disparate impact on an enumerated or analogous group will be apparent and immediate. The evidence in this case, however, does not point to any such link between the education requirement and a disparate impact on the basis of an enumerated or analogous ground.

[34] I think intuition may well lead us to the conclusion that the provision has some disparate impact, but before we put the Kahkewistahaw First Nation to the burden of justifying a breach of s. 15 in its *Kahkewistahaw Election Act*, there must be enough evidence to show a *prima facie* breach. While the evidentiary burden need not be onerous, the evidence must amount to more than a web of instinct. The evidence before us, even in combination, does not rise to the level of demonstrating any relationship between age, residence on a reserve, and education among members of the Kahkewistahaw First Nation, let alone that arbitrary disadvantage results from the impugned provisions.

[35] I would therefore allow the appeal with costs and restore the decision of de Montigny J.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Supreme Advocacy, Ottawa; Bainbridge Jodouin Cheecham, Saskatoon.

Solicitors for the respondent: Phillips & Co., Regina.

dans une réserve plutôt que, comme la Cour d'appel l'avait conclu, contre à la fois les membres plus âgés de la collectivité *et* ceux qui vivent dans la réserve. Sur cette question, là encore, le dossier est muet et nous ne disposons que de la simple affirmation de M. Taypotat. Cela ne veut pas dire qu'il soit toujours nécessaire de présenter une preuve statistique pour établir qu'une loi, neutre à première vue, contrevient à l'art. 15. Dans certains cas, l'impact distinct d'une loi sur un groupe énuméré ou analogue sera visible et immédiat. Or, en l'espèce, la preuve ne met en lumière aucun lien de ce type entre l'exigence en matière d'éducation et un impact distinct sur la base d'un motif énuméré ou analogue.

[34] Je crois que l'intuition peut fort bien nous amener à la conclusion que la disposition en question produit des effets distincts sur certains groupes, mais avant d'exiger de la Première Nation de Kahkewistahaw qu'elle justifie la violation de l'art. 15 dans sa *Kahkewistahaw Election Act*, il doit y avoir suffisamment d'éléments de preuve pour établir l'existence d'une atteinte à première vue. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de s'acquitter d'un lourd fardeau de présentation, la preuve doit comprendre davantage qu'une accumulation d'intuitions. Les éléments de preuve au dossier ne sont pas suffisants — même lorsqu'on les combine — pour démontrer qu'il existe un rapport entre l'âge, le fait de résider dans une réserve et le niveau de scolarité des membres de la Première Nation de Kahkewistahaw, et encore moins pour établir qu'un désavantage arbitraire découle des dispositions contestées.

[35] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de rétablir la décision du juge de Montigny.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants : Supreme Advocacy, Ottawa; Bainbridge Jodouin Cheecham, Saskatoon.

Procureurs de l'intimé : Phillips & Co., Regina.

Attorney General of Canada *Appellant*

v.

Anthony Barnaby *Respondent*

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. BARNABY

2015 SCC 31

File No.: 35548.

Hearing and judgment: April 23, 2015.

Reasons delivered: May 29, 2015.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Extradition — Surrender order — Judicial review — Minister of Justice surrendering accused to U.S. on charges of murder — Whether Minister’s decision to order surrender was reasonable — Whether extraditing accused to possibly be subjected to a fourth trial would be contrary to principles of fundamental justice.

The Minister of Justice ordered the surrender of B and a co-accused, C, to the U.S. on charges of first and second degree murder. B proceeded to trial on those charges on three occasions, in 1989 and 1990. Each trial ended in a hung jury. In 2010, the New Hampshire State authorities reopened the investigation into the alleged crimes and in 2011, evidence seized from the crime scene was submitted for DNA testing using techniques that were not available at the time of the initial investigation. C’s profile was identified but the new DNA evidence did not directly link B to the crimes. On judicial review, the Court of Appeal of Quebec concluded that there was no new evidence against B and that a fourth trial would be contrary to the protection afforded by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Hence, the Minister of Justice’s decision to surrender B was unreasonable in the circumstances. B’s application for judicial review was granted and the Minister’s surrender order was quashed.

Procureur général du Canada *Appelant*

c.

Anthony Barnaby *Intimé*

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. BARNABY

2015 CSC 31

N° du greffe : 35548.

Audition et jugement : 23 avril 2015.

Motifs déposés : 29 mai 2015.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Extradition — Arrêté d’extradition — Contrôle judiciaire — Extradition de l’accusé vers les États-Unis ordonnée par le ministre de la Justice par suite d’accusations de meurtres — La décision du ministre était-elle raisonnable? — Extradier l’accusé de manière à l’exposer à la possibilité d’un quatrième procès contrevient-il aux principes de justice fondamentale?

Le ministre de la Justice a ordonné l’extradition de B et d’un coaccusé, C, vers les États-Unis, où ils étaient accusés de meurtres aux premier et deuxième degrés. B a fait l’objet de trois procès pour ces accusations, en 1989 et en 1990. Chaque fois, le jury s’est retrouvé dans l’impasse. En 2010, les autorités de l’État du New Hampshire ont rouvert l’enquête sur les crimes allégués et, en 2011, des éléments de preuve recueillis sur la scène de crime ont été soumis à une analyse génétique à l’aide de techniques qui n’existaient pas lors de l’enquête initiale. Le profil génétique alors établi a permis d’identifier C, mais pas de relier directement B aux crimes. Saisie d’une demande de contrôle judiciaire, la Cour d’appel du Québec a conclu qu’il n’y avait pas de preuve nouvelle contre B et qu’un quatrième procès serait contraire à la protection accordée par la *Charte canadienne des droits et libertés*. La décision du ministre de la Justice d’ordonner l’extradition de B n’était donc pas raisonnable dans les circonstances. La demande de contrôle judiciaire de B a été accueillie, et l’arrêté d’extradition a été annulé.

Held: The appeal should be allowed and the decision of the Minister of Justice reinstated.

The Minister's decision to surrender B was reasonable and the Court of Appeal erred in finding otherwise. The issue before the Court of Appeal was whether extraditing B to face a situation in which he may be subjected to a fourth trial would be contrary to the principles of fundamental justice guaranteed by s. 7 of the *Charter* so as to "shock the conscience" or otherwise be "unjust or oppressive" under s. 44(1) of the *Extradition Act*. The possibility of holding a fourth trial so many years after the alleged crime does not sufficiently violate our sense of fundamental justice to tilt the balance against extradition. Canadian case law suggests that fourth trials are permissible in some circumstances, and the United States case law takes a broadly similar approach. B will be able to raise all of his arguments about the unfairness of a fourth trial and his objections to the purported new evidence before the court in New Hampshire. The particular treatment awaiting B in New Hampshire cannot reasonably be seen as violating our sense of fundamental justice so as to justify refusal of surrender. Further, a refusal of surrender is deeply inconsistent with the principles of international cooperation that are the foundation of an extradition treaty. Canada is expected to defer to the foreign courts on matters of due process. This is not a case in which intervention is warranted.

Cases Cited

Referred to: *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *R. v. Badgerow*, 2014 ONCA 272, 119 O.R. (3d) 399, leave to appeal refused, [2014] 3 S.C.R. v; *R. v. Anderson* (2002), 57 O.R. (3d) 671; *Caplin v. Canada (Justice)*, 2015 SCC 32, [2015] 2 S.C.R. 570; *Germany (Federal Republic) v. Schreiber* (2006), 206 C.C.C. (3d) 339, leave to appeal refused, [2007] 1 S.C.R. xiv; *Canada (Justice) v. Fischbacher*, 2009 SCC 46, [2009] 3 S.C.R. 170; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 44(1).
New Hampshire Constitution, Part 1, Article 14.
United States Constitution.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli, et la décision du ministre de la Justice est rétablie.

La décision du ministre de la Justice d'extrader B était raisonnable, et la Cour d'appel a eu tort de conclure le contraire. La Cour d'appel devait se demander si extrader B de manière à l'exposer à la possibilité d'un quatrième procès contrevenait aux principes de justice fondamentale garantis par l'art. 7 de la *Charte*, de sorte que la mesure « choque la conscience » ou soit par ailleurs « injuste ou tyrannique » au sens du par. 44(1) de la *Loi sur l'extradition*. La possibilité d'un quatrième procès si longtemps après la perpétration du crime allégué ne porte pas suffisamment atteinte à notre conception de la justice fondamentale pour que la balance penche contre l'extradition. Les tribunaux canadiens ont statué qu'un quatrième procès pouvait être envisagé dans certains cas, et les tribunaux américains ont grosso modo opiné dans le même sens. B pourra faire valoir tous ses arguments relatifs au caractère inéquitable d'un quatrième procès et ses motifs d'opposition à la preuve dite nouvelle devant le tribunal du New Hampshire. On ne peut raisonnablement considérer que le traitement donné qui attend B au New Hampshire heurte notre conception de la justice fondamentale au point de justifier le refus de l'extradition. Qui plus est, un refus d'extradition est foncièrement incompatible avec les principes de la collaboration internationale qui constituent le fondement d'un traité d'extradition. Le Canada est censé s'en remettre au tribunal étranger pour ce qui touche à l'application régulière de la loi. L'intervention judiciaire n'est pas justifiée en l'espèce.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *R. c. Badgerow*, 2014 ONCA 272, 119 O.R. (3d) 399, autorisation d'appel refusée, [2014] 3 R.C.S. v; *R. c. Anderson* (2002), 57 O.R. (3d) 671; *Caplin c. Canada (Justice)*, 2015 CSC 32, [2015] 2 R.C.S. 570; *Germany (Federal Republic) c. Schreiber* (2006), 206 C.C.C. (3d) 339, autorisation d'appel refusée, [2007] 1 R.C.S. xiv; *Canada (Justice) c. Fischbacher*, 2009 CSC 46, [2009] 3 R.C.S. 170; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Constitution des États-Unis d'Amérique.
Loi sur l'extradition, L.C. 1999, c. 18, art. 44(1).
New Hampshire Constitution, Part 1, Article 14.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Duval Hesler C.J. and Levesque and Savard J.J.A.), 2013 QCCA 1305, [2013] AZ-50991418, [2013] Q.J. No. 8752 (QL), 2013 CarswellQue 7615 (WL Can.), allowing an application for judicial review from a surrender order made by the Minister of Justice. Appeal allowed.

Marc Ribeiro and Ginette Gobeil, for the appellant.

Clemente Monterosso and Marie-Philippe Tanguay, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — The Minister of Justice’s decision to surrender Mr. Barnaby was reasonable. In our view, the Court of Appeal erred in finding otherwise.

[2] First, the Court of Appeal did not apply the correct legal test. The question before the court was whether the Minister’s decision to surrender Mr. Barnaby was reasonable. In analyzing this question, the court stated that “the only issue is whether a fourth trial would constitute an abuse of process in his case” (2013 QCCA 1305, at para. 9 (CanLII)). However, the issue was not whether submitting Mr. Barnaby to a fourth trial would constitute an abuse of process — either in Canada or in the United States. Rather, the issue was whether extraditing Mr. Barnaby to face a situation in which he may be subjected to a fourth trial would be contrary to the principles of fundamental justice guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* so as to “shock the conscience” or otherwise be “unjust or oppressive” under s. 44(1) of the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18. Properly analyzed, this question requires the Minister to engage in a balancing exercise, which recognizes that the principles of fundamental justice usually support extradition: *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283, at para. 69; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761, at para. 32. It is only where a “particular treatment” in the requesting state — in this case, the possibility of holding a fourth

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (la juge en chef Duval Hesler et les juges Levesque et Savard), 2013 QCCA 1305, [2013] AZ-50991418, [2013] Q.J. No. 8752 (QL), 2013 CarswellQue 7615 (WL Can.), qui a accueilli la demande de contrôle judiciaire visant l’arrêté d’extradition pris par le ministre de la Justice. Pourvoi accueilli.

Marc Ribeiro et Ginette Gobeil, pour l’appelant.

Clemente Monterosso et Marie-Philippe Tanguay, pour l’intimé.

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — La décision du ministre de la Justice d’extrader M. Barnaby était raisonnable. À notre avis, la Cour d’appel a eu tort de conclure le contraire.

[2] Premièrement, la Cour d’appel n’applique pas le bon critère juridique. Elle était appelée à déterminer si la décision du ministre d’extrader M. Barnaby était raisonnable. Dans son analyse, elle affirme que [TRADUCTION] « la seule question à trancher est celle de savoir si un quatrième procès constituerait un abus de procédure dans son cas » (2013 QCCA 1305, par. 9 (CanLII)). Or, la question n’était pas de savoir si le fait de soumettre M. Barnaby à un quatrième procès constituerait ou non un abus de procédure, que ce soit au Canada ou aux États-Unis. Il fallait plutôt se demander si extrader M. Barnaby de manière à l’exposer à la possibilité d’un quatrième procès contreviendrait aux principes de justice fondamentale garantis par l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de sorte que la mesure « choquerait la conscience » ou serait par ailleurs « injuste ou tyrannique » au sens du par. 44(1) de la *Loi sur l’extradition*, L.C. 1999, c. 18. Suivant une juste analyse, le ministre doit se livrer à une mise en balance qui reconnaît que les principes de justice fondamentale militent généralement en faveur de l’extradition (*États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283, par. 69; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, par. 32). Ce n’est que lorsqu’un « traitement

trial so many years after the alleged crime — sufficiently violates our sense of fundamental justice that the balance will be tilted against extradition: *Burns*, at para. 69.

[3] The Court of Appeal was required to assess the Minister’s weighing of the various relevant factors to determine whether his conclusion was reasonable. The court did not do so. In coming to the conclusion that the Minister’s surrender order was unreasonable, the court did not turn its mind to the key factors that supported the reasonableness of the Minister’s decision. One important benchmark is whether subjecting an accused to a fourth trial under similar circumstances in Canada would constitute a breach of the principles of fundamental justice. It is clear that there is no *per se* rule to that effect. The parties have pointed us to Canadian case law suggesting that fourth trials are permissible in some circumstances: see, e.g., *R. v. Badgerow*, 2014 ONCA 272, 119 O.R. (3d) 399, leave to appeal refused, [2014] 3 S.C.R. v; *R. v. Anderson* (2002), 57 O.R. (3d) 671 (C.A.). From this, it is apparent that a fourth trial cannot be viewed as invariably constituting a breach of s. 7. All of the circumstances must be assessed.

[4] The material before us is to the effect that the United States case law takes a broadly similar approach. The record shows that, according to the United States authorities, Mr. Barnaby will be able to raise all of his arguments about the unfairness of a fourth trial before the court in New Hampshire, where his due process rights will be protected by Part 1, Article 14 of the New Hampshire Constitution, as well as the United States Constitution. The New Hampshire court will have all of the witnesses and evidence before it and will be in a better position to determine if a fourth trial would be abusive in these circumstances.

[5] To paraphrase *Burns*, the “particular treatment” awaiting Mr. Barnaby in New Hampshire cannot reasonably be seen as violating our sense of

donné » dans l’État requérant — en l’espèce, la possibilité d’un quatrième procès si longtemps après la perpétration du crime allégué — porte suffisamment atteinte à notre conception de la justice fondamentale que la mise en balance sera défavorable à l’extradition (*Burns*, par. 69).

[3] Pour déterminer si la conclusion du ministre était raisonnable, la Cour d’appel devait revoir son appréciation des divers éléments en cause, ce qu’elle n’a pas fait. Pour conclure au caractère déraisonnable de l’arrêté d’extradition, elle omet de considérer les éléments clés qui militent en faveur du caractère raisonnable de l’arrêté. Un critère important consiste à déterminer si soumettre l’accusé à un quatrième procès dans des circonstances comparables au Canada contreviendrait ou non aux principes de justice fondamentale. De toute évidence, il n’existe pas de règle *per se* en ce sens. Les parties invoquent des précédents canadiens suivant lesquels un quatrième procès peut être envisagé dans certains cas (voir p. ex. *R. c. Badgerow*, 2014 ONCA 272, 119 O.R. (3d) 399, autorisation d’appel refusée, [2014] 3 R.C.S. v; *R. c. Anderson* (2002), 57 O.R. (3d) 671 (C.A.)). Dès lors, on ne peut manifestement pas considérer que la tenue d’un quatrième procès emporte nécessairement la violation de l’art. 7. Il faut apprécier l’ensemble des circonstances.

[4] Selon les éléments dont nous disposons, la démarche des tribunaux américains est grosso modo la même que celle des tribunaux canadiens. Le dossier révèle en effet que, selon les autorités américaines, M. Barnaby pourra faire valoir au New Hampshire tous ses arguments relatifs au caractère inéquitable d’un quatrième procès; ses droits à l’application régulière de la loi y seront protégés par l’art. 14 de la partie 1 de la constitution de l’État, ainsi que par la Constitution des États-Unis. Le tribunal du New Hampshire disposera de toute la preuve et pourra entendre tous les témoins; il sera donc mieux placé pour déterminer s’il est abusif ou non de tenir un quatrième procès.

[5] Pour paraphraser l’arrêt *Burns*, on ne peut raisonnablement considérer que le « traitement donné » qui attend M. Barnaby au New Hampshire

fundamental justice so as to justify refusal of surrender. In fact, it appears that broadly similar principles will be applied in New Hampshire as would be applied here in order to determine whether a fourth trial, under all of the circumstances, is fair and just.

[6] The Court of Appeal also failed to consider the principle of comity and Canada's international obligations. A refusal of surrender is deeply inconsistent with the principles of international cooperation that are the foundation of an extradition treaty. The Minister had to give weight to these principles and the Court of Appeal erred in failing to recognize this.

[7] Turning to the particular circumstances of this case, the Court of Appeal also erred in concluding that there was no "true 'new evidence'" against Mr. Barnaby (para. 13). The foreign authorities certified that there was new evidence against Mr. Barnaby. The Minister noted that Mr. Barnaby failed to explain why he did not feel that this evidence was new. On the record, it is clear that some testimonial evidence relates to facts and conversations that only occurred in recent years. In addition, there is new DNA evidence that, if accepted, would directly implicate his co-accused, Mr. Caplin (see *Caplin v. Canada (Justice)*, 2015 SCC 32, [2015] 2 S.C.R. 570). In doing so, it would also indirectly implicate Mr. Barnaby. This evidence may be considered confirmatory of Mr. Barnaby's prior statements that the two men committed the murders together. Given that Mr. Barnaby did not indicate why he did not believe this evidence to be new, the Minister was entitled to rely on the representations of the U.S. authorities that it was new evidence for the purposes of his analysis.

[8] It is for the extradition judge — not for the Minister or a court reviewing the Minister's decision — to determine whether there is sufficient evidence to warrant committal. Once the person sought has been committed, "weighing the evidence or assessing its reliability are matters for trial in the foreign

heurte notre conception de la justice fondamentale au point de justifier le refus de l'extradition. En fait, il appert que les tribunaux du New Hampshire appliqueront grosso modo les mêmes principes que ceux qu'appliqueraient les tribunaux canadiens pour décider si la tenue d'un quatrième procès est juste et équitable eu égard à l'ensemble des circonstances.

[6] La Cour d'appel ne tient pas compte non plus du principe de la courtoisie et des obligations internationales du Canada. Un refus d'extradition est foncièrement incompatible avec les principes de la collaboration internationale qui constituent le fondement d'un traité d'extradition. Le ministre devait accorder de l'importance à ces principes, et la Cour d'appel a eu tort de ne pas le reconnaître.

[7] Pour ce qui est des circonstances propres à l'espèce, la Cour d'appel a également tort de conclure à l'absence d'une [TRADUCTION] « véritable preuve nouvelle » contre M. Barnaby (par. 13). Les autorités étrangères attestent l'existence d'une telle preuve. Le ministre souligne que M. Barnaby n'a pas donné les motifs pour lesquels, selon lui, la preuve invoquée n'est pas nouvelle. Il est clair, au vu du dossier, que certains témoignages se rapportent à des faits et à des conversations qui n'ont eu lieu que ces dernières années. En outre, la preuve génétique nouvelle, si elle était admise, incriminerait M. Caplin, le coaccusé, directement (voir *Caplin c. Canada (Justice)*, 2015 CSC 32, [2015] 2 R.C.S. 570) et M. Barnaby, par ricochet. On peut voir dans cette preuve la confirmation des déclarations antérieures de M. Barnaby selon lesquelles les deux hommes ont commis les meurtres ensemble. Comme M. Barnaby n'a pas précisé en quoi cette preuve n'était pas nouvelle à son avis, le ministre pouvait, pour les besoins de son analyse, ajouter foi aux dires des autorités américaines selon lesquels il s'agissait d'une preuve nouvelle.

[8] Il appartient au juge d'extradition — non au ministre ou au tribunal appelé à contrôler la décision du ministre — de déterminer si suffisamment d'éléments de preuve justifient l'incarcération de l'intéressé en vue de son extradition. Une fois ce dernier incarcéré, [TRADUCTION] « l'appréciation de

jurisdiction. The[se] are not matters for the Minister to address when considering whether to surrender the [person sought]”: *Germany (Federal Republic) v. Schreiber* (2006), 206 C.C.C. (3d) 339 (Ont. C.A.), at para. 64, leave to appeal refused, [2007] 1 S.C.R. xiv. As this Court explained in *Canada (Justice) v. Fischbacher*, 2009 SCC 46, [2009] 3 S.C.R. 170, at para. 52:

... it is not for the Canadian authorities, judicial or executive, to evaluate a foreign state’s decision to prosecute the person sought for a given offence, nor to assess the sufficiency of the evidence adduced at the committal hearing against the elements of the foreign offence. To do so offends the underlying principle of comity and risks undermining the foundation of effective extradition practice.

[9] As we have noted, Mr. Barnaby will be able to raise his objections to this evidence before the New Hampshire court, as could an accused if a retrial were being sought in similar circumstances in Canada. The New Hampshire court, which will have all of the facts before it, is better placed to assess these arguments and weigh the relevant considerations in light of all of the circumstances. This process is consistent with the Canadian sense of justice, not an affront to it.

[10] Before disposing of this appeal, we wish to address Mr. Barnaby’s argument that the Minister applied the wrong test for abuse of process. The Minister stated that to find an abuse of process, evidence of bad faith or an improper motive on the part of the foreign authorities is required. We agree with Mr. Barnaby that this was not a correct statement of the law. As this Court stated in *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, abuse of process also captures conduct short of bad faith that nonetheless risks undermining the integrity of the justice system.

[11] Despite this error, we conclude that the Minister’s misstatement of the legal test for abuse of

la preuve ou de sa fiabilité relève du tribunal étranger. Le ministre n’a pas à se prononcer sur [ce point] lorsqu’il est appelé à décider s’il y a lieu d’extrader [la personne] ou non » (*Germany (Federal Republic) c. Schreiber* (2006), 206 C.C.C. (3d) 339 (C.A. Ont.), par. 64, autorisation d’appel refusée, [2007] 1 R.C.S. xiv). Comme l’explique la Cour dans l’arrêt *Canada (Justice) c. Fischbacher*, 2009 CSC 46, [2009] 3 R.C.S. 170, par. 52 :

... ce n’est pas aux autorités canadiennes, judiciaires ou exécutives, d’évaluer la décision d’un État étranger de poursuivre un intéressé pour une infraction précise, ni d’évaluer la suffisance de la preuve présentée à l’audience relative à l’incarcération par rapport aux éléments de l’infraction punissable à l’étranger. Cela irait à l’encontre du principe sous-jacent de la courtoisie et risquerait d’ébranler les fondements de la pratique efficace en matière d’extradition.

[9] Rappelons que, à l’instar d’un accusé dont on demanderait qu’il subisse un nouveau procès dans des circonstances semblables au Canada, M. Barnaby pourra faire valoir ses motifs d’opposition à la preuve devant le tribunal du New Hampshire. Informé de tous les faits, le tribunal du New Hampshire est mieux placé pour apprécier ces arguments et soupeser les considérations pertinentes à la lumière de toutes les circonstances. Cette procédure est compatible avec notre conception de la justice et ne la met pas à mal.

[10] Avant de statuer sur le pourvoi, examinons la prétention de M. Barnaby selon laquelle le ministre n’applique pas le bon critère pour déterminer s’il y a abus de procédure ou non. Le ministre affirme que la mauvaise foi ou le motif illégitime des autorités étrangères doit être établi pour pouvoir conclure à l’abus de procédure. Nous convenons avec M. Barnaby qu’il s’agit d’un énoncé erroné du droit applicable. Comme le dit la Cour dans l’arrêt *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, l’abus de procédure s’entend également de la conduite qui, même lorsqu’elle n’est pas empreinte de mauvaise foi, risque néanmoins de miner l’intégrité du système de justice.

[11] Malgré cette erreur, nous concluons que la formulation erronée du critère juridique permettant

process does not render his decision unreasonable. The question before the Minister was whether surrendering Mr. Barnaby would shock the conscience of Canadians or be otherwise unjust or oppressive. The many factors that the Minister is required to balance in the extradition context means that our domestic abuse of process doctrine cannot automatically be equated with the “shocks the conscience” standard. Whether or not Canada would label these circumstances an abuse of process is therefore not determinative of the question the Minister was required to answer. Reading the Minister’s reasons as a whole, it is clear that he considered all of the relevant factors pertaining to the issue before him.

[12] The Minister’s decision was reasonable. Interference with the Minister’s decision is limited to “exceptional cases of ‘real substance’”: *Lake*, at para. 34. Absent such circumstances, Canada is expected to defer to the foreign courts on matters of due process. In our view, this is not a case in which intervention is warranted. Consequently, we would allow the appeal and reinstate the Minister’s surrender order.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Montréal.

Solicitors for the respondent: Clemente Monterosso, Montréal; Marie-Philippe Tanguay, Montréal.

de conclure ou non à l’abus de procédure ne rend pas la décision du ministre déraisonnable. Ce dernier devait déterminer si l’extradition de M. Barnaby choquerait la conscience des Canadiens ou serait par ailleurs injuste ou tyrannique. Étant donné les nombreux éléments que le ministre doit mettre en balance lorsqu’il est saisi d’une demande d’extradition, on ne peut d’emblée faire équivaloir la doctrine canadienne de l’abus de procédure au critère du « choc de la conscience ». Que le Canada voie ou non dans les circonstances de l’espèce un abus de procédure n’est donc pas déterminant quant à la question que le ministre devait trancher. Au vu de l’ensemble de ses motifs, le ministre a manifestement pris en considération tous les éléments pertinents.

[12] La décision du ministre était raisonnable. Il ne peut y avoir intervention judiciaire que dans « les cas exceptionnels où cela “s’impose réellement” » (*Lake*, par. 34). Sauf en pareils cas, le Canada est censé s’en remettre au tribunal étranger pour ce qui touche à l’application régulière de la loi. À notre avis, l’intervention judiciaire n’est pas justifiée en l’espèce. Nous sommes donc d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir l’arrêté d’extradition du ministre.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l’appelant : Procureur général du Canada, Montréal.

Procureurs de l’intimé : Clemente Monterosso, Montréal; Marie-Philippe Tanguay, Montréal.

David Caplin *Appellant*

v.

Minister of Justice of Canada *Respondent*

INDEXED AS: CAPLIN v. CANADA (JUSTICE)

2015 SCC 32

File No.: 35527.

Hearing and judgment: April 23, 2015.

Reasons delivered: May 29, 2015.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Extradition — Surrender order — Judicial review — Minister of Justice surrendering accused to U.S. on charges of murder — Whether Minister’s decision to order surrender was reasonable.

The Minister of Justice ordered the surrender of C and a co-accused, B, to the U.S. on charges of first and second degree murder. C was charged on those offences in 1990, but has never been tried. In 2010, the New Hampshire State authorities reopened the investigation into the alleged crimes and in 2011, evidence seized from the crime scene was submitted for DNA testing using techniques that were not available at the time of the initial investigation. C’s profile was identified. On judicial review, the Court of Appeal of Quebec concluded that there were no grounds for interfering in the Minister’s decision to extradite C to the United States.

Held: The appeal should be dismissed.

The Court of Appeal did not err in concluding that it was reasonable for the Minister of Justice to order surrender. The fundamental issue for the Minister was whether surrendering C to the “particular treatment” that awaits him in New Hampshire would be contrary to Canadian principles of fundamental justice. The Minister examined all of the relevant circumstances, including the importance of international cooperation in the extradition

David Caplin *Appelant*

c.

Ministre de la Justice du Canada *Intimé*

RÉPERTORIÉ : CAPLIN c. CANADA (JUSTICE)

2015 CSC 32

N° du greffe : 35527.

Audition et jugement : 23 avril 2015.

Motifs déposés : 29 mai 2015.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Extradition — Arrêté d’extradition — Contrôle judiciaire — Extradition de l’accusé vers les États-Unis ordonnée par le ministre de la Justice par suite d’accusations de meurtres — La décision du ministre était-elle raisonnable?

Le ministre de la Justice a ordonné l’extradition de C et d’un coaccusé, B, vers les États-Unis, où ils étaient accusés de meurtres aux premier et deuxième degrés. C a fait l’objet de ces accusations en 1990, mais il n’a jamais subi de procès. En 2010, les autorités de l’État du New Hampshire ont rouvert l’enquête sur les crimes allégués puis, en 2011, des éléments de preuve recueillis sur la scène de crime ont été soumis à une analyse génétique à l’aide de techniques qui n’existaient pas lors de l’enquête initiale. Le profil génétique alors établi a permis d’identifier C. Saisie d’une demande de contrôle judiciaire, la Cour d’appel du Québec a conclu qu’aucun motif ne la justifiait de revenir sur la décision du ministre d’ordonner l’extradition de C vers les États-Unis.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La Cour d’appel n’a pas eu tort de conclure que le ministre de la Justice pouvait raisonnablement ordonner l’extradition. Le ministre devait essentiellement se demander si le « traitement donné » qui attendait C s’il était extradé au New Hampshire contrevenait aux principes canadiens de justice fondamentale. Il a examiné toutes les circonstances pertinentes, dont l’importance de la collaboration internationale en matière d’extradition. Au vu

context. In light of all of these considerations, it was reasonable for him to conclude that it would not offend Canadian principles of fundamental justice or be otherwise unjust or oppressive to leave the decision about whether there should be a trial to the New Hampshire court.

Cases Cited

Referred to: *Canada (Attorney General) v. Barnaby*, 2015 SCC 31, [2015] 2 S.C.R. 563; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 44(1).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Duval Hesler C.J. and Levesque and Savard J.J.A.), 2013 QCCA 1305, [2013] AZ-50991418, [2013] Q.J. No. 8752 (QL), 2013 CarswellQue 7615 (WL Can.), dismissing an application for judicial review from a surrender order made by the Minister of Justice. Appeal dismissed.

Véronique Courtecuisse and *Patrick Cozannet*, for the appellant.

Marc Ribeiro and *Ginette Gobeil*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — To satisfy the Minister that extradition should be refused, Mr. Caplin must show that his surrender would “shock the conscience” and thereby violate s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, or be “unjust or oppressive” under s. 44(1) of the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18. In our view, the Court of Appeal did not err in concluding that it was reasonable for the Minister to order surrender (2013 QCCA 1305). As we explain in the companion appeal in *Canada (Attorney General) v. Barnaby*, 2015 SCC 31, [2015] 2 S.C.R. 563, the fundamental issue for the Minister was whether surrendering Mr. Caplin to the “particular treatment” that awaits him in New Hampshire is contrary to Canadian principles of fundamental justice: *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283, at

de toutes ces considérations, il pouvait raisonnablement conclure qu’il n’était ni contraire aux principes canadiens de justice fondamentale, ni par ailleurs injuste ou tyrannique de laisser aux tribunaux du New Hampshire le soin de décider de tenir ou non un procès.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Canada (Procureur général) c. Barnaby*, 2015 CSC 31, [2015] 2 R.C.S. 563; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Loi sur l’extradition, L.C. 1999, c. 18, art. 44(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (la juge en chef Duval Hesler et les juges Levesque et Savard), 2013 QCCA 1305, [2013] AZ-50991418, [2013] Q.J. No. 8752 (QL), 2013 CarswellQue 7615 (WL Can.), qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire visant l’arrêté d’extradition pris par le ministre de la Justice. Pourvoi rejeté.

Véronique Courtecuisse et *Patrick Cozannet*, pour l’appelant.

Marc Ribeiro et *Ginette Gobeil*, pour l’intimé.

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — Pour convaincre le ministre de refuser son extradition, M. Caplin doit démontrer que la mesure « choquerait la conscience » et contreviendrait ainsi à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou qu’elle serait « injuste ou tyrannique » au sens du par. 44(1) de la *Loi sur l’extradition*, L.C. 1999, c. 18. À notre avis, la Cour d’appel n’a pas eu tort de conclure que le ministre pouvait raisonnablement ordonner l’extradition (2013 QCCA 1305). Comme nous l’expliquons dans le pourvoi connexe *Canada (Procureur général) c. Barnaby*, 2015 CSC 31, [2015] 2 R.C.S. 563, le ministre devait essentiellement se demander si le « traitement donné » qui attendait M. Caplin s’il était extradé au New Hampshire contrevenait aux principes canadiens de justice fondamentale

para. 69. It appears from the material that the New Hampshire courts will decide whether Mr. Caplin's trial, in all of the circumstances, is fair and just in accordance with principles that are broadly similar to those that would be applied in Canada if the issue arose here. This is not contrary to our sense of fundamental justice, but rather consistent with it.

[2] Mr. Caplin suggests that there is no new evidence. He raises arguments about alleged weaknesses in the DNA analysis and submits that, in reality, the testimonial evidence is not new. He further submits that, in any event, the "new" evidence is of limited probative value because it does not conclusively establish his guilt. He also argues that the passage of time has caused prejudice that would justify denying extradition.

[3] We are not persuaded by these arguments. In our view, it was reasonable for the Minister to conclude that it would not shock the conscience or be otherwise unjust or oppressive to allow the New Hampshire courts to address these concerns, rather than to preclude them from doing so by refusing surrender. Concerns about due process — including arguments related to delay — are generally a matter for the foreign court. As this Court held in *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536, at p. 558:

Matters of due process generally are to be left for the courts to determine at the trial there as they would be if [the accused] were to be tried here. Attempts to pre-empt decisions on such matters, whether arising through delay or otherwise, would directly conflict with the principles of comity on which extradition is based . . .

[4] The Minister examined all of the relevant circumstances, including the importance of international cooperation in the extradition context. In light of all of these considerations, it was reasonable for him to conclude that it would not offend Canadian

(*États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283, par. 69). Il appert des documents soumis que les tribunaux du New Hampshire détermineront si, eu égard à l'ensemble des circonstances, la tenue d'un procès est juste et équitable conformément à des principes qui sont foncièrement équivalents à ceux que les tribunaux canadiens appliqueraient si l'affaire avait pris naissance au Canada. Cette démarche n'est pas contraire, mais bien conforme, à la justice fondamentale telle que nous la concevons.

[2] Selon M. Caplin, il n'existe aucune preuve nouvelle. Il allègue certaines faiblesses de la preuve génétique et soutient que, dans les faits, la preuve testimoniale n'est pas nouvelle. Il ajoute que, de toute façon, la valeur probante de la preuve « nouvelle » est limitée en ce qu'elle n'établit pas sa culpabilité de manière concluante. De plus, le temps écoulé depuis la perpétration des crimes lui infligerait un préjudice qui justifie le refus de son extradition.

[3] Ces arguments ne nous convainquent pas. À notre avis, le ministre pouvait raisonnablement conclure que permettre aux tribunaux du New Hampshire de se prononcer sur ces points — au lieu de les en empêcher en refusant l'extradition — ne choquerait pas la conscience et ne serait pas par ailleurs injuste ou tyrannique. Il appartient généralement au tribunal étranger de statuer sur l'application régulière de la loi, y compris les prétentions relatives au temps écoulé. Comme l'a affirmé la Cour dans l'arrêt *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, p. 558 :

En règle générale, les questions touchant le caractère équitable des procédures [ou l'application régulière de la loi] doivent y être tranchées par les tribunaux à l'étape du procès, de la même manière qu'elles le seraient si le procès avait lieu ici. Toute tentative de préjuger de telles questions, que ce soit par suite d'un retard ou pour d'autres raisons, entrerait directement en conflit avec les principes de courtoisie qui sont à la base de l'extradition . . .

[4] Le ministre a examiné toutes les circonstances pertinentes, dont l'importance de la collaboration internationale en matière d'extradition. Au vu de toutes ces considérations, il pouvait raisonnablement conclure qu'il ne serait ni contraire aux principes

principles of fundamental justice or be otherwise unjust or oppressive to leave the decision about whether there should be a trial to the New Hampshire court. We would therefore uphold the Court of Appeal's decision to affirm the surrender order. The appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Véronique Courte-cuisse, Montréal; Patrick Cozannet, Longueuil.

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

canadiens de justice fondamentale, ni par ailleurs injuste ou tyrannique de laisser aux tribunaux du New Hampshire le soin de décider de tenir ou non un procès. Nous sommes donc d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel qui maintient l'arrêté d'extradition. Le pourvoi est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Véronique Courte-cuisse, Montréal; Patrick Cozannet, Longueuil.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Paul Francis Tatton *Respondent*

and

**Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervener*

INDEXED AS: R. v. TATTON

2015 SCC 33

File No.: 35866.

2014: December 9; 2015: June 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Arson — Defences — Intoxication — Accused relying on self-induced intoxication as excuse for committing arson — Self-induced intoxication short of automatism cannot be relied upon as excuse for general intent offence — Whether arson is general or specific intent offence — If arson is general intent offence, whether trial judge's classification of arson as specific intent offence had material bearing on verdict of acquittal — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 434.

T caused a fire that destroyed the contents of his ex-girlfriend's home. In a highly intoxicated state, he placed a pan with oil on a stove, set the burner to high, and left the house to get a coffee. When he returned approximately 20 minutes later, the house was on fire. T was charged with arson contrary to s. 434 of the *Criminal Code*. At trial, T claimed that the fire was an accident. The trial judge determined that s. 434 was a specific intent offence, meaning that T could rely on self-induced intoxication as a defence. T was acquitted. A majority of the Court of Appeal upheld the acquittal.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Paul Francis Tatton *Intimé*

et

**Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : R. c. TATTON

2015 CSC 33

N° du greffe : 35866.

2014 : 9 décembre; 2015 : 4 juin.

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

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

Droit criminel — Incendie criminel — Moyens de défense — Intoxication — Accusé invoquant l'intoxication volontaire pour excuser la perpétration d'un incendie criminel — L'accusé ne peut invoquer l'intoxication volontaire sans automatisme pour excuser la perpétration d'infractions d'intention générale — L'infraction d'incendie criminel est-elle une infraction d'intention générale ou d'intention spécifique? — Si l'infraction d'incendie criminel est une infraction d'intention générale, la décision du juge du procès de la qualifier d'infraction d'intention spécifique a-t-elle eu une incidence significative sur le verdict d'acquittal? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 434.

T a causé un incendie qui a détruit l'intérieur de la résidence de son ex-petite amie. Alors qu'il était dans un état d'ébriété avancé, il a placé sur la cuisinière une poêle à frire contenant de l'huile, a allumé le rond à feu « élevé » et est sorti pour aller chercher un café. À son retour une vingtaine de minutes plus tard, la maison était la proie des flammes. T a été accusé d'incendie criminel en vertu de l'art. 434 du *Code criminel*. Au procès, T a affirmé que l'incendie était accidentel. Le juge du procès a conclu que l'art. 434 créait une infraction d'intention spécifique, ce qui signifiait que T pouvait invoquer l'intoxication volontaire en défense. T a été acquitté. La Cour d'appel de l'Ontario à la majorité a confirmé l'acquittal.

Held: The appeal should be allowed, the acquittal set aside and a new trial ordered.

The classification of an offence as one involving general or specific intent has important consequences for the accused because the law does not allow offenders to rely on self-induced intoxication falling short of automatism as an excuse for general intent offences. The analysis of whether an offence is one of general intent or specific intent must start with a determination of the mental element of the offence. This is an exercise in statutory interpretation and should not be turned into a factual assessment. The next question is whether the crime is one of general or specific intent. Where the jurisprudence has already determined the appropriate classification of the offence in a satisfactory manner, the task is straightforward. Otherwise, there are two main considerations — the importance of the mental element and the social policy underlying the offence.

The importance of the mental element refers to the complexity of the thought and reasoning processes that are required for any given offence. For general intent offences, the mental element simply relates to the performance of the illegal act. Such crimes do not require an intent to bring about certain consequences that are external to the *actus reus*. Nor do they require actual knowledge of certain circumstances or consequences, to the extent that such knowledge is the product of complex thought and reasoning processes. General intent crimes involve such minimal mental acuity that it is difficult to see how intoxication short of automatism could deprive the accused of the low level of intent required. In contrast, specific intent offences involve a heightened mental element. That element may take the form of an ulterior purpose or it may entail actual knowledge of certain circumstances or consequences, where the knowledge is the product of more complex thought and reasoning processes. Alternatively, it may involve intent to bring about certain consequences, if the formation of that intent involves more complex thought and reasoning processes. Because of the more complicated thought and reasoning processes required for specific intent crimes, one can more readily understand how intoxication short of automatism may negate the required mental element.

When this analysis fails to yield a clear answer, one should turn to policy considerations. In the main, the policy assessment will focus on whether alcohol consumption is habitually associated with the crime in question. If

Arrêt : Le pourvoi est accueilli, l'acquittallement est annulé et un nouveau procès est ordonné.

La qualification d'une infraction en infraction d'intention générale ou d'intention spécifique a d'importantes conséquences pour l'accusé parce que le droit ne permet pas aux contrevenants d'invoquer une intoxication volontaire sans automatisme pour excuser la perpétration d'infractions d'intention générale. Pour établir si une infraction est une infraction d'intention générale ou d'intention spécifique, il faut tout d'abord en déterminer l'élément moral. Cette analyse relève de l'interprétation des lois et ne doit pas se transformer en un examen des faits. Il faut se demander ensuite s'il s'agit d'un crime d'intention générale ou spécifique. Lorsque l'infraction a déjà été qualifiée de façon satisfaisante dans la jurisprudence, la tâche est simple. Sinon, deux facteurs principaux doivent être considérés — l'importance de l'élément moral et la politique sociale qui sous-tend la création de l'infraction.

L'importance de l'élément moral a trait à la complexité des processus de pensée et de raisonnement que requiert chaque infraction. Dans le cas des infractions d'intention générale, l'élément moral se rattache simplement à la perpétration de l'acte illégal. De tels crimes n'exigent pas l'existence d'une intention de faire survenir certaines conséquences étrangères à l'*actus reus*. Ils n'exigent pas non plus la connaissance effective de certaines circonstances ou conséquences, dans la mesure où cette connaissance est le produit de processus de pensée et de raisonnement complexes. Les crimes d'intention générale comportent un degré d'acuité mentale si peu élevé qu'il est difficile de concevoir que l'intoxication sans automatisme puisse priver l'accusé du faible degré d'intention exigé. Par contre, les infractions d'intention spécifique supposent un élément moral plus élevé. Cet élément peut prendre la forme d'une intention cachée, ou requérir la connaissance effective de certains faits ou de certaines conséquences, où cette connaissance est le fruit de processus de pensée et de raisonnement plus complexes. À titre subsidiaire, il peut supposer l'intention de faire survenir certaines conséquences, si la formation de cette intention implique des processus de pensée et de raisonnement plus complexes. En raison des processus de pensée et de raisonnement plus complexes que nécessitent les crimes d'intention spécifique, on peut plus aisément comprendre comment l'intoxication sans automatisme peut réduire à néant l'élément moral requis.

Lorsque cette analyse ne permet pas d'obtenir une réponse claire, il faut passer à l'examen des considérations de politique générale. L'examen de ces considérations portera essentiellement sur la question de savoir si

it is, then allowing an accused to rely on intoxication as a defence would seem counterintuitive. But, where self-induced intoxication rarely, if ever, plays a role in the commission of a particular crime, preventing an accused from relying on it makes less sense from a policy perspective. Without setting out a general rule, alcohol habitually plays a role in crimes involving violent or unruly conduct and in crimes involving damage to property. Although there are exceptions to this general proposition, the prevalence of alcohol in these crimes means that there are likely to be strong policy reasons militating against an intoxication-based defence. Other residual policy considerations may also come into play. The presence of a lesser included general intent offence in the main offence may be relevant. The presence of judicial sentencing discretion may also be a factor to consider.

The offence of arson in s. 434 of the *Criminal Code* is a general intent offence for which intoxication falling short of automatism is not available as a defence. The *actus reus* is the damaging of property by fire. The mental element is the intentional or reckless performance of the illegal act. No additional knowledge or purpose is needed. No complex thought or reasoning processes are required. It is difficult to see how intoxication short of automatism would prevent an accused from foreseeing the risk of causing damage to someone else's property by fire. There is no need to resort to policy considerations to determine the appropriate classification of the offence. Had it been necessary to do so, the same conclusion would have been reached. Damage to property is often associated with alcohol consumption and it would erode the policy underlying the offence of causing damage to property by fire if an accused could rely on self-induced intoxication as a defence.

The criminal act in s. 434 of the *Criminal Code* is the causing of damage to property. The fire is simply the mechanism by which the damage must be caused. In assessing the issue of intent, the trier of fact must consider all of the surrounding circumstances. The manner in which the fire started is likely to be an important consideration. Specifically, was the fire set accidentally,

la consommation d'alcool est habituellement associée au crime en question. Dans l'affirmative, il semblerait paradoxal de permettre à l'accusé d'invoquer l'intoxication comme moyen de défense. Mais lorsque l'intoxication volontaire joue rarement, voire jamais, un rôle dans la perpétration d'un crime déterminé, il est moins logique, du point de vue de la politique générale, d'empêcher l'accusé d'invoquer ce moyen de défense. Sans poser un principe universel, l'alcool joue habituellement un rôle dans les crimes liés à un comportement violent et désordonné ainsi que dans les crimes comportant des dommages aux biens. Bien qu'il existe des exceptions à ce principe général, du fait de la présence fréquente de l'alcool dans le cas de ces crimes, il est probable que de solides raisons de politique générale militeront contre la possibilité de plaider l'intoxication comme moyen de défense. D'autres considérations de cette nature peuvent aussi entrer en jeu. L'existence d'une infraction d'intention générale moindre et incluse peut être un facteur pertinent. L'existence du pouvoir discrétionnaire des tribunaux en matière de détermination de la peine peut également être un facteur à considérer.

L'infraction d'incendie criminel prévue à l'art. 434 du *Code criminel* est une infraction d'intention générale pour laquelle l'intoxication sans automatisme ne peut être invoquée comme moyen de défense. Le fait de causer un dommage à un bien par le feu constitue l'*actus reus* de l'infraction. L'élément moral est l'accomplissement de l'acte illégal intentionnellement ou sans se soucier des conséquences. Aucun autre élément de connaissance ou mobile n'est nécessaire. Aucun processus de pensée ou de raisonnement complexe n'est requis. Il est difficile de voir comment l'intoxication sans automatisme empêche un accusé de prévoir le risque de causer un dommage à la propriété d'autrui par le feu. Il n'est pas nécessaire de recourir à des considérations de politique générale pour bien qualifier l'infraction. S'il s'était avéré nécessaire de le faire, la conclusion aurait été la même. Le fait de causer des dommages aux biens est souvent associé à la consommation d'alcool, et on éroderait le respect des considérations de politique générale à l'origine de la création de l'infraction consistant à causer des dommages à des biens par le feu si l'on permettait à un accusé d'invoquer en défense son état d'intoxication volontaire.

L'acte criminel que réprime l'art. 434 du *Code criminel* est le fait de causer des dommages à un bien. Le feu est simplement le moyen qui doit avoir causé le dommage. Lorsqu'il examine la question de l'intention, le juge des faits doit tenir compte de l'ensemble des circonstances de l'infraction. La façon dont l'incendie a pris naissance sera probablement un facteur important. Plus

negligently, recklessly, or intentionally? However, the determinative question is not how the fire was started. Rather, the end game involves looking at all of the surrounding circumstances to determine whether it can be inferred that the accused intended to damage someone else's property or was reckless whether damage ensued or not.

In this case, it is apparent that T's intoxication played a material role in the acquittal. In his reasons, the trial judge concentrated on the cause of the fire and he stated that to resolve this issue, he must determine whether T's intoxication could be considered. His decision to acquit was influenced by his erroneous belief that he could take into account T's state of intoxication. A new trial is required because the trial judge's critical findings of fact were tainted by his belief that self-induced intoxication was relevant to the issue of intent.

Cases Cited

Considered: *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; **referred to:** *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871; *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146; *R. v. Swanson* (1989), 48 C.C.C. (3d) 316; *R. v. Hudson* (1993), 88 Man. R. (2d) 150; *R. v. Muma* (1989), 51 C.C.C. (3d) 85; *R. v. Schmidke* (1985), 19 C.C.C. (3d) 390; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. S.D.D.*, 2002 NFCA 18, 211 Nfld. & P.E.I.R. 157; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 273.2 [ad. 1992, c. 38, s. 1], 434.

Authors Cited

Berner, S. H. "The Defense of Drunkenness — A Reconsideration" (1971), 6 *U.B.C. L. Rev.* 309.
 Canada. Law Reform Commission. *Report on Recodifying Criminal Law*, revised and enlarged edition of Report 30. Ottawa: The Commission, 1987.
 Canadian Bar Association. Criminal Recodification Task Force. *Principles of Criminal Liability: Proposals for*

précisément, l'incendie a-t-il été déclenché de façon accidentelle, par négligence, sans se soucier de ses conséquences, ou intentionnellement? Cependant, la question déterminante n'est pas de savoir comment le feu a pris naissance. Le but ultime consiste plutôt à examiner l'ensemble des circonstances de l'infraction pour décider s'il est possible d'en conclure que l'accusé entendait causer des dommages au bien d'autrui ou s'il ne s'est pas soucié que des dommages s'ensuivent ou non.

En l'espèce, il est évident que l'état d'intoxication de T a joué un rôle important dans l'acquiescement. Dans ses motifs, le juge du procès s'est concentré sur la cause de l'incendie et il a déclaré que, pour résoudre cette question, il devait décider s'il pouvait tenir compte de l'état d'intoxication de T. Sa décision de prononcer l'acquiescement a été influencée par sa croyance erronée qu'il pouvait tenir compte de l'état d'intoxication de T. Il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès étant donné que les conclusions de fait cruciales tirées par le juge du procès étaient viciées par le fait qu'il croyait que l'intoxication volontaire était pertinente à l'égard de la question de l'intention.

Jurisprudence

Arrêt examiné : *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; **arrêts mentionnés :** *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; *R. c. George*, [1960] R.C.S. 871; *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146; *R. c. Swanson* (1989), 48 C.C.C. (3d) 316; *R. c. Hudson* (1993), 88 Man. R. (2d) 150; *R. c. Muma* (1989), 51 C.C.C. (3d) 85; *R. c. Schmidke* (1985), 19 C.C.C. (3d) 390; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. S.D.D.*, 2002 NFCA 18, 211 Nfld. & P.E.I.R. 157; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 273.2 [aj. 1992, c. 38, art. 1], 434.

Doctrine et autres documents cités

Association du Barreau canadien. Groupe de travail sur la nouvelle codification du droit pénal. *Principes de responsabilité pénale : Proposition de nouvelles dispositions générales du Code criminel du Canada*, Ottawa, l'Association, 1992.
 Berner, S. H. « The Defense of Drunkenness — A Reconsideration » (1971), 6 *U.B.C. L. Rev.* 309.

- a New General Part of the Criminal Code of Canada*. Ottawa: The Association, 1992.
- Ferguson, Gerry. “The Intoxication Defence: Constitutionally Impaired and in Need of Rehabilitation” (2012), 57 *S.C.L.R.* (2d) 111.
- Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.
- Quigley, Tim. “Specific and General Nonsense?” (1987), 11 *Dal. L.J.* 75.
- Stuart, Don. “A Case for a General Part”, in D. Stuart, R. J. Delisle and A. Manson, eds., *Towards a Clear and Just Criminal Law: A Criminal Reports Forum*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999, 95.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 5th ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007.
- Thornton, Mark T. “Making Sense of *Majewski*” (1981), 23 *Crim. L.Q.* 464.
- Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport pour une nouvelle codification du droit pénal*, édition révisée et augmentée du rapport n° 30, Ottawa, la Commission, 1987.
- Ferguson, Gerry. « The Intoxication Defence : Constitutionally Impaired and in Need of Rehabilitation » (2012), 57 *S.C.L.R.* (2d) 111.
- Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law*, 4th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2009.
- Quigley, Tim. « Specific and General Nonsense? » (1987), 11 *Dal. L.J.* 75.
- Stuart, Don. « A Case for a General Part », in D. Stuart, R. J. Delisle and A. Manson, eds., *Towards a Clear and Just Criminal Law : A Criminal Reports Forum*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1999, 95.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 5th ed., Scarborough (Ont.), Thomson/Carswell, 2007.
- Thornton, Mark T. « Making Sense of *Majewski* » (1981), 23 *Crim. L.Q.* 464.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Goudge, Rensburg and Pardu J.J.A.), 2014 ONCA 273, 10 C.R. (7th) 108, 319 O.A.C. 10, [2014] O.J. No. 1683 (QL), 2014 CarswellOnt 4373 (WL Can.), upholding the acquittal on a charge of arson entered by Tausendfreund J. Appeal allowed.

Randy Schwartz, for the appellant.

J. Douglas Grenkie, Q.C., and *William James Webber*, for the respondent.

Anil K. Kapoor and *Lindsay E. Trevelyan*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] This case requires the Court to determine whether self-induced intoxication is a defence to a charge of arson under s. 434 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The charge against the respondent, Mr. Tatton, arose out of a fire that destroyed the

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Goudge, Rensburg et Pardu), 2014 ONCA 273, 10 C.R. (7th) 108, 319 O.A.C. 10, [2014] O.J. No. 1683 (QL), 2014 CarswellOnt 4373 (WL Can.), qui a confirmé l’acquittement relatif à une accusation de crime d’incendie prononcé par le juge Tausendfreund. Pourvoi accueilli.

Randy Schwartz, pour l’appelante.

J. Douglas Grenkie, c.r., et *William James Webber*, pour l’intimé.

Anil K. Kapoor et *Lindsay E. Trevelyan*, pour l’intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] En l’espèce, la Cour doit décider si l’intoxication volontaire constitue un moyen de défense opposable à une accusation d’incendie criminel portée en vertu de l’art. 434 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. L’intimé, M. Tatton, a été accusé à la suite

contents of his ex-girlfriend's home. The fire began after Mr. Tatton, in a highly intoxicated state, placed a pan with oil on the stove, set the burner to "high", and left the house to get a coffee at a nearby Tim Hortons. When he returned approximately 20 minutes later, the house was on fire.

[2] At trial, Mr. Tatton sought to rely on the defence of accident based on his drunkenness to rebut the intent required for the offence of arson. The trial judge found that he could do so, and a majority of the Court of Appeal agreed. For reasons that follow, I am respectfully of the view that the trial judge and the majority of the Court of Appeal erred. Intoxication short of automatism is not a defence to a charge of arson under s. 434 of the *Criminal Code*.

II. Background

[3] In September 2010, Mr. Tatton was living in a guest room at a home owned by his ex-girlfriend, Ms. Spencer. He and Ms. Spencer had broken off their relationship, but Mr. Tatton remained hopeful that they would reconcile.

[4] Mr. Tatton was an alcoholic. He had a tendency to binge drink. There was evidence that in the past he had come home drunk, started to cook food, and then passed out, only to awake to a house filled with smoke. His history with alcoholism included periods of blackouts. He would sometimes have no recollection of events that had transpired while he was under the influence of alcohol.

[5] On September 24, 2010, Ms. Spencer went to Kingston to visit friends. Mr. Tatton was not happy about this and became jealous and upset. He drank heavily throughout the day and evening, consuming approximately 52 ounces of alcohol. Over the course of the evening, he left Ms. Spencer a series of agitated voice messages on her cell phone, two

d'un incendie qui a détruit l'intérieur de la résidence de son ex-petite amie. L'incendie a pris naissance après que M. Tatton, qui était dans un état d'ébriété avancé, eut placé sur la cuisinière une poêle à frire contenant de l'huile et eut allumé le rond à feu « élevé » (« *high* ») avant de sortir pour aller chercher un café dans un Tim Hortons situé tout près. À son retour, environ une vingtaine de minutes plus tard, la maison était la proie des flammes.

[2] Au procès, M. Tatton a tenté d'invoquer la défense d'accident sur la base de son état d'ébriété pour réfuter l'intention requise pour commettre le crime d'incendie criminel. Le juge du procès a estimé qu'il pouvait invoquer ce moyen de défense et les juges majoritaires de la Cour d'appel lui ont donné raison. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur. Un état d'intoxication sans automatisme ne peut être opposé en défense à une accusation d'incendie criminel portée en vertu de l'art. 434 du *Code criminel*.

II. Contexte

[3] En septembre 2010, M. Tatton occupait une chambre d'amis dans une maison appartenant à son ex-petite amie, M^{me} Spencer. Cette dernière et M. Tatton avaient mis fin à leur relation, mais M. Tatton nourrissait l'espoir d'une réconciliation.

[4] M. Tatton était un alcoolique. Il avait l'habitude des beuveries express ou effrénées. Suivant la preuve, il lui était arrivé de rentrer ivre à la maison, de commencer à faire la cuisine, de perdre conscience, puis de se réveiller dans une maison envahie par la fumée. Il lui arrivait dans le passé de s'évanouir. Parfois, il ne pouvait se souvenir de ce qui s'était passé alors qu'il était en état d'ébriété.

[5] Le 24 septembre 2010, M^{me} Spencer est allée rendre visite à des amis à Kingston. Mécontent de la voir partir, M. Tatton s'est fâché et est devenu jaloux. Il a bu beaucoup tout au long de la journée et de la soirée, ingurgitant environ 52 onces d'alcool. Durant la soirée, il a laissé sur le téléphone cellulaire de M^{me} Spencer une série de messages fébriles

of which referred to her home being on fire. Eventually, Mr. Tatton passed out.

[6] When Mr. Tatton awoke, he decided to cook some bacon. He put some vegetable oil in a pan on the stove and set the temperature to “high”. He then drove to a nearby Tim Hortons to get a coffee. When he returned 15-20 minutes later, the house was on fire. Mr. Tatton called 911 from a neighbouring house. The firefighters were able to save the home, but not its contents. The next day, Mr. Tatton left Ms. Spencer a message apologizing for the incident and stating that it was an accident.

[7] The fire investigator determined that the source of the fire was the vegetable oil on the stove. Mr. Tatton was arrested and charged with arson contrary to s. 434 of the *Criminal Code*. That section reads:

434. Every person who intentionally or recklessly causes damage by fire or explosion to property that is not wholly owned by that person is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

[8] At trial, Mr. Tatton claimed that the fire was an accident. When he put the oil on the stove, he thought he had set the temperature at “low”. He did not intend or foresee the consequences that resulted from his turning the stove on and leaving it unattended. A central question at trial was whether Mr. Tatton had the requisite intent to commit the offence of arson under s. 434, and more particularly whether the court could take his state of intoxication into account in making its assessment.

[9] The trial judge determined that s. 434 was a specific intent offence, meaning that Mr. Tatton could rely on self-induced intoxication as a defence. In the end, he acquitted Mr. Tatton because he was not convinced beyond a reasonable doubt that Mr. Tatton intentionally or recklessly left the stove on “high”. Given this conclusion, he could not be satisfied that Mr. Tatton intentionally or recklessly

dont deux mentionnaient que sa maison était en feu. Il a fini par perdre conscience.

[6] À son réveil, M. Tatton a décidé de faire cuire du bacon. Il a versé de l’huile végétale dans une poêle à frire sur la cuisinière et a allumé le rond à feu « élevé ». Il a ensuite pris sa voiture pour aller chercher un café dans un Tim Hortons situé tout près. À son retour, 15 ou 20 minutes plus tard, la maison était la proie des flammes. M. Tatton s’est rendu chez un voisin pour appeler le 911. Les pompiers ont réussi à sauver la maison, mais pas son contenu. Le lendemain, M. Tatton a laissé à M^{me} Spencer un message dans lequel il lui présentait ses excuses pour l’incident et affirmait qu’il s’agissait d’un accident.

[7] L’enquêteur des incendies a conclu que l’origine de l’incendie avait été l’huile végétale sur la cuisinière. M. Tatton a été arrêté et accusé d’incendie criminel en vertu de l’art. 434 du *Code criminel*. Cet article est ainsi libellé :

434. Est coupable d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de quatorze ans quiconque, intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de son acte, cause par le feu ou par une explosion un dommage à un bien qui ne lui appartient pas en entier.

[8] Au procès, M. Tatton a affirmé que l’incendie était accidentel. Lorsqu’il avait posé l’huile sur la cuisinière, il croyait avoir mis le rond à feu « doux » (« low »). Il n’avait ni voulu ni prévu les conséquences de son geste en laissant le rond allumé sans surveillance. Une question fondamentale au procès était de savoir si M. Tatton avait eu l’intention requise pour commettre l’infraction d’incendie criminel prévue à l’art. 434 et plus particulièrement si le tribunal pouvait tenir compte de son état d’intoxication en répondant à cette question.

[9] Le juge du procès a conclu que l’art. 434 créait une infraction d’intention spécifique, ce qui signifiait que M. Tatton pouvait invoquer l’intoxication volontaire en défense. En fin de compte, le juge a acquitté M. Tatton, parce qu’il n’était pas convaincu hors de tout doute raisonnable que ce dernier avait, intentionnellement ou par insouciance, laissé le rond allumé à feu « élevé ». Vu cette conclusion,

damaged the property. A majority of the Court of Appeal for Ontario upheld Mr. Tatton's acquittal. The third member of the panel would have allowed the appeal and ordered a new trial.

[10] The Crown appeals to this Court as of right. It argues that arson contrary to s. 434 is a general intent offence, meaning that intoxication falling short of automatism cannot be considered. I agree. I further agree that a new trial is required because the trial judge's critical findings of fact were tainted by his belief that self-induced intoxication was relevant to the issue of intent. Accordingly, I would allow the appeal, set aside the verdict of acquittal, and order a new trial.

III. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice, No. 10-2091, July 29, 2013 (unreported)*

[11] The only live issue before the trial judge was whether Mr. Tatton had caused the fire intentionally or recklessly. If so, it could be inferred, in the circumstances, that in setting the fire he either intended to cause damage to the contents of the home or was reckless whether damage ensued or not. On the other hand, if the fire started by reason of accident or negligence, then it could not be inferred that Mr. Tatton had one of the intents required to support a conviction under s. 434.

[12] The trial judge found that Mr. Tatton was heavily under the influence of alcohol at the time of the fire. Consequently, he held that it was necessary to determine whether arson was a crime of specific or general intent. The answer to that question would dictate whether Mr. Tatton's intoxication could be considered.

il ne pouvait être convaincu que M. Tatton avait intentionnellement ou par insouciance causé un dommage au bien en question. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé, à la majorité, l'acquittement de M. Tatton. Le troisième membre de la formation collégiale aurait fait droit à l'appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[10] Le ministère public se pourvoit de plein droit devant notre Cour. Il soutient que l'infraction d'incendie criminel prévue à l'art. 434 est une infraction d'intention générale, ce qui signifie qu'on ne peut pas tenir compte de l'intoxication sans automatisme. Je suis du même avis. Je suis également d'accord pour dire qu'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, étant donné que les conclusions de fait cruciales tirées par le juge du procès étaient viciées par le fait qu'il croyait que l'intoxication volontaire était pertinente à l'égard de la question de l'intention. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le verdict d'acquittement et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario, n° 10-2091, 29 juillet 2013 (non publié)*

[11] La seule question que le juge du procès était appelé à trancher était de savoir si M. Tatton avait causé l'incendie intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de ses actes. Dans l'affirmative, on pouvait déduire, eu égard aux circonstances, qu'en mettant le feu, ce dernier avait eu l'intention de causer un dommage au contenu de la maison ou ne s'était pas soucié que des dommages s'ensuivent ou non. Par contre, si l'incendie avait été déclenché par accident ou par négligence, on ne pouvait conclure que M. Tatton avait l'une des intentions exigées pour étayer une déclaration de culpabilité fondée sur l'art. 434.

[12] Le juge du procès a conclu que M. Tatton était fortement intoxiqué par l'alcool au moment de l'incendie. Il a donc estimé qu'il était nécessaire de décider si l'incendie criminel était un crime d'intention spécifique ou d'intention générale. La réponse à cette question déterminerait si l'on pouvait tenir compte de l'état d'intoxication de M. Tatton.

[13] The trial judge concluded that the characterization of s. 434 as either an offence of general or specific intent was fact-driven. In his view, the proper characterization depended on how the fire started. If an accused started a fire with a match and combustible material, the charge of arson would likely be one of general intent. However, if the way in which the fire started was more nuanced, it could be a specific intent offence. On the facts before him, the trial judge found that the offence was one of specific intent, such that Mr. Tatton's state of intoxication could be considered. In the end, he was not "satisfied beyond a reasonable doubt that [Mr. Tatton] left the setting [on the stove] on 'high' either intentionally or recklessly": A.R., vol. I, at p. 81. Accordingly, he acquitted Mr. Tatton on the charge of arson.

B. *Court of Appeal for Ontario, 2014 ONCA 273, 319 O.A.C. 10*

[14] The Court of Appeal unanimously rejected the trial judge's conclusion that the characterization of s. 434 as an offence of general or specific intent was fact-driven and dependent on how the fire started. Rather, the court determined — correctly in my view — that the characterization of s. 434 amounted to a question of law. On that question, the court divided.

[15] Writing for the majority, Pardu J.A. characterized arson under s. 434 as a specific intent offence. In her view, s. 434 required a voluntary act, coupled with an awareness of the more distant consequences of that act, and a decision to proceed in the face of those consequences. Justice Pardu noted that many ordinary household activities cause fires; however, they do not lead inevitably to the conclusion that the

[13] Le juge du procès a conclu que la décision de qualifier l'infraction prévue à l'art. 434 d'infraction d'intention générale ou d'infraction d'intention spécifique est tributaire des faits. À son avis, la qualification adéquate de cette infraction dépendait des circonstances dans lesquelles l'incendie avait pris naissance. Si un accusé allumait un incendie à l'aide d'une allumette et d'un produit combustible, l'incendie criminel reproché constituerait vraisemblablement une infraction d'intention générale. Toutefois, si les circonstances dans lesquelles l'incendie a éclaté étaient plus nuancées, il pourrait s'agir d'une infraction d'intention spécifique. À la lumière des faits portés à sa connaissance, le juge du procès a conclu que l'infraction était une infraction d'intention spécifique, conclusion qui lui permettait de tenir compte de l'état d'intoxication de M. Tatton. En définitive, il n'était pas [TRADUCTION] « convaincu hors de tout doute raisonnable que [M. Tatton] avait laissé le rond à feu élevé intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de son acte » : d.a., vol. I, p. 81. Il a donc acquitté M. Tatton de l'accusation d'incendie criminel.

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2014 ONCA 273, 319 O.A.C. 10*

[14] La Cour d'appel a rejeté à l'unanimité la conclusion du juge du procès suivant laquelle la qualification de l'art. 434 en tant qu'infraction d'intention générale ou d'intention spécifique était tributaire des faits et dépendait des circonstances dans lesquelles le feu avait pris naissance. La cour a plutôt jugé — à bon droit, selon moi — que la qualification de l'infraction prévue à l'art. 434 était une question de droit. Sur cette question, la Cour d'appel s'est divisée.

[15] S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Pardu a qualifié l'infraction d'incendie criminel prévue à l'art. 434 d'infraction d'intention spécifique. À son avis, l'art. 434 exigeait un acte volontaire, accompagné d'une connaissance des conséquences plus indirectes de l'acte en question et d'une décision de passer à l'acte malgré ces conséquences. Le juge Pardu a fait observer que bon

person intentionally or recklessly damaged property. Furthermore, there was no basis to conclude that intoxication played a significant role in causing household fires.

[16] Justice Pardu also maintained that if arson were to be characterized as a general intent offence, the *mens rea* for the offence would be objective, not subjective. In her view, the words “intentionally or recklessly” require consideration of an accused’s subjective state of mind, to which intoxication is relevant. Consequently, she found that s. 434 was a specific intent offence, and upheld Mr. Tatton’s acquittal.

[17] In dissent, Goudge J.A. concluded that s. 434 was a general intent offence and that intoxication short of automatism could therefore not be considered. He held that the *mens rea* for s. 434 did not extend beyond the *actus reus*, and that no ulterior purpose was required. He was also of the view that arson is the type of offence that people are apt to commit when intoxicated; therefore, there were good policy reasons for refusing to allow an accused to raise the defence of self-induced intoxication.

[18] Justice Goudge disagreed with the majority that precluding reliance on intoxication transformed the *mens rea* inquiry into an objective one. In his view, the inquiry does not ask if a reasonable person would have foreseen the risk of damage to property; rather, one asks if the particular accused, while sober, would have foreseen the risk. This approach retained the necessary subjective component of the *mens rea*. It followed that arson under s. 434 was

nombre d’activités domestiques ordinaires peuvent causer des incendies; cependant, elles ne permettent pas inévitablement de conclure que leur auteur a causé un dommage à un bien intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de ses actes. De plus, rien ne justifie de conclure que l’intoxication jouait un rôle important comme cause des incendies domestiques.

[16] La juge Pardu a également maintenu que, si l’incendie criminel était qualifié d’infraction d’intention générale, la *mens rea* de cette infraction serait objective et non subjective. À son avis, les mots « intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de son acte » exigeaient que l’on examine l’état d’esprit subjectif de l’accusé, et l’état d’intoxication était pertinent dans le cadre de cet examen. Par conséquent, elle a conclu que l’art. 434 créait une infraction d’intention spécifique et elle a confirmé l’acquiescement de M. Tatton.

[17] Le juge Goudge, dissident, a conclu que l’art. 434 prévoyait une infraction d’intention générale et que l’on ne pouvait donc pas tenir compte d’une intoxication sans automatisme. Il a estimé que la *mens rea* requise dans le cas de l’infraction prévue à l’art. 434 n’exigeait pas davantage que l’intention de commettre l’*actus reus* et qu’il n’était pas nécessaire de démontrer une intention cachée. Il s’est également dit d’avis que l’incendie criminel était le type d’infraction que les gens sont susceptibles de commettre lorsqu’ils sont intoxiqués et qu’il existait donc de bonnes raisons de politique générale de ne pas permettre à un accusé d’invoquer l’intoxication volontaire comme moyen de défense.

[18] Le juge Goudge n’a pas souscrit à l’opinion des juges majoritaires selon laquelle le fait d’empêcher l’accusé d’invoquer son intoxication transformait l’analyse de la *mens rea* en une analyse objective. Selon lui, l’analyse ne consiste pas à se demander si une personne raisonnable aurait prévu le risque que des dommages soient causés aux biens, mais plutôt si l’accusé concerné aurait prévu le risque s’il avait été sobre. Cette approche conservait

not a specific intent offence and that the trial judge erred in concluding otherwise. Justice Goudge held that the error had a material bearing on the outcome. Hence, he would have ordered a new trial.

IV. Issues

[19] There are two issues on appeal:

1. Is arson contrary to s. 434 a general or specific intent offence?
2. If arson contrary to s. 434 is a general intent offence, did the trial judge's error have a material bearing on the verdict?

V. Analysis

A. *Is Arson Contrary to Section 434 a General or Specific Intent Offence?*

(1) The Classification of General and Specific Intent Offences

[20] The classification of an offence as one involving general or specific intent has important consequences for the accused. The law does not allow offenders to rely on self-induced intoxication falling short of automatism as an excuse for general intent offences: *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63, at p. 123; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at pp. 865 and 878-80.

[21] Although the labels “general intent” and “specific intent” are entrenched in Canadian law, they are not particularly helpful in describing the actual mental element required for a crime: *Daviault*, at p. 123;

l'élément subjectif nécessaire de la *mens rea*. Il s'ensuivait que l'infraction d'incendie criminel prévue à l'art. 434 n'était pas une infraction d'intention spécifique et que le juge du procès avait commis une erreur en tirant une conclusion différente. Le juge Goudge a conclu que cette erreur avait eu une incidence significative sur le résultat. Il aurait par conséquent ordonné la tenue d'un nouveau procès.

IV. Questions en litige

[19] Le présent pourvoi soulève les deux questions suivantes :

1. L'infraction d'incendie criminel prévue à l'art. 434 est-elle une infraction d'intention générale ou d'intention spécifique?
2. Si l'infraction d'incendie criminel prévue à l'art. 434 est une infraction d'intention générale, l'erreur du juge du procès a-t-elle eu une incidence significative sur le verdict?

V. Analyse

A. *L'infraction d'incendie criminel prévue à l'art. 434 est-elle une infraction d'intention générale ou d'intention spécifique?*

(1) Qualification des infractions en infractions d'intention générale ou d'intention spécifique

[20] La qualification d'une infraction en infraction d'intention générale ou d'intention spécifique a d'importantes conséquences pour l'accusé. Le droit ne permet pas aux contrevenants d'invoquer une intoxication volontaire sans automatisme pour excuser la perpétration d'infractions d'intention générale : *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, p. 123; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, p. 865 et 878-880.

[21] Bien que les qualificatifs « intention générale » et « intention spécifique » soient consacrés en droit canadien, ils ne sont pas particulièrement utiles pour définir l'élément moral effectivement requis

Bernard, at p. 854 (per Dickson C.J., dissenting). The mental element of specific intent crimes is no more “specific”, in the everyday sense of the word, than the mental element of general intent crimes. Rather, as we shall see, the distinction lies in the complexity of the thought and reasoning processes that make up the mental element of a particular offence, and the social policy underlying the offence.

[22] This Court’s decision in *Daviault* is the leading case on the distinction between general and specific intent crimes. Unfortunately, it has not resolved the confusion surrounding this issue. The general/specific intent dichotomy continues to perplex counsel and trial courts alike. It has been criticized as illogical and as leading to “arbitrary and inconsistent results from court to court, offence to offence and jurisdiction to jurisdiction”: G. Ferguson, “The Intoxication Defence: Constitutionally Impaired and in Need of Rehabilitation” (2012), 57 *S.C.L.R.* (2d) 111, at p. 123. See also T. Quigley, “Specific and General Nonsense?” (1987), 11 *Dal. L.J.* 75; D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (5th ed. 2007), at pp. 437-39; M. Manning, Q.C., and P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (4th ed. 2009), at p. 389; S. H. Berner, “The Defense of Drunkenness — A Reconsideration” (1971), 6 *U.B.C. L. Rev.* 309, at pp. 333-34.

[23] The confusion surrounding the general/specific intent distinction is part of a larger problem that has plagued the Canadian criminal law for decades. Regrettably, the *Criminal Code* often provides no clear direction about the required mental element for a given offence. It is therefore left to judges to attempt to divine the required mental element (also referred to as the degree of fault). As Professor Don Stuart states in *Canadian Criminal Law*, at p. vii:

dans le cas d’un crime : *Daviault*, p. 123; *Bernard*, p. 854 (le juge en chef Dickson, dissident). L’élément moral du crime d’intention spécifique n’est pas plus « spécifique », au sens courant du terme, que l’élément moral du crime d’intention générale. Comme nous le verrons, la distinction réside plutôt dans la complexité du processus de pensée et de raisonnement qui constitue l’élément moral de l’infraction en cause, et dans les considérations de politique sociale qui sous-tendent la création de l’infraction.

[22] L’arrêt rendu par notre Cour dans l’affaire *Daviault* est l’arrêt déterminant sur la distinction à établir entre les crimes d’intention générale et les crimes d’intention spécifique. Malheureusement, cette décision n’a pas dissipé la confusion qui entoure cette question. La dichotomie intention générale/intention spécifique continue à déconcerter tant les avocats que les tribunaux de première instance. On lui a reproché son illogisme et le fait qu’elle conduise à [TRADUCTION] « des résultats arbitraires et contradictoires selon le tribunal, l’infraction ou la province concernée » : G. Ferguson, « The Intoxication Defence : Constitutionally Impaired and in Need of Rehabilitation » (2012), 57 *S.C.L.R.* (2d) 111, p. 123. Voir également T. Quigley, « Specific and General Nonsense? » (1987), 11 *Dal. L.J.* 75; D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (5^e éd. 2007), p. 437-439; M. Manning, c.r., et P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law* (4^e éd. 2009), p. 389; S. H. Berner, « The Defense of Drunkenness — A Reconsideration » (1971), 6 *U.B.C. L. Rev.* 309, p. 333-334.

[23] La confusion entourant la distinction entre l’infraction d’intention générale et l’infraction d’intention spécifique fait partie d’un problème plus vaste qui afflige le droit criminel canadien depuis des décennies. Malheureusement, le *Code criminel* offre souvent peu d’indices clairs au sujet de l’élément moral requis pour une infraction déterminée. Il revient donc aux juges d’essayer de deviner l’élément moral requis (également appelé degré de faute). Comme l’explique le professeur Don Stuart dans son ouvrage *Canadian Criminal Law*, p. vii :

Our adversary system, which requires cases to be fairly put to impartial judges or juries, and the presumption of innocence, cannot work with legitimacy where there is confusion as to the applicable tests on even basic matters such as the fault requirement . . .

[24] Professor Stuart is not alone in this. He and other academics and law reform bodies have urged that the *Criminal Code* be amended to specify the mental element and fault requirement for each crime: see, e.g., Law Reform Commission of Canada, *Report on Recodifying Criminal Law* (1987), at pp. 17 and 21-25; Canadian Bar Association's Criminal Recodification Task Force, *Principles of Criminal Liability: Proposals for a New General Part of the Criminal Code of Canada* (1992), at pp. 41-49; D. Stuart, "A Case for a General Part", in D. Stuart, R. J. Delisle and A. Manson, eds., *Towards a Clear and Just Criminal Law: A Criminal Reports Forum* (1999), 95, at pp. 110-13.

[25] The shortcoming identified by Professor Stuart and other scholars is the source of the difficulty in determining whether an offence is one of general or specific intent. Legislative intervention is sorely needed to spell out the mental element of offences and to specify when intoxication short of automatism can be considered. However, until that day comes we are left with the existing regime. Therefore, before turning to the proper classification of the offence in s. 434 of the *Criminal Code*, I propose to review the analysis in *Daviault* in the hope of shedding a bit more light on the general/specific intent distinction.

(a) *The Decision in R. v. Daviault*

[26] In *Daviault*, this Court examined whether an accused who is in a state of extreme intoxication, akin to automatism, may rely on drunkenness as a defence to a general intent crime. In analysing

[TRANSLATION] Notre système accusatoire, qui exige que les causes soient soumises de façon équitable à des juges ou des jurés impartiaux, et la présomption d'innocence, ne peuvent fonctionner de façon légitime lorsque les critères applicables à des questions aussi fondamentales que les exigences en matière de faute sont confus . . .

[24] Le professeur Stuart n'est pas le seul à faire état du problème. D'autres auteurs de doctrine et organismes de réforme du droit ont joint leur voix à la sienne pour réclamer des modifications au *Code criminel* afin de préciser l'exigence relative à l'élément moral et à la faute pour chaque crime : voir, p. ex., Commission de réforme du droit du Canada, *Rapport pour une nouvelle codification du droit pénal* (1987), p. 17 et 22-28; Association du Barreau canadien, Groupe de travail sur la nouvelle codification du droit pénal, *Principes de responsabilité pénale : Proposition de nouvelles dispositions générales du Code criminel du Canada* (1992), p. 47-55; D. Stuart, « A Case for a General Part », dans D. Stuart, R. J. Delisle et A. Manson, dir., *Towards a Clear and Just Criminal Law : A Criminal Reports Forum* (1999), 95, p. 110-113.

[25] La lacune qu'ont décelée le professeur Stuart et d'autres auteurs est la source des difficultés que pose la question de savoir si une infraction requiert une intention générale ou spécifique. Il est essentiel que le législateur intervienne pour définir l'élément moral des infractions et préciser dans quels cas on peut tenir compte de l'intoxication sans automatisme. D'ici à ce qu'il le fasse, toutefois, il nous faut composer avec le régime actuel. Par conséquent, avant d'examiner dans quelle catégorie il convient de ranger l'infraction prévue à l'art. 434 du *Code criminel*, je me propose de reprendre l'analyse de l'arrêt *Daviault* dans l'espoir d'éclairer un peu plus la distinction entre l'intention générale et l'intention spécifique.

a) *L'arrêt R. c. Daviault*

[26] Dans *Daviault*, notre Cour s'est demandé si un accusé se trouvant dans un état d'intoxication extrême apparenté à l'automatisme pouvait invoquer l'ivresse comme moyen de défense à l'égard

this issue, the distinction between general and specific intent offences was discussed at some length by Sopinka J. (dissenting, but not on this point). He held that two factors help distinguish crimes of general intent from those of specific intent: first, “[t]he nature of the mental element and its relative importance” and second, “the social policy sought to be attained by criminalizing the particular conduct”: p. 122.

[27] Justice Sopinka specified that general intent crimes involve “the minimal intent to do the act which constitutes the *actus reus*”: *Daviault*, at p. 123. Because such crimes involve minimal thought and reasoning processes, even a high degree of intoxication short of automatism is unlikely to deprive the accused of the slight degree of mental acuity required to commit them (*ibid.*). In his view, this feature alone provided a sound policy basis for precluding reliance on the defence of intoxication (*ibid.*). Bearing in mind the common sense inference that a person intends the natural consequences of his or her actions, one can typically infer intent from the performance of the act. It is therefore logical that for crimes involving a minimal mental element, intoxication short of automatism will have no role to play. Moreover, as Sopinka J. observed, general intent crimes tend to be “offences that persons who are drunk are apt to commit” (*ibid.*). It followed, in his view, that allowing intoxication to operate as a defence would contradict the social policy underlying these crimes.

[28] In contrast, Sopinka J. held that specific intent crimes require a heightened mental element. For example, they often require “the formation of further ulterior motives and purposes”: *Daviault*, at p. 123, citing *Bernard*, at p. 880, per McIntyre J. Because such crimes require more complicated thought and reasoning processes, one can readily

d’un crime d’intention générale. En analysant cette question, le juge Sopinka (dissident, mais pas sur ce point) a examiné en profondeur la distinction entre les infractions d’intention générale et les infractions d’intention spécifique. Il a expliqué que deux facteurs contribuaient à distinguer les crimes d’intention générale des crimes d’intention spécifiques : en premier lieu, « [l]a nature et l’importance relative de l’élément moral » et, en second lieu, « la politique sociale que le législateur cherche à appliquer en criminalisant la conduite particulière visée » : p. 122.

[27] Le juge Sopinka a précisé que les infractions d’intention générale comportent « l’intention minimale d’accomplir l’acte qui constitue l’*actus reus* » : *Daviault*, p. 123. Comme ces crimes supposent un processus de pensée et de raisonnement minimal, il est peu probable que même l’accusé se trouvant dans un état d’intoxication avancé sans automatisme soit dépourvu du degré minimal d’acuité mentale nécessaire pour commettre les crimes en question (*ibid.*). À son avis, à lui seul, ce facteur offrait de solides considérations d’ordre public justifiant d’empêcher l’accusé d’invoquer la défense d’intoxication (*ibid.*). Si l’on tient compte du principe logique suivant lequel une personne est présumée vouloir les conséquences naturelles de ses actes, on peut normalement déduire l’intention de la perpétration de l’acte. Il est donc logique que, dans le cas des crimes comportant un élément moral minimal, l’intoxication sans automatisme ne joue aucun rôle. De plus, ainsi que le juge Sopinka l’a fait observer, les crimes d’intention générale sont généralement « [des] infractions que des personnes en état d’ébriété sont susceptibles de commettre » (*ibid.*). Il s’ensuit, selon lui, qu’admettre l’intoxication comme moyen de défense contredirait la politique sociale qui est à la base de la création de ces crimes.

[28] Par contre, le juge Sopinka a estimé que les crimes d’intention spécifique requièrent un élément moral plus élevé. Par exemple, ces crimes commandent souvent « l’existence d’autres motifs et desseins » : *Daviault*, p. 123-124, citant *Bernard*, p. 880, le juge McIntyre. Comme ces crimes nécessitent des processus de pensée et de raisonnement

understand how intoxication short of automatism may negate the required mental element. As such, specific intent offences are less likely to be the type of offences that intoxicated people are apt to commit. For that reason, policy considerations that might otherwise militate against a defence of intoxication are less pressing.

[29] Justice Sopinka noted another policy reason for permitting the defence of intoxication in respect of specific intent offences, namely, specific intent offences often include lesser offences that only require general intent. In such cases, an intoxicated offender will not escape punishment altogether: *Daviault*, at p. 124.

(b) *The Appropriate Approach to Classifying Specific and General Intent Offences*

[30] The analysis of whether an offence is one of specific or general intent must start with a determination of the mental element of the offence in question. This is an exercise in statutory interpretation. Care should be taken not to turn it into a factual assessment based on the circumstances of the particular case.

[31] After the mental element of the provision has been determined, the next question is whether the crime is one of general or specific intent. The distinction between general and specific intent offences is not a precise science. Logic, intuition, and policy all play a part. The task has proved formidable to those who have been schooled in criminal law, and daunting to those who have not.

[32] Be that as it may, the place to begin in determining the appropriate classification of the offence is

plus complexes, on peut aisément comprendre comment l'intoxication sans automatisme peut réduire à néant l'élément moral requis. Il est donc moins probable que les infractions d'intention spécifique correspondent au type d'infractions que des personnes en état d'ébriété sont susceptibles de commettre. Pour cette raison, les considérations de politique générale (« *policy considerations* »), appelées considérations d'ordre public dans *Daviault*, qui pourraient autrement militer contre une défense d'intoxication sont moins impérieuses.

[29] Le juge Sopinka a signalé l'existence d'une autre raison de politique générale qui justifierait de permettre la défense d'intoxication à l'égard des infractions d'intention spécifique, précisant qu'il arrivait fréquemment que ces infractions comprennent des infractions moindres qui exigeaient seulement une intention générale. En pareils cas, un contrevenant intoxiqué n'échappera pas à tout châtiment : *Daviault*, p. 124.

b) *Démarche à suivre pour qualifier une infraction d'infraction d'intention spécifique ou générale*

[30] Pour établir si une infraction est une infraction d'intention spécifique ou d'intention générale, il faut tout d'abord en déterminer l'élément moral. Cette analyse relève de l'interprétation des lois. Il faut se garder de transformer cette analyse en un examen des faits basé sur les circonstances propres à l'affaire.

[31] Après avoir déterminé l'élément moral de la disposition, il faut se demander s'il s'agit d'un crime d'intention générale ou spécifique. Établir une distinction entre les infractions d'intention générale et les infractions d'intention spécifique ne repose pas sur une science exacte. La logique, l'intuition et les considérations de politique générale ont toutes un rôle à jouer. Cette tâche s'est avérée ardue pour ceux qui ont étudié le droit criminel et redoutable pour les profanes.

[32] Quoi qu'il en soit, pour bien qualifier une infraction, il convient tout d'abord d'examiner la

to look to existing jurisprudence. Where the jurisprudence has already determined the appropriate classification of the offence in a satisfactory manner, the task is straightforward. For example, this Court has established that sexual assault is a general intent offence, whereas robbery and murder are specific intent offences: see *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29, and *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293 (sexual assault); *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871 (robbery); and *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146 (murder). For these offences and for others that have been satisfactorily addressed by existing jurisprudence, there is no need to examine the question again. The framework that follows is meant to clarify, not change the law as set out in *Daviault*. However, if the jurisprudence is unclear, courts must examine the factors outlined in *Daviault*, as clarified below, to resolve the question.

[33] While *Daviault* made clear that there are two main considerations when determining if intoxication short of automatism can be considered — the “importance” of the mental element, and the social policy underlying the offence — it left certain questions unanswered. First, it provided no clear explanation of what is meant by the “importance” of the mental element. Second, it did not specify whether policy considerations should always play a role in the analysis or whether they should only come into play if an examination of the mental element left unclear how the offence should be characterized. I turn to these questions in the hope of bringing some added clarity to an area of the law that continues to perplex and confound.

(i) The “Importance” of the Mental Element

[34] *Daviault* specified that the nature of the mental element and its “relative importance” form the basis for the analysis. Although Sopinka J. did not explain what he meant by the “importance” of the mental element, it is clear that he was referring to the complexity of the thought and reasoning processes that make up the mental element of a particular

jurisprudence existante. Lorsque l’infraction a déjà été qualifiée de façon satisfaisante dans la jurisprudence, la tâche est simple. Par exemple, notre Cour a établi que l’agression sexuelle est une infraction d’intention générale, alors que le vol qualifié et le meurtre sont des infractions d’intention spécifique : voir *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, et *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293 (agression sexuelle); *R. c. George*, [1960] R.C.S. 871 (vol qualifié); et *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146 (meurtre). Dans le cas de ces infractions et d’autres qui ont été examinées de façon satisfaisante par la jurisprudence existante, il n’est pas nécessaire de revoir la question. Le cadre d’analyse qui suit vise à clarifier l’état du droit exposé dans *Daviault*, et non à le modifier. Cependant, si la jurisprudence est incertaine, les tribunaux doivent examiner les facteurs qui ont été énoncés dans *Daviault* et précisés ci-dessous pour résoudre la question.

[33] Bien que l’arrêt *Daviault* ait indiqué de façon claire que deux facteurs principaux doivent être considérés pour décider si l’intoxication sans automatisme peut être invoquée — l’« importance » de l’élément moral et la politique sociale qui sous-tend la création de l’infraction — il a toutefois laissé certaines questions sans réponse. Premièrement, il n’a pas expliqué clairement ce qu’il faut entendre par l’« importance » de l’élément moral. Deuxièmement, il n’a pas précisé si les considérations de politique générale doivent toujours jouer un rôle dans cette analyse ou si elles ne doivent intervenir que si, après examen de l’élément moral, on ne sait toujours pas comment qualifier l’infraction. J’aborde ces questions dans l’espoir d’apporter quelques précisions supplémentaires dans un domaine du droit où subsistent encore l’incertitude et la confusion.

(i) L’« importance » de l’élément moral

[34] L’arrêt *Daviault* a précisé que la nature de l’élément moral et son « importance relative » constituent le fondement de l’analyse. Bien que le juge Sopinka n’ait pas expliqué ce qu’il entendait par l’« importance » de l’élément moral, il est clair qu’il faisait allusion à la complexité des processus de pensée et de raisonnement qui constituent l’élément

offence. The thought and reasoning processes for general intent crimes are relatively straightforward. In contrast, specific intent crimes — those crimes with a more “important” mental element — require a more sophisticated reasoning process.

[35] For general intent crimes, the mental element simply relates to the performance of an illegal act. Such crimes do not require an intent to bring about certain consequences that are external to the *actus reus*: *Bernard*, at p. 863; *George*, at p. 877 (per Fauteux J.). Assault is a classic example. The accused must intentionally apply force; however, there is no requirement that he intend to cause injury. Likewise, crimes of general intent do not require actual knowledge of certain circumstances or consequences, to the extent that such knowledge is the product of complex thought and reasoning processes. In each instance, the mental element is straightforward and requires little mental acuity.

[36] To be clear, when I refer to a mental element that is “straightforward” and involving “little mental acuity”, I am not creating a new legal standard for general intent offences. Rather, I am using these phrases synonymously with the descriptors used in *Daviault*: “minimal intent” and “minimal degree of consciousness”: p. 123.

[37] In contrast, specific intent offences involve a heightened mental element. In *Daviault*, Sopinka J. limited his discussion of specific intent offences to crimes involving an ulterior purpose. For such crimes, the accused must not only intend to do the act that constitutes the *actus reus*, he must also act with an ulterior purpose in mind: Manning and Sankoff, at p. 386. For example, assault with intent to resist arrest is an offence containing an ulterior purpose. The accused must not only commit the assault, he must also act with the ulterior purpose of resisting arrest. It is irrelevant whether he actually succeeds in resisting

moral d’une infraction déterminée. Les processus de pensée et de raisonnement sont relativement simples dans le cas des crimes d’intention générale. Par contre, les crimes d’intention spécifique — les crimes comportant un élément moral plus « important » — exigent un processus de raisonnement plus complexe.

[35] Dans le cas des crimes d’intention générale, l’élément moral se rattache simplement à la perpétration de l’acte illégal. De tels crimes n’exigent pas l’existence d’une intention de faire survenir certaines conséquences étrangères à l’*actus reus* : *Bernard*, p. 863; *George*, p. 877 (le juge Fauteux). Les voies de fait constituent un exemple classique. L’accusé doit recourir intentionnellement à la force; cependant, il n’est pas nécessaire qu’il ait l’intention de causer des blessures. De même, les crimes d’intention générale n’exigent pas la connaissance effective de certaines circonstances ou conséquences dans la mesure où cette connaissance est le produit de processus de pensée et de raisonnement complexes. Dans chaque cas, l’élément moral est simple et ne requiert qu’une faible acuité mentale.

[36] Je tiens à préciser que, quand je parle d’un élément moral « simple » qui suppose une « faible acuité mentale », je ne crée pas une nouvelle norme juridique applicable aux infractions d’intention générale. J’emploie plutôt ces expressions comme synonymes des termes descriptifs utilisés dans *Daviault*, soit « intention minimale » et « degré minimal de conscience » : p. 123.

[37] Par contre, les infractions d’intention spécifique supposent un élément moral plus élevé. Dans l’arrêt *Daviault*, le juge Sopinka a limité son analyse des infractions d’intention spécifique aux crimes comportant une intention cachée. Relativement à ces crimes, l’accusé doit non seulement avoir l’intention d’accomplir l’acte qui constitue l’*actus reus*, mais il doit également être motivé par une intention cachée : Manning et Sankoff, p. 386. Par exemple, des voies de fait commises dans l’intention de résister à une arrestation constituent une infraction comportant une intention cachée. L’accusé

arrest; the offence simply requires that he act with that purpose in mind.

[38] Although Sopinka J. restricted his discussion of specific intent offences to crimes involving an ulterior purpose, it would be a mistake to assume that an ulterior purpose is always required. To the contrary, a heightened mental element could take the form of a requirement that the accused intend and bring about certain consequences, if the formation of that intent involves more complex thought and reasoning processes. Murder provides a classic example. Equally, a heightened mental element could take the form of a requirement that the accused have actual knowledge of certain circumstances or consequences, where the knowledge is the product of more complex thought and reasoning processes: see, e.g., M. T. Thornton, “Making Sense of *Majewski*” (1981), 23 *Crim. L.Q.* 464, at p. 482. Possession of stolen property is one such crime. The accused must actually know or be willfully blind to the fact that the goods he or she possesses are stolen. Although this offence contains no ulterior purpose, the knowledge component renders the mental element more acute. Intoxication is therefore available as a defence for such crimes.

[39] To summarize, specific intent offences contain a heightened mental element. That element may take the form of an ulterior purpose or it may entail actual knowledge of certain circumstances or consequences, where the knowledge is the product of more complex thought and reasoning processes. Alternatively, it may involve intent to bring about certain consequences, if the formation of that intent involves more complex thought and reasoning processes. General intent offences, on the other hand, require very little mental acuity.

doit non seulement commettre les voies de fait, mais il doit également agir avec l’intention cachée de résister à l’arrestation. Il importe peu qu’il réussisse effectivement à résister à l’arrestation; l’infraction exige simplement qu’il agisse avec ce mobile en tête.

[38] Bien que le juge Sopinka ait limité son analyse des infractions d’intention spécifique aux crimes comportant une intention cachée, on aurait tort de supposer que l’existence d’une intention cachée est toujours nécessaire. Au contraire, l’élément moral plus élevé pourrait prendre la forme d’une exigence requérant que l’accusé ait eu l’intention de faire survenir certaines conséquences et les ait fait survenir, si la formation de cette intention implique des processus de pensée et de raisonnement plus complexes. Le meurtre est un exemple classique. De même, l’élément moral plus élevé pourrait se présenter sous la forme d’une exigence voulant que l’accusé soit effectivement conscient de certaines circonstances ou conséquences, où cette connaissance est le fruit de processus de pensée et de raisonnement plus complexes : voir, p. ex., M. T. Thornton, « Making Sense of *Majewski* » (1981), 23 *Crim. L.Q.* 464, p. 482. Le recel constitue un tel crime. L’accusé doit effectivement savoir que les biens en sa possession ont été volés ou faire preuve à cet égard d’un aveuglement volontaire. Quoique cette infraction ne comporte pas une intention cachée, la connaissance requise de l’accusé accentue davantage l’élément moral. L’intoxication peut donc être invoquée comme moyen de défense à l’égard de ces crimes.

[39] Pour résumer, les infractions d’intention spécifique comportent un élément moral plus élevé. Cet élément peut prendre la forme d’une intention cachée, ou requérir la connaissance effective de certains faits ou de certaines conséquences, où cette connaissance est le fruit de processus de pensée et de raisonnement plus complexes. À titre subsidiaire, il peut supposer l’intention de faire survenir certaines conséquences, si la formation de cette intention implique des processus de pensée et de raisonnement plus complexes. Quant à elles, les infractions d’intention générale exigent une acuité mentale minimale.

(ii) The Role of Policy

[40] The second question that *Daviault* left unanswered is the stage at which policy ought to be considered. Confusion remains about whether policy should be considered in every case or whether it should only come into play if an examination of the mental element leaves it unclear how the offence should be characterized.

[41] In my view, the most logical approach is to first examine the nature of the mental element. Only when this analysis fails to yield a clear answer should one turn to policy considerations. As *Daviault* explains, policy considerations are closely tied to the nature of the mental element. General intent crimes involve such minimal mental acuity that it is difficult to see how intoxication short of automatism could deprive the accused of the low level of intent required. This provides a strong policy reason for precluding reliance on intoxication for these offences: *Daviault*, at p. 123. It also explains why it is constitutionally permissible to render the intoxication defence unavailable for general intent offences: *ibid.*, at pp. 99-100. In contrast, one can more readily understand how the more complex thought and reasoning processes required for specific intent crimes may be negated by an accused's intoxication. For that reason, policy suggests that intoxication can be considered for specific intent crimes. The nature of the mental element is already intertwined with policy considerations. Thus, if an examination of the mental element clearly indicates how the offence should be characterized, there is little reason to resort to policy considerations.

[42] However, if an examination of the mental element does not provide a clear answer, policy

(ii) Le rôle des considérations de politique générale

[40] La seconde question que l'arrêt *Daviault* a laissée sans réponse est celle de savoir à quelle étape il y a lieu de tenir compte de considérations de politique générale. On ne sait pas toujours s'il faudrait tenir compte de telles considérations dans chaque cas ou si celles-ci ne devraient entrer en jeu que si l'examen de l'élément moral n'a pas permis de qualifier l'infraction.

[41] À mon avis, la méthode la plus logique consiste à examiner d'abord la nature de l'élément moral. Ce n'est que lorsque cette analyse ne permet pas d'obtenir une réponse claire que l'on devrait passer à l'examen des considérations de politique générale. Comme l'arrêt *Daviault* l'explique, ces considérations sont étroitement liées à la nature de l'élément moral. Les crimes d'intention générale comportent un degré d'acuité mentale si peu élevé qu'il est difficile de concevoir que l'intoxication sans automatisme puisse priver l'accusé du faible degré d'intention exigé. Il s'agit là d'une solide raison de politique générale justifiant que l'on refuse à l'accusé d'invoquer l'intoxication dans le cas de ces infractions : *Daviault*, p. 123. Cet arrêt explique aussi pourquoi la Constitution permet de rendre la défense d'intoxication inopposable aux infractions d'intention générale : *ibid.*, p. 99-100. En revanche, on peut plus aisément comprendre que l'état d'intoxication de l'accusé puisse réduire à néant les processus de pensée et de raisonnement plus complexes nécessaires dans le cas des crimes d'intention spécifique. C'est pourquoi des considérations de politique générale laissent croire à la possibilité de tenir compte de l'intoxication à l'égard des crimes d'intention spécifique. De par sa nature, l'élément moral est déjà indissociable de ces considérations. Par conséquent, si l'examen de l'élément moral indique clairement la façon de qualifier l'infraction, il y a peu de raison de recourir à des considérations de politique générale.

[42] Toutefois, si l'examen de l'élément moral ne permet pas d'obtenir une réponse claire, le recours

considerations may help resolve the question. In the main, the policy assessment will focus on whether alcohol consumption is habitually associated with the crime in question. If it is, then allowing an accused to rely on intoxication as a defence would seem counterintuitive. For example, intoxication is often associated with the crime of sexual assault. Allowing self-induced intoxication to provide an accused with a defence would be to endorse, if not promote, the very behaviour that has historically proved to be a root cause of the problem.¹ And while the law and common sense may not always coincide, we should not be looking for ways to send them scurrying in opposite directions. By the same token, where self-induced intoxication rarely, if ever, plays a role in the commission of a particular crime, preventing an accused from relying on it makes less sense from a policy perspective.

[43] As a general observation, and without setting out a general rule, alcohol habitually plays a role in crimes involving violent or unruly conduct: *Bernard*, at p. 880. It also tends to be prevalent in crimes involving damage to property. As such, it makes little sense from a policy perspective that it should provide a defence for crimes in which people or property are harmed or endangered: *Daviault*, at p. 123. Of course, there are well-established exceptions to this general proposition. Murder, for example, has long been considered a crime of specific intent for which the defence of intoxication is available. As *Daviault* explains, at p. 124, this is a function of the heightened thought and reasoning processes required, the gravity of the offence, the serious fixed punishment upon conviction, and the availability of the lesser included offence of manslaughter. It is therefore incorrect to state that intoxication may never be considered in crimes involving

¹ The *Criminal Code* now explicitly states that an accused may not rely on intoxication to support his mistaken belief in the complainant's consent: see s. 273.2. However, this was the position at common law long before s. 273.2 was enacted (S.C. 1992, c. 38, s. 1): see *Leary*.

aux considérations de politique générale peut aider à résoudre la question. L'examen de ces considérations portera essentiellement sur la question de savoir si la consommation d'alcool est habituellement associée au crime en question. Dans l'affirmative, il semblerait paradoxal de permettre à l'accusé d'invoquer l'intoxication comme moyen de défense. Par exemple, l'intoxication est souvent associée au crime d'agression sexuelle. Permettre à un accusé d'invoquer l'intoxication volontaire comme moyen de défense reviendrait à approuver, sinon à promouvoir, le comportement même qui s'est toujours révélé une des causes premières du problème¹. En outre, bien que le droit et le bon sens paraissent ne pas toujours coïncider, nous ne devrions pas pour autant chercher des façons de les projeter dans des directions opposées. Dans le même ordre d'idées, dans les cas où l'intoxication volontaire joue rarement, voire jamais, un rôle dans la perpétration d'un crime déterminé, il est moins logique, du point de vue de la politique générale, d'empêcher l'accusé d'invoquer ce moyen de défense.

[43] À titre d'observation générale, et sans poser un principe universel, l'alcool joue habituellement un rôle dans les crimes liés à un comportement violent ou désordonné : *Bernard*, p. 880. Il a également tendance à se retrouver fréquemment dans les crimes comportant des dommages aux biens. Il est donc peu logique du point de vue de la politique générale que l'alcool puisse être invoqué comme moyen de défense dans le cas de crimes causant des blessures, des dommages ou mettant en danger des personnes ou des biens : *Daviault*, p. 123. Il existe évidemment des exceptions bien connues à ce principe général. Le meurtre, par exemple, est depuis longtemps considéré comme un crime d'intention spécifique à l'égard duquel la défense d'intoxication peut être invoquée. Comme il est expliqué dans l'arrêt *Daviault*, p. 124, cette exception s'explique par les processus de pensée et de raisonnement plus poussés que ce crime implique, ainsi que par la

¹ Le *Code criminel* prévoit maintenant explicitement que l'accusé ne peut invoquer l'intoxication pour justifier le fait qu'il croyait à tort que le plaignant était consentant : voir l'art. 273.2. Ce principe était toutefois reconnu en common law bien avant l'édiction de l'art. 273.2 (L.C. 1992, c. 38, art. 1) : voir *Leary*.

violence against people or damage to property. However, given the prevalence of alcohol in these crimes, there are likely to be strong policy reasons militating against an intoxication-based defence.

[44] Although the main focus of the policy inquiry will be on whether alcohol is habitually associated with the crime in question, there are other residual policy considerations that may also come into play. As noted in *Daviault*, the presence of a lesser included general intent offence in the main offence may be relevant. In such cases, an accused who successfully relies on intoxication to negate the heightened mental element of the main offence can still be convicted of the lesser included offence. Drunkenness will provide no defence to the lesser offence. For example, an accused who successfully raises intoxication as a defence to a charge of assault with intent to resist arrest may still be convicted of the lesser included offence of assault. In these situations, the intoxicated offender will not escape punishment altogether. Consequently, there is less impetus to preclude the accused from advancing intoxication as a defence to the main offence.

[45] In addition, the presence of judicial sentencing discretion may be a factor to consider. If the crime is one for which the accused will receive a heavy minimum sentence upon conviction, it may be unduly harsh to preclude consideration of intoxication. However, if the judge has discretion to tailor the sentence to the facts of the case and to consider

gravité de l'infraction, par la gravité de la peine fixe infligée en cas de déclaration de culpabilité et par la possibilité que l'accusé soit reconnu coupable de l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable. Il est donc inexact d'affirmer que l'on ne peut jamais tenir compte de l'intoxication dans le cas de crimes comportant des actes de violence contre des personnes ou causant des dommages aux biens. Toutefois, comme la présence de l'alcool est fréquente dans le cas de ces crimes, il est probable que de solides raisons de politique générale militeront contre la possibilité de plaider l'intoxication comme moyen de défense.

[44] Même si l'examen des considérations de politique générale vise principalement à déterminer si l'alcool est habituellement associé au crime en question, d'autres considérations de cette nature peuvent aussi entrer en jeu. Comme l'a fait observer la Cour dans l'arrêt *Daviault*, l'existence d'une infraction d'intention générale moindre et incluse peut être un facteur pertinent. En pareils cas, l'accusé qui invoque avec succès son état d'intoxication en vue de réduire à néant l'élément moral plus élevé de l'infraction principale peut néanmoins être déclaré coupable de l'infraction moindre et incluse. L'ivresse ne lui offrira aucun moyen de défense à l'encontre de l'infraction moindre et incluse. Par exemple, un accusé qui plaide avec succès l'intoxication à l'encontre d'une accusation de voies de fait dans l'intention de résister à une arrestation peut quand même être reconnu coupable de l'infraction moindre et incluse de voies de fait. Dans une telle situation, le contrevenant intoxiqué n'échappera pas à tout châtiment. En conséquence, il y a moins d'intérêt à empêcher l'accusé d'avancer l'intoxication comme moyen de défense à l'encontre de l'infraction principale.

[45] De plus, l'existence du pouvoir discrétionnaire des tribunaux en matière de détermination de la peine peut être un facteur à considérer. S'il s'agit d'un crime pour lequel l'accusé se verra infliger une lourde peine minimale s'il est reconnu coupable, il peut être trop sévère d'empêcher la prise en compte de l'intoxication. Cependant, si le juge dispose du

the accused's intoxication as part of that assessment, precluding the accused from advancing a defence of intoxication is less worrisome: *Daviault*, at p. 124.

(2) The Application of the Legal Framework to the Section 434 Offence

[46] The crime of arson has existed for many years, and the *Criminal Code* provisions have gone through many iterations. Over the years, courts have been divided on whether the offence of arson in s. 434 (and its predecessors) is a crime of general or specific intent: see, e.g., *R. v. Swanson* (1989), 48 C.C.C. (3d) 316 (Y.T.C.A.) (specific intent); *R. v. Hudson* (1993), 88 Man. R. (2d) 150 (C.A.) (specific intent); and *R. v. Muma* (1989), 51 C.C.C. (3d) 85 (Ont. C.A.) (general intent), relying on *R. v. Schmidtke* (1985), 19 C.C.C. (3d) 390 (Ont. C.A.).

[47] Applying the framework outlined above to the offence of arson in s. 434, I am satisfied that s. 434 is a general intent offence for which intoxication falling short of automatism is not available as a defence. For convenience, I repeat the provision:

434. Every person who intentionally or recklessly causes damage by fire or explosion to property that is not wholly owned by that person is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

[48] The *actus reus* is the damaging of property by fire. The mental element is the intentional or reckless performance of the illegal act — the causing of damage to property. No additional knowledge or purpose is needed. No complex thought or reasoning processes are required. On its face, the

pouvoir discrétionnaire d'adapter la peine en fonction des faits de l'espèce et de tenir compte de l'état d'intoxication de l'accusé dans cette appréciation, il est moins préoccupant d'empêcher l'accusé de faire valoir la défense d'intoxication : *Daviault*, p. 124.

(2) Application du cadre juridique à l'infraction prévue à l'art. 434

[46] Le crime d'incendie criminel existe depuis de nombreuses années et les dispositions du *Code criminel* à ce sujet ont connu maintes versions. Au fil des ans, les tribunaux ont exprimé des opinions divergentes sur la question de savoir si l'infraction d'incendie criminel prévue à l'art. 434 (et les dispositions qui l'ont précédé) constitue un crime d'intention générale ou d'intention spécifique : voir, p. ex., *R. c. Swanson* (1989), 48 C.C.C. (3d) 316 (C.A.T.Y.) (intention spécifique); *R. c. Hudson* (1993), 88 Man. R. (2d) 150 (C.A.) (intention spécifique); *R. c. Muma* (1989), 51 C.C.C. (3d) 85 (C.A. Ont.) (intention générale), s'appuyant sur *R. c. Schmidtke* (1985), 19 C.C.C. (3d) 390 (C.A. Ont.).

[47] Appliquant le cadre exposé précédemment à l'infraction d'incendie criminel prévue à l'art. 434, je suis convaincu que cette disposition crée une infraction d'intention générale pour laquelle l'intoxication sans automatisme ne peut être invoquée comme moyen de défense. Par souci de commodité je reproduis de nouveau le texte de cette disposition :

434. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans quiconque, intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de son acte, cause par le feu ou par une explosion un dommage à un bien qui ne lui appartient pas en entier.

[48] Le fait de causer un dommage à un bien par le feu constitue l'*actus reus* de l'infraction. L'élément moral est l'accomplissement de l'acte illégal — à savoir le fait de causer un dommage à un bien — intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de cet acte. Aucun autre élément de

level of intent required for the offence would appear to be minimal.

[49] A majority of the Court of Appeal was concerned that if s. 434 were found to be a general intent offence, so as to preclude consideration of intoxication short of automatism, that would improperly transform the examination of recklessness into an objective inquiry. With respect, I cannot agree. Recklessness describes the act of one who sees the risk and acts without regard for the consequences: *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, at p. 582. It always involves a subjective inquiry — and this case is no exception. However, the offence of arson under s. 434 does not involve sophisticated reasoning. The risk of damage by fire is typically obvious, even when it involves a chain of events and not the simple application of a match to the property in question.

[50] I have difficulty seeing how intoxication short of automatism would prevent an accused from foreseeing the risk of causing damage to someone else's property by fire. Complex reasoning is not required to recognize the danger. Thus, preventing an accused from advancing the defence of intoxication does not transform recklessness into an objective inquiry. Rather, it recognizes the fact that intoxication short of automatism will not deprive an accused of the minimal intent required for this crime.

[51] In view of this conclusion, there is no need to resort to policy considerations to determine the availability of the defence of intoxication. However, had I found it necessary to do so, I would have reached the same conclusion.

[52] Section 434 involves damage to property. Damage to property is often associated with alcohol consumption. The present case is no exception.

connaissance ou mobile n'est nécessaire. Aucun processus de pensée ou de raisonnement complexe n'est requis. À première vue, le degré d'intention exigé dans le cas de cette infraction semble minime.

[49] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont exprimé l'inquiétude que, si l'infraction prévue à l'art. 434 était qualifiée d'infraction d'intention générale, empêchant ainsi la prise en considération de l'état d'intoxication sans automatisme, cela aurait pour effet de transformer à tort l'examen de l'insouciance en une analyse objective. En toute déférence, je ne peux souscrire à ce raisonnement. L'insouciance correspond à la conduite d'une personne qui, voyant le risque, agit néanmoins en faisant fi des conséquences : *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, p. 582. Elle suppose toujours une analyse subjective, et la présente affaire ne fait pas exception. Toutefois, le crime d'incendie criminel prévu à l'art. 434 n'implique pas un raisonnement poussé. Le risque de dommages causés par le feu est généralement évident, même lorsqu'il se manifeste dans un enchaînement d'événements et non par la simple application d'une allumette enflammée au bien en question.

[50] J'ai peine à voir comment l'intoxication sans automatisme empêche un accusé de prévoir le risque de causer un dommage à la propriété d'autrui par le feu. Un raisonnement complexe n'est pas nécessaire pour reconnaître ce danger. Par conséquent, empêcher un accusé de faire valoir une défense d'intoxication ne transforme pas l'examen de la question de l'insouciance en une analyse objective, mais reconnaît plutôt le fait que l'intoxication sans automatisme n'empêche pas l'accusé d'avoir eu l'intention minimale requise pour commettre ce crime.

[51] Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire de recourir à des considérations de politique générale pour décider si la défense d'intoxication peut être plaidée. Cependant, si j'avais jugé nécessaire de le faire, je serais parvenu à la même conclusion.

[52] L'article 434 vise les dommages causés à des biens. Le fait de causer des dommages aux biens est souvent associé à la consommation d'alcool. La

In my view, it would erode the policy underlying the offence of causing damage to property by fire if an accused could rely on self-induced intoxication as a defence.

[53] For these reasons, I am respectfully of the view that the trial judge and the majority of the Court of Appeal erred in characterizing s. 434 as a specific intent offence for which the defence of intoxication could be raised. Properly classified, s. 434 is a general intent offence, meaning that intoxication short of automatism may not be considered.

(3) Analysing Intent Under Section 434 of the Criminal Code

[54] Leaving aside the question of intoxication, ascertaining whether the intent required under s. 434 has been made out in a particular case can be a tricky exercise. As the trial judge and the majority of the Court of Appeal noted, there is a wide range of factual scenarios that may arise under s. 434 of the *Criminal Code*. Some cases may involve an accused who has set fire directly to the property in issue. Others, like this one, may involve an accused who has caused some object to catch fire, which in turn leads to damage to property. In the former, there is typically a ready-made inference that the accused intentionally or recklessly caused damage by fire. In the latter, such an inference may not be so obvious, and the assessment of intent can be obtuse. Without setting out a legal framework, I offer some suggestions that triers of fact may find helpful in deciding whether the requisite intent has been established.

[55] To begin, it must be remembered that the criminal act in s. 434 is not the setting of a fire. The conduct that has been criminalized is the causing of damage to property. The fire is simply the mechanism by which the damage must be caused. This distinction is crucial to the analysis.

présente affaire ne fait pas exception. À mon avis, on éroderait le respect des considérations de politique générale qui sont à l'origine de la création de l'infraction consistant à causer des dommages à des biens par le feu si l'on permettait à un accusé d'invoquer en défense son état d'intoxication volontaire.

[53] Pour ces motifs, et avec égards, je suis d'avis que le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur en qualifiant l'infraction prévue à l'art. 434 d'infraction d'intention spécifique à l'égard de laquelle la défense d'intoxication pouvait être invoquée. Il convient plutôt de qualifier cette infraction d'infraction d'intention générale, ce qui signifie que l'intoxication sans automatisme ne peut être considérée.

(3) Analyse de l'intention exigée à l'art. 434 du Code criminel

[54] Si l'on fait abstraction de la question de l'intoxication, déterminer si l'intention exigée à l'art. 434 a été établie dans un cas donné peut s'avérer une tâche délicate. Comme l'ont souligné le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d'appel, une vaste gamme de scénarios factuels peuvent se présenter dans l'application de l'art. 434 du *Code criminel*. Il est possible, dans certains cas, que l'accusé ait mis le feu directement au bien en cause. Dans d'autres, comme celui qui nous occupe, un objet peut avoir pris feu à cause de l'accusé, situation qui a entraîné des dommages à un bien. Dans le premier cas, on conclura habituellement de façon spontanée que l'accusé a, intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de ses actes, endommagé le bien par le feu. Dans le second, cette conclusion peut ne pas être aussi évidente et la détermination de l'intention peut se révéler laborieuse. Sans proposer un cadre juridique, voici certaines suggestions que les juges des faits pourraient trouver utiles pour décider si l'intention requise a été démontrée.

[55] D'entrée de jeu, il convient de se rappeler que l'acte criminel que réprime l'art. 434 n'est pas celui de mettre le feu, mais le fait de causer des dommages à un bien. Le feu est simplement le moyen qui doit avoir causé le dommage. Cette distinction est cruciale dans l'analyse.

[56] In assessing the issue of intent, the trier of fact must of course consider all of the surrounding circumstances. How the fire started is likely to be an important consideration. Specifically, was the fire set accidentally, negligently, recklessly, or intentionally? The answer to this question will not be dispositive since, as I have explained, the act of setting a fire is not the conduct that has been criminalized under s. 434. Nonetheless, it will provide important context for the intent analysis.

[57] Deciding how the fire started is only one of the factors a trier of fact may wish to consider. The end game involves looking at all of the surrounding circumstances to determine whether it can be inferred that the accused intended to cause damage to someone else's property or was reckless whether damage ensued or not. The mere fact that the fire was set intentionally or recklessly may not be enough to establish that the accused intentionally or recklessly caused damage to the property. Context is important and will play a key role in determining whether such an inference can be drawn. Consider, for instance, a homeowner who has started a controlled fire in an outdoor fire pit. If a gust of wind picks up some burning leaves from the fire pit and blows them onto a neighbour's shed 20 metres away, it does not follow that he intentionally or recklessly damaged the shed. Notwithstanding his intentional setting of the original fire — namely, the fire in the fire pit — the surrounding circumstances may show that he did not intentionally or recklessly cause damage to the shed: see, e.g., *R. v. S.D.D.*, 2002 NFCA 18, 211 Nfld. & P.E.I.R. 157.

[58] In contrast, there are many situations in which an accused has intentionally or recklessly started a fire and the surrounding circumstances make it clear

[56] Lorsqu'il examine la question de l'intention, le juge des faits doit évidemment tenir compte de l'ensemble des circonstances de l'infraction. La façon dont l'incendie a pris naissance sera probablement un facteur important. Plus précisément, l'incendie a-t-il été déclenché de façon accidentelle, par négligence, sans se soucier de ses conséquences ou intentionnellement? La réponse à cette question ne sera pas déterminante étant donné, comme je l'ai déjà expliqué, que l'acte consistant à mettre le feu n'est pas le comportement que criminalise l'art. 434. Néanmoins, elle fournira des données contextuelles importantes pour l'analyse de l'intention.

[57] Déterminer comment l'incendie a pris naissance n'est qu'un des facteurs que le juge des faits peut vouloir prendre en compte. Le but ultime consiste à examiner l'ensemble des circonstances de l'infraction pour décider s'il est possible d'en conclure que l'accusé entendait causer des dommages au bien d'autrui ou s'il ne s'est pas soucié que des dommages s'ensuivent ou non. Le simple fait que l'incendie ait été déclenché intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de cet acte ne sera peut-être pas suffisant pour démontrer que l'accusé a ainsi causé un dommage. Le contexte est important et il jouera un rôle clé pour décider si une telle conclusion peut être tirée. Prenons par exemple le cas du propriétaire d'un bien-fonds qui a allumé un feu dans un foyer extérieur et qui le surveille. Si une bourrasque soulève des feuilles enflammées du foyer et les souffle sur la remise d'un voisin située à une vingtaine de mètres de là, il ne s'ensuit pas que ce propriétaire a endommagé la remise intentionnellement ou sans se soucier des conséquences du fait d'allumer un feu. Malgré le fait qu'il a intentionnellement allumé le premier feu — en l'occurrence celui allumé dans le foyer — les circonstances de l'infraction pourraient démontrer qu'il n'a pas, intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de son acte, causé les dommages occasionnés à la remise : voir, p. ex., *R. c. S.D.D.*, 2002 NFCA 18, 211 Nfld. & P.E.I.R. 157.

[58] À l'opposé, il survient bien des situations où un accusé a déclenché un incendie intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de son

that he or she intended to cause damage to property or was reckless whether damage ensued. Take, for instance, a person who has deliberately set fire to a towel. If that person were to drop the towel on the carpet and walk away without making any effort to extinguish the fire, it may be inferred that he or she intended to cause damage to property or was reckless whether damage ensued.

[59] In summary, the determinative question is not how the fire was started, although the answer to that question may provide important context. An accused's guilt under s. 434 hinges on whether he or she intentionally or recklessly caused damage to the property in question. So long as the trier of fact keeps this important distinction in mind and examines the relevant context and surrounding circumstances, the analysis of intent under s. 434 should be relatively straightforward.

B. *Did the Trial Judge's Error Have a Material Bearing on the Acquittal?*

[60] Although I have concluded that the trial judge erred in finding that he could consider Mr. Tatton's state of intoxication, this does not fully dispose of the appeal. To obtain a new trial, the Crown must demonstrate that the error might reasonably have had a material bearing on the acquittal. The Crown has a heavy onus. As this Court explained in *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 14:

It has been long established, however, that an appeal by the Attorney General cannot succeed on an abstract or purely hypothetical possibility that the accused would have been convicted but for the error of law. Something more must be shown. It is the duty of the Crown in order to obtain a new trial to satisfy the appellate court that the error (or errors) of the trial judge might reasonably

acte et où il ressort clairement des circonstances de l'infraction que cette personne entendait causer un dommage à un bien ou qu'elle ne se souciait pas que ce dommage s'ensuive ou non. Prenons l'exemple de la personne qui met volontairement le feu à une serviette. Si cette personne laisse tomber la serviette sur un tapis et quitte les lieux sans faire quoi que ce soit pour éteindre les flammes, il est possible de conclure qu'elle avait l'intention de causer un dommage au bien ou qu'elle ne se souciait pas qu'un dommage s'ensuive ou non.

[59] En résumé, la question déterminante n'est pas de savoir comment le feu a pris naissance, quoique la réponse à cette question puisse fournir d'importantes données contextuelles. La culpabilité d'un accusé aux termes de l'art. 434 dépend de la réponse à la question de savoir s'il a, intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de son acte, causé un dommage au bien en question. Tant que le juge des faits n'oublie pas cette importante distinction et qu'il examine les circonstances et les données contextuelles pertinentes, l'analyse de l'intention requise pour l'application de l'art. 434 devrait être relativement simple.

B. *L'erreur du juge du procès a-t-elle eu une incidence significative sur l'acquiescement?*

[60] Bien que j'aie conclu que le juge de première instance a commis une erreur en estimant qu'il pouvait tenir compte de l'état d'intoxication de M. Tatton, cela ne décide pas entièrement le pourvoi. Pour obtenir la tenue d'un nouveau procès, le ministère public doit démontrer qu'il serait raisonnable de penser que l'erreur a eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement. Le ministère public doit s'acquiescer d'une lourde charge. Comme notre Cour l'a expliqué dans l'arrêt *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14 :

Il est cependant établi depuis longtemps qu'un appel interjeté par le procureur général ne saurait être accueilli sur une possibilité abstraite ou purement hypothétique selon laquelle l'accusé aurait été déclaré coupable, n'eût été l'erreur de droit. Il faut des moyens plus concrets. Pour obtenir un nouveau procès, le ministère public doit convaincre la cour d'appel qu'il serait raisonnable de

be thought, in the concrete reality of the case at hand, to have had a material bearing on the acquittal. The Attorney General is not required, however, to persuade us that the verdict would necessarily have been different.

[61] Mr. Tatton submits that the trial judge based the acquittal on the defence of accident and that intoxication had no bearing on the analysis. He therefore argues that the trial judge's error cannot reasonably be thought to have affected the verdict. The Crown, on the other hand, argues that the trial judge's reasons make it clear that he considered Mr. Tatton's intoxication in arriving at the verdict.

[62] I accept the Crown's submission. In my view, when the trial judge's reasons are read in their entirety, it is apparent that Mr. Tatton's intoxication played a material role in the outcome.

[63] In his reasons, the trial judge concentrated on the cause of the fire. In particular, the question he posed was whether he could be satisfied that Mr. Tatton intentionally or recklessly started the fire in the frying pan. At the outset of his analysis, the trial judge stated that to resolve this issue, he must determine whether Mr. Tatton's intoxication could be considered. The trial judge's reasons focus almost exclusively on this issue. If, as Mr. Tatton argues, the trial judge concluded that the fire was accidental — separate and apart from any role alcohol may have played — all of this analysis was unnecessary. In my view, it defies logic and common sense to suggest that the trial judge's decision to acquit was not influenced by his erroneous belief that he could take into account Mr. Tatton's state of intoxication.

[64] The trial judge's concluding remarks bear this out. In finding that he was left in a state of reasonable doubt, the trial judge stated that one of the questions troubling him was whether Mr. Tatton was "mentally able to carry out such a plan, in view of

penser, compte tenu des faits concrets de l'affaire, que l'erreur (ou les erreurs) du premier juge ont eu une incidence significative sur le verdict d'acquittal. Le procureur général n'est toutefois pas tenu de nous persuader que le verdict aurait nécessairement été différent.

[61] Monsieur Tatton plaide que le juge du procès a fondé son verdict d'acquittal sur la défense d'accident, et que l'intoxication n'a eu aucune incidence sur son analyse. Il soutient par conséquent qu'on ne saurait raisonnablement considérer que l'erreur du juge du procès a influé sur le verdict. Par contre, le ministère public prétend que les motifs du juge du procès démontrent clairement que ce dernier a tenu compte de l'état d'intoxication de M. Tatton pour arriver à son verdict.

[62] Je retiens l'argument du ministère public. À mon avis, lorsqu'on lit les motifs du juge du procès dans leur intégralité, il en ressort que l'état d'intoxication de M. Tatton a joué un rôle important dans l'issue de la cause.

[63] Dans ses motifs, le juge du procès s'est concentré sur la cause de l'incendie. En particulier, il s'est posé la question de savoir s'il était convaincu que M. Tatton avait mis le feu dans la poêle à frire intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de son geste. Dès le début de son analyse, le juge du procès a déclaré que, pour résoudre cette question, il devait décider s'il pouvait tenir compte de l'état d'intoxication de M. Tatton. Les motifs du juge du procès s'attachent presque exclusivement à cette question. Si, comme l'affirme M. Tatton, le juge du procès a conclu que l'incendie était accidentel — indépendamment de tout rôle qu'a pu jouer l'alcool — toute cette analyse était inutile. À mon avis, il serait inconcevable et illogique de prétendre que la décision du juge du procès d'acquitter M. Tatton n'a pas été influencée par la croyance erronée du juge qu'il pouvait tenir compte de l'état d'intoxication de M. Tatton.

[64] Les observations finales du juge du procès le confirment. En concluant qu'il subsistait dans son esprit un doute raisonnable, le juge du procès a déclaré qu'une des questions qui le troublaient était celle de savoir si M. Tatton [TRADUCTION] « possédait la

his drunken condition”: A.R., vol. I, at p. 81. Plainly, Mr. Tatton’s inebriation was at the forefront of the trial judge’s mind. Although the trial judge noted Mr. Tatton’s position that the fire was accidental, he did not explicitly make a finding of accident. Rather, he stated that he was not satisfied beyond a reasonable doubt that Mr. Tatton had acted intentionally or recklessly. While it is arguable that the trial judge based this conclusion on the defence of accident, the clear implication from his reasons is that it was Mr. Tatton’s state of intoxication that left him in a state of reasonable doubt as to whether Mr. Tatton acted with the requisite intent. That being so, I am satisfied that the test in *Graveline* has been met.

VI. Disposition

[65] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the acquittal, and order a new trial.

Appeal allowed.

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

Solicitors for the respondent: Gorrell, Greinkie & Rémillard, Morrisburg.

Solicitors for the intervener: Kapoor Barristers, Toronto.

capacité mentale d’exécuter un tel plan, vu son état d’ébriété » : d.a., vol. I, p. 81. De toute évidence, l’état d’ébriété de M. Tatton se trouvait au premier rang des considérations dans l’esprit du juge du procès. Quoiqu’il ait fait état de la thèse de M. Tatton suivant laquelle l’incendie était accidentel, le juge du procès n’a pas conclu explicitement à l’accident. Il a plutôt déclaré qu’il n’était pas convaincu hors de tout doute raisonnable que M. Tatton avait agi intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de son acte. Bien qu’il soit possible de soutenir que le juge du procès a fondé cette conclusion sur la défense d’accident, il ressort clairement de ses motifs que c’est l’état d’intoxication de M. Tatton qui a laissé subsister dans son esprit un doute raisonnable quant à la question de savoir si M. Tatton avait agi avec l’intention requise. En conséquence, je suis convaincu que le critère établi dans l’arrêt *Graveline* a été respecté.

VI. Dispositif

[65] Pour ces motifs, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler le verdict d’acquiescement et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l’appelante : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

Procureurs de l’intimé : Gorrell, Greinkie & Rémillard, Morrisburg.

Procureurs de l’intervenante : Kapoor Barristers, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Owen Edward Smith *Respondent*

and

**Santé Cannabis,
Criminal Lawyers' Association (Ontario),
Canadian Civil Liberties Association,
British Columbia Civil Liberties Association,
Canadian AIDS Society, Canadian HIV/AIDS
Legal Network and HIV & AIDS
Legal Clinic Ontario** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. SMITH

2015 SCC 34

File No.: 36059.

2015: March 20; 2015: June 11.

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

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

Constitutional law — Charter of Rights — Standing — Accused charged with possession and possession for purpose of trafficking of cannabis — Regulations limiting lawful possession of medical marihuana to dried forms — Accused not using marihuana for medical purposes but producing derivatives for sale outside regulatory scheme — Whether accused has standing to challenge constitutional validity of scheme — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 4(1), 5(2) — Marihuana Medical Access Regulations, SOR/2001-227.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Fundamental justice — Accused charged with possession and possession for purpose of trafficking of cannabis — Regulations limiting lawful possession of medical marihuana to dried forms — Whether limitation infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Owen Edward Smith *Intimé*

et

**Santé Cannabis,
Criminal Lawyers' Association (Ontario),
Association canadienne des libertés civiles,
Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique,
Société canadienne du sida,
Réseau juridique canadien VIH/sida et HIV
& AIDS Legal Clinic Ontario** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. SMITH

2015 CSC 34

N° du greffe : 36059.

2015 : 20 mars; 2015 : 11 juin.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Qualité pour agir — Accusé inculpé de possession de cannabis et de possession de cannabis en vue d'en faire le trafic — Règlement restreignant la possession légale de marihuana à des fins médicales à sa forme séchée — Accusé non consommateur de marihuana à des fins médicales, mais producteur de produits dérivés en vue de leur vente en dehors du régime réglementaire — L'accusé a-t-il qualité pour contester la validité constitutionnelle du régime? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19, art. 4(1), 5(2) — Règlement sur l'accès à la marihuana à des fins médicales, DORS/2001-227.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Accusé inculpé de possession de cannabis et de possession de cannabis en vue d'en faire le trafic — Règlement restreignant la possession légale de marihuana à des fins médicales à sa forme séchée — La restriction porte-t-elle atteinte au droit garanti par

justifiable under s. 1 of Charter — Appropriate remedy — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 4(1), 5(2) — Marihuana Medical Access Regulations, SOR/2001-227.

S produced edible and topical marihuana derivatives for sale by extracting the active compounds from the cannabis plant. He operated outside the *Marihuana Medical Access Regulations* (“*MMARs*”), which limit lawful possession of medical marihuana to “dried marihuana”. S does not himself use marihuana for medical purposes. The police charged him with possession and possession for purpose of trafficking of cannabis contrary to ss. 4(1) and 5(2), respectively, of the *Controlled Drugs and Substances Act* (“*CDSA*”). The trial judge held that the prohibition on non-dried forms of medical marihuana unjustifiably infringes s. 7 of the *Charter* and a majority of the Court of Appeal dismissed the appeal.

Held: The appeal should be dismissed, the Court of Appeal’s suspension of the declaration of invalidity deleted and S’s acquittal affirmed.

S has standing to challenge the constitutionality of the *MMARs*. Accused persons have standing to challenge the constitutionality of the law under which they are charged, even if the alleged unconstitutional effects are not directed at them, or even if not all possible remedies for the constitutional deficiency will end the charges against them.

The prohibition on possession of non-dried forms of medical marihuana limits the s. 7 *Charter* right to liberty of the person in two ways. First, the prohibition deprives S as well as medical marihuana users of their liberty by imposing a threat of imprisonment on conviction under s. 4(1) or s. 5(2) of the *CDSA*. Second, it limits the liberty of medical users by foreclosing reasonable medical choices through the threat of criminal prosecution. Similarly, by forcing a person to choose between a legal but inadequate treatment and an illegal but more effective one, the law also infringes security of the person.

l’art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Si oui, l’atteinte est-elle justifiable au regard de l’article premier de la Charte? — Réparation appropriée — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19, art. 4(1), 5(2) — Règlement sur l’accès à la marihuana à des fins médicales, DORS/2001-227.

S fabriquait, en vue de leur vente, des produits comestibles et des produits topiques à partir de la marihuana par l’extraction des composés actifs de la plante de cannabis. Il exerçait ses activités en dehors du cadre du régime établi par le *Règlement sur l’accès à la marihuana à des fins médicales* (le « *RAMFM* ») qui limite à la « marihuana séchée » la possession légitime de marihuana à des fins médicales. S ne consomme pas lui-même de marihuana à des fins médicales. La police a inculpé S de possession de cannabis et de possession de cannabis en vue d’en faire le trafic, infractions décrites respectivement aux par. 4(1) et 5(2) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* (la « *LRCDS* »). Le juge du procès a conclu que l’interdiction touchant les formes non séchées de marihuana utilisées à des fins médicales portait atteinte de façon injustifiable au droit protégé par l’art. 7 de la *Charte* et les juges majoritaires de la Cour d’appel ont rejeté l’appel.

Arrêt : L’appel est rejeté, la suspension de la déclaration d’invalidité prononcée par la Cour d’appel est supprimée et l’acquiescement de S est confirmé.

S a qualité pour contester la constitutionnalité du *RAMFM*. Tout accusé a qualité pour contester la constitutionnalité de la loi en vertu de laquelle il est inculpé, même si les effets inconstitutionnels allégués ne le visent pas personnellement et même si toute réparation possible à l’égard d’un vice constitutionnel ne mettra pas automatiquement fin aux accusations portées contre lui.

L’interdiction frappant la possession de formes non séchées de marihuana à des fins médicales limite de deux façons le droit à la liberté de la personne garanti par l’art. 7 de la *Charte*. Premièrement, elle prive S et les consommateurs de marihuana à des fins médicales de leur liberté en les exposant au risque d’être incarcérés s’ils sont reconnus coupables en application du par. 4(1) ou du par. 5(2) de la *LRCDS*. Deuxièmement, l’interdiction limite le droit à la liberté des consommateurs de marihuana à des fins médicales en les privant de choix médicaux raisonnables puisque certains de ceux-ci les exposent au risque d’une poursuite pénale. En outre, en contraignant ces personnes à choisir entre, d’une part, un traitement légal, mais inadéquat et, d’autre part, une solution illégale, mais plus efficace, la loi porte également atteinte à la sécurité de la personne.

These limits are contrary to the principles of fundamental justice because they are arbitrary; the effects of the prohibition contradict the objective of protecting health and safety. The evidence amply supports the trial judge's conclusions that inhaling marihuana can present health risks and that it is less effective for some conditions than administration of cannabis derivatives. In other words, there is no connection between the prohibition on non-dried forms of medical marihuana and the health and safety of the patients who qualify for legal access to medical marihuana.

In this case, the objective of the prohibition is the same under both the ss. 7 and 1 *Charter* analyses: the protection of health and safety. It follows that the same disconnect between the prohibition and its object that renders it arbitrary under s. 7 frustrates the requirement under s. 1 that the limit on the right be rationally connected to a pressing objective. The infringement of s. 7 is therefore not justified under s. 1.

However, ss. 4 and 5 of the *CDSA* should not be struck down in their entirety. The appropriate remedy is a declaration that these provisions are of no force and effect, to the extent that they prohibit a person with a medical authorization from possessing cannabis derivatives for medical purposes; however, that declaration is not suspended because it would leave patients without lawful medical treatment and the law and law enforcement in limbo.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Parker* (2000), 146 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Latchmana*, 2008 ONCJ 187, 170 C.R.R. (2d) 128; *R. v. Clay* (2000), 49 O.R. (3d) 577; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Hitzig v. Canada* (2003), 231 D.L.R. (4th) 104; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Ces limites sont contraires aux principes de justice fondamentale parce qu'elles sont arbitraires. Les effets de l'interdiction sont contraires à l'objectif de protection de la santé et de la sécurité. La preuve appuie amplement les conclusions qu'a tirées le juge de première instance suivant lesquelles inhaler de la marihuana peut présenter des risques pour la santé et est moins efficace dans le cas de certaines affections que l'administration de dérivés du cannabis. Autrement dit, il n'y a pas de lien entre l'interdiction frappant les formes non séchées de marihuana utilisées à des fins médicales et la santé et la sécurité des patients qui satisfont aux conditions prévues par la loi pour avoir accès à de la marihuana à des fins médicales.

En l'espèce, l'objectif de l'interdiction est le même dans les analyses fondées tant sur l'art. 7 que sur l'article premier de la *Charte* : la protection de la santé et de la sécurité. Par conséquent, la même absence de lien entre l'interdiction et son objet qui rend l'interdiction arbitraire pour l'application de l'art. 7 fait échec à l'exigence de l'article premier selon laquelle il doit exister un lien rationnel entre la restriction du droit et un objectif urgent. L'atteinte portée à l'art. 7 n'est donc pas justifiée au regard de l'article premier.

Les articles 4 et 5 de la *LRCDas* ne devraient toutefois pas être invalidés en entier. La réparation appropriée consiste à déclarer ces dispositions inopérantes dans la mesure où elles interdisent à une personne munie d'une autorisation médicale de posséder des dérivés du cannabis à des fins médicales; cette déclaration n'est toutefois pas suspendue parce que la suspendre ferait en sorte que les patients se retrouveraient sans traitement médical légal et que la loi et son application seraient laissées dans le flou.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Parker* (2000), 146 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Latchmana*, 2008 ONCJ 187, 170 C.R.R. (2d) 128; *R. c. Clay* (2000), 49 O.R. (3d) 577; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Hitzig c. Canada* (2003), 231 D.L.R. (4th) 104; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 4, 5, 55.
Food and Drugs Act, R.S.C. 1985, c. F-27.
Marihuana for Medical Purposes Regulations, SOR/2013-119.
Marihuana Medical Access Regulations, SOR/2001-227 [rep. 2013-119, s. 267], ss. 1 “dried marihuana”, 24, 34.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Levine, Chiasson and Garson J.J.A.), 2014 BCCA 322, 360 B.C.A.C. 66, 617 W.A.C. 66, 315 C.C.C. (3d) 36, 316 C.R.R. (2d) 205, 14 C.R. (7th) 81, [2014] B.C.J. No. 2097 (QL), 2014 CarswellBC 2383 (WL Can.), setting aside in part a decision of Johnston J., 2012 BCSC 544, 290 C.C.C. (3d) 91, 257 C.R.R. (2d) 129, [2012] B.C.J. No. 730 (QL), 2012 CarswellBC 1043 (WL Can.). Appeal dismissed.

W. Paul Riley, Q.C., and *Kevin Wilson*, for the appellant.

Kirk I. Tousaw, John W. Conroy, Q.C., *Matthew J. Jackson* and *Bibhas D. Vaze*, for the respondent.

Julius H. Grey and *Geneviève Grey*, for the intervenor Santé Cannabis.

Gerald Chan and *Nader R. Hasan*, for the intervenor the Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Andrew K. Lokan and *Debra McKenna*, for the intervenor the Canadian Civil Liberties Association.

Jason B. Gratl, for the intervenor the British Columbia Civil Liberties Association.

Written submissions only by *Paul Burstein, Ryan Peck* and *Richard Elliott*, for the intervenors the Canadian AIDS Society, the Canadian HIV/AIDS Legal Network and the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19, art. 4, 5, 55.
Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. 1985, c. F-27.
Règlement sur l'accès à la marihuana à des fins médicales, DORS/2001-227 [abr. 2013-119, art. 267], art. 1 « marihuana séchée », 24, 34.
Règlement sur la marihuana à des fins médicales, DORS/2013-119.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Levine, Chiasson et Garson), 2014 BCCA 322, 360 B.C.A.C. 66, 617 W.A.C. 66, 315 C.C.C. (3d) 36, 316 C.R.R. (2d) 205, 14 C.R. (7th) 81, [2014] B.C.J. No. 2097 (QL), 2014 CarswellBC 2383 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du juge Johnston, 2012 BCSC 544, 290 C.C.C. (3d) 91, 257 C.R.R. (2d) 129, [2012] B.C.J. No. 730 (QL), 2012 CarswellBC 1043 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

W. Paul Riley, c.r., et *Kevin Wilson*, pour l’appelante.

Kirk I. Tousaw, John W. Conroy, c.r., *Matthew J. Jackson* et *Bibhas D. Vaze*, pour l’intimé.

Julius H. Grey et *Geneviève Grey*, pour l’intervenante Santé Cannabis.

Gerald Chan et *Nader R. Hasan*, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Andrew K. Lokan et *Debra McKenna*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Jason B. Gratl, pour l’intervenante l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Paul Burstein, Ryan Peck* et *Richard Elliott*, pour les intervenants la Société canadienne du sida, le Réseau juridique canadien VIH/sida et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

The following is the judgment delivered by

Version française du jugement rendu par

[1] THE COURT — Regulations under the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 (“*CDSA*”), permit the use of marihuana for treating medical conditions. However, they confine medical access to “dried marihuana”, so that those who are legally authorized to possess marihuana for medical purposes are still prohibited from possessing cannabis products extracted from the active medicinal compounds in the cannabis plant. The result is that patients who obtain dried marihuana pursuant to that authorization cannot choose to administer it via an oral or topical treatment, but must inhale it, typically by smoking. Inhaling marihuana can present health risks and is less effective for some conditions than administration of cannabis derivatives.

[1] LA COUR — Le règlement pris en vertu de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19 (la « *LRCDas* »), permet la consommation de la marihuana pour le traitement d’un état pathologique. Toutefois, seule la « marihuana séchée » peut être utilisée à cette fin, de sorte qu’il est toujours interdit aux personnes légalement autorisées à posséder de la marihuana à des fins médicales de posséder des produits du cannabis extraits des composés médicinaux actifs présents dans la plante de cannabis. Il s’ensuit que les patients qui obtiennent de la marihuana séchée conformément à une telle autorisation ne peuvent choisir de l’administrer au moyen d’un traitement oral ou topique et qu’ils doivent l’inhaler, habituellement en la fumant. Or, inhaler de la marihuana peut présenter des risques pour la santé et est moins efficace dans le cas de certaines affections que l’administration de dérivés du cannabis.

[2] The parties accept the conclusion of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Parker* (2000), 146 C.C.C. (3d) 193, that a blanket prohibition on medical access to marihuana infringes the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This appeal requires us to decide whether a medical access regime that only permits access to dried marihuana unjustifiably violates the guarantee of life, liberty and security of the person contrary to s. 7 of the *Charter*. The British Columbia courts ruled it did, and we agree.

[2] Les parties acceptent la conclusion de la Cour d’appel de l’Ontario dans *R. c. Parker* (2000), 146 C.C.C. (3d) 193, selon laquelle une interdiction totale frappant l’accès médical à la marihuana porte atteinte à la *Charte canadienne des droits et libertés*. En l’espèce, nous sommes toutefois appelés à décider si un régime d’accès médical qui restreint l’accès à la marihuana uniquement à sa forme séchée porte atteinte de façon injustifiable au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne reconnu à l’art. 7 de la *Charte*. Les tribunaux de la Colombie-Britannique ont répondu par l’affirmative à cette question et nous abondons dans leur sens.

I. Background

[3] The *CDSA* prohibits the possession, production, and distribution of cannabis, its active compounds, and its derivatives. In recognition of the fact that controlled substances may have beneficial uses, the *CDSA* empowers the government to create exemptions by regulation for medical, scientific or industrial purposes (s. 55). The *Marihuana Medical Access Regulations*, SOR/2001-227 (“*MMARs*”), created such an exemption for people who could demonstrate a medical need for cannabis. Applicants

I. Contexte

[3] La *LRCDas* interdit la possession, la production et la distribution du cannabis, de ses composés actifs et de ses dérivés. Reconnaisant le fait que certaines substances désignées peuvent avoir des usages bénéfiques, la *LRCDas* habilite par ailleurs le gouvernement à créer par règlement des exemptions à des fins médicales, scientifiques ou industrielles (art. 55). Le *Règlement sur l’accès à la marihuana à des fins médicales*, DORS/2001-227 (le « *RAMFM* »), créait une telle exemption à

had to provide a declaration from a medical practitioner certifying that conventional treatments were ineffective or medically inappropriate for treatment of their medical condition. Once they had met all the regulatory requirements, patients were legally authorized to possess “dried marihuana”, defined as “harvested marihuana that has been subjected to any drying process” (s. 1). Some patients were authorized to grow their own marihuana, under a personal-use production licence (s. 24), while others obtained the drug from a designated licensed producer (s. 34).

[4] The *MMARs* were replaced in 2013 with the *Marihuana for Medical Purposes Regulations*, SOR/2013-119 (“*MMPRs*”). The new regime replaces the marihuana production scheme in the *MMARs* with a system of government-licensed producers. For the purposes of this appeal, however, the situation remains unchanged: for medical marihuana patients, the exemption from the *CDSA* offence is still confined to dried marihuana.

[5] The accused, Owen Edward Smith, worked for the Cannabis Buyers Club of Canada, located on Vancouver Island, in British Columbia. The Club sold marihuana and cannabis derivative products to members — people the Club was satisfied had a *bona fide* medical condition for which marihuana might provide relief, based on a doctor’s diagnosis or laboratory test. It sold not only dried marihuana for smoking, but edible and topical cannabis products — cookies, gel capsules, rubbing oil, topical patches, butters and lip balms. It also provided members with recipe books for how to make such products by extracting the active compounds from dried marihuana. Mr. Smith’s job was to produce edible and topical cannabis products for sale by extracting the active compounds from the cannabis plant. Mr. Smith does not himself use medical marihuana,

l’égard des personnes qui étaient en mesure de démontrer qu’elles avaient besoin de cannabis à des fins médicales. Le demandeur devait produire une déclaration fournie par un médecin certifiant que les traitements conventionnels s’étaient révélés inefficaces ou ne convenaient pas dans son cas. Après avoir satisfait à toutes les exigences réglementaires, le patient était légalement autorisé à posséder de la « marihuana séchée », définie comme suit : « [m]arihuana qui a été récoltée et soumise à un processus de séchage » (art. 1). Certains patients étaient autorisés à cultiver leur propre marihuana en vertu d’une licence de production à des fins personnelles (art. 24), alors que d’autres pouvaient se la procurer auprès du titulaire d’une licence de production à titre de personne désignée (art. 34).

[4] Le *RAMFM* a été remplacé en 2013 par le *Règlement sur la marihuana à des fins médicales*, DORS/2013-119 (le « *RMFM* »). Le nouveau régime remplace le système de production de marihuana que prévoyait le *RAMFM* par un système de producteurs autorisés par le gouvernement. Toutefois, aux fins du présent appel, la situation reste inchangée : pour les patients qui font usage de marihuana à des fins médicales, l’exception à l’infraction prévue par la *LRCDas* se limite toujours à la marihuana séchée.

[5] L’accusé, Owen Edward Smith, travaillait pour le Cannabis Buyers Club of Canada, situé sur l’île de Vancouver, en Colombie-Britannique. Le club vendait de la marihuana et des produits dérivés du cannabis à ses membres, des personnes dont le club était convaincu qu’elles souffraient de véritables problèmes de santé pouvant être soulagés par la marihuana, selon un diagnostic posé par un médecin ou des tests de laboratoire. Le club vendait non seulement de la marihuana séchée à fumer, mais également des produits du cannabis comestibles et topiques — des biscuits, des gélules, de l’huile à friction, des timbres transdermiques, du beurre et du baume à lèvres. Il fournissait également à ses membres des livres de recettes expliquant comment fabriquer les produits en question par l’extraction des composés actifs de la marihuana séchée. Le travail

and the Club did not have a production licence under the *MMARs*.

[6] On December 3, 2009, the police, responding to a complaint about an offensive smell, paid Mr. Smith a visit at his apartment in Victoria, and saw marihuana on a table. They obtained a search warrant and seized the apartment's inventory, which included 211 cannabis cookies, a bag of dried marihuana, and 26 jars of liquids whose labels included "massage oil" and "lip balm". Laboratory testing established that the cookies and the liquid in the jars contained tetrahydrocannabinol ("THC"), the main active compound in cannabis. THC, like the other active compounds in cannabis, does not fall under the *MMARs* exemption for dried marihuana. The police charged Mr. Smith with possession of THC for the purpose of trafficking contrary to s. 5(2) of the *CDSA*, and possession of cannabis contrary to s. 4(1) of the *CDSA*.

[7] At his trial before Johnston J., Mr. Smith argued that the *CDSA* prohibition on possession, in combination with the exemption in the *MMARs*, was inconsistent with s. 7 of the *Charter* and unconstitutional because it limits lawful possession of marihuana for medical purposes to "dried marihuana". Many witnesses, expert and lay, were called. At the end of the *voir dire*, the judge made the following findings (2012 BCSC 544, 290 C.C.C. (3d) 91):

(1) The active compounds of the cannabis plant, such as THC and cannabidiol, have established medical benefits and their therapeutic effect is generally accepted, although the precise basis for the benefits has not yet been established.

de M. Smith consistait à fabriquer, en vue de leur vente, des produits comestibles et des produits topiques à partir du cannabis par l'extraction des composés actifs de la plante de cannabis. M. Smith ne consomme pas personnellement de marihuana à des fins médicales et le club ne possédait pas de permis de production délivré sous le régime du *RAMFM*.

[6] Le 3 décembre 2009, répondant à une plainte faisant état d'une odeur désagréable, des policiers se sont présentés à l'appartement de M. Smith à Victoria et ont constaté la présence de marihuana sur une table. Ils ont obtenu un mandat de perquisition et ont saisi l'inventaire de l'appartement, dont 211 biscuits à base de cannabis, un sac de marihuana séchée et 26 contenants de liquide étiquetés notamment [TRADUCTION] « huile à massage » et « baume à lèvres ». Des tests de laboratoire ont démontré que les biscuits et le liquide présents dans les contenants renfermaient du tétrahydrocannabinol (du « THC »), le principal composé actif du cannabis. À l'instar des autres composés actifs du cannabis, le THC ne tombe pas sous le coup de l'exemption du *RAMFM* applicable à la marihuana séchée. La police a accusé M. Smith de possession de THC en vue d'en faire le trafic, infraction décrite au par. 5(2) de la *LRCDas*, et de possession de cannabis, infraction décrite au par. 4(1) de la *LRCDas*.

[7] Lors de son procès devant le juge Johnston, M. Smith a soutenu que, combinée à l'exemption accordée dans le *RAMFM*, l'interdiction de posséder de la marihuana prévue par la *LRCDas* contrevenait à l'art. 7 de la *Charte* et était inconstitutionnelle parce qu'elle limitait à la « marihuana séchée » la possession légitime de marihuana à des fins médicales. De nombreux témoins, tant experts que profanes, ont été appelés à la barre. À la fin du *voir-dire*, le juge a tiré les conclusions suivantes (2012 BCSC 544, 290 C.C.C. (3d) 91) :

(1) Il a été démontré que les composés actifs de la plante de cannabis, tels que le THC et le cannabidiol, ont des effets médicaux bénéfiques et leur effet thérapeutique est généralement admis, bien que le fondement précis de ces effets bénéfiques n'ait pas encore été établi.

- (2) Different methods of administering marijuana offer different medical benefits. For example, oral ingestion of the active compounds, whether by way of products baked with THC-infused oil or butter, or gel capsules filled with the active compounds, may aid gastro-intestinal conditions by direct delivery to the site of the pathology. Further, oral administration results in a slower build-up and longer retention of active compounds in the system than inhaling, allowing the medical benefits to continue over a longer period of time, including while the patient is asleep. It is therefore more appropriate for chronic conditions.
- (2) Les divers modes d'administration de la marijuana présentent différents avantages sur le plan médical. Par exemple, l'ingestion orale des composés actifs, que ce soit sous forme de produits cuits avec de l'huile contenant du THC ou avec du beurre ou sous forme de gélules remplies des composés actifs en question, peut soulager des problèmes gastro-intestinaux parce que ces composés sont acheminés directement vers le site même de la pathologie. De plus, l'administration par voie orale favorise une accumulation plus lente et une rétention plus longue des composés actifs dans le système que l'inhalation, ce qui permet aux effets médicaux bénéfiques de durer plus longtemps, notamment pendant le sommeil du patient. Ce mode d'administration convient donc davantage dans le cas de maladies chroniques.
- (3) Inhaling marijuana, typically through smoking, provides quick access to the medical benefits of cannabis, but also has harmful side effects. Although less harmful than tobacco smoke, smoking marijuana presents acknowledged risks, as it exposes patients to carcinogenic chemicals and is associated with bronchial disorders.
- (3) Le fait d'inhaler la marijuana, habituellement en la fumant, permet de profiter rapidement des effets bénéfiques du cannabis, mais comporte aussi des effets secondaires dommageables. Bien que moins nocif que l'usage du tabac, le fait de fumer de la marijuana présente des risques reconnus, parce qu'il expose les patients à des produits chimiques cancérigènes et qu'il est associé à des troubles bronchiques.

[8] The trial judge found that the restriction to dried marijuana deprives Mr. Smith and medical marijuana users of their liberty by imposing a threat of prosecution and incarceration for possession of the active compounds in cannabis. He also found that it deprives medical users of the liberty to choose how to take medication they are authorized to possess, a decision which he characterized as “of fundamental personal importance”, contrary to s. 7 of the *Charter* (para. 88). These limits offend the principles of fundamental justice because they are arbitrary; limiting the medical exemption to dried marijuana does “little or nothing” to enhance the state’s interest in preventing diversion of illegal drugs or in controlling false and misleading claims of medical benefit (para. 114). For the same reason,

[8] Le juge de première instance a conclu que la restriction de l'accès à la marijuana uniquement sous forme de plante séchée privait M. Smith et les consommateurs de marijuana à des fins médicales de leur liberté en les exposant à des menaces de poursuites et d'incarcération pour possession des composés actifs du cannabis. Il a ajouté que cette restriction privait les consommateurs de marijuana à des fins médicales de la liberté de choisir le mode d'administration d'un médicament qu'ils étaient autorisés à posséder — une décision qui, à son sens, revêtait [TRADUCTION] « une importance fondamentale sur le plan personnel » —, en contradiction de l'art. 7 de la *Charte* (par. 88). En outre, à son avis, la restriction en question violait les principes de justice fondamentale en raison de son

the trial judge held that the restriction is not rationally connected to its objectives, and hence not justified under s. 1 of the *Charter*.

[9] The majority of the Court of Appeal upheld the trial judge's conclusions on the evidence and the constitutional issues, although it characterized the object of the prohibition more broadly, as the protection of health and safety (2014 BCCA 322, 360 B.C.A.C. 66). Chiasson J.A., dissenting, held that Mr. Smith did not have standing to raise the constitutional issue, and that in any event the restriction did not violate s. 7 because medical users could legally convert dried marihuana into other forms.

II. Discussion

[10] Three issues arise: Mr. Smith's standing to challenge the constitutionality of the prohibition; the constitutionality of the prohibition; and the appropriate remedy.

A. *Standing*

[11] The first question is whether Mr. Smith has standing to challenge the constitutionality of the prohibition. We conclude that he does. The Crown took no issue with Mr. Smith's standing at trial. On appeal, although the issue was canvassed in oral argument, the Crown acknowledged that the principle "that no one can be convicted of an offence under an unconstitutional law" applied to Mr. Smith (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 313; C.A. reasons, at para. 147). Before this Court, the

caractère arbitraire; limiter l'exemption médicale à la marihuana séchée ne faisait « que peu ou rien » pour promouvoir l'intérêt de l'État à empêcher le détournement de drogues vers le marché illégal ou pour contrôler les prétentions fausses ou trompeuses de bénéfices pour la santé (par. 114). Pour la même raison, le juge de première instance a estimé qu'il n'existait pas de lien rationnel entre la restriction et les objectifs qu'elle visait, et que la restriction n'était donc pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

[9] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé les conclusions tirées par le juge de première instance relativement à la preuve et aux questions constitutionnelles; ils ont toutefois décrit d'une manière plus générale l'objet de l'interdiction, qui visait selon eux la protection de la santé et de la sécurité (2014 BCCA 322, 360 B.C.A.C. 66). Le juge Chiasson, dissident, a estimé que M. Smith n'avait pas qualité pour soulever la question constitutionnelle et qu'en tout état de cause, la restriction ne violait pas l'art. 7 parce que les consommateurs de marihuana à des fins médicales pouvaient légalement transformer la marihuana séchée en d'autres formes.

II. Analyse

[10] Le présent pourvoi soulève trois questions : la qualité de M. Smith pour contester la constitutionnalité de l'interdiction, la constitutionnalité de l'interdiction et la réparation appropriée.

A. *Qualité pour agir*

[11] La première question est celle de savoir si M. Smith a qualité pour contester la constitutionnalité de l'interdiction. Nous concluons qu'il a effectivement cette qualité. Le ministère public ne s'est pas opposé au procès à la qualité pour agir de M. Smith. En appel, bien que la question ait été évoquée lors de sa plaidoirie orale, le ministère public a reconnu que le principe selon lequel « nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à une loi inconstitutionnelle » s'applique à M. Smith (*R. c. Big M Drug Mart*

Crown adopted Chiasson J.A.'s dissenting position, arguing that Mr. Smith does not have standing because he does not himself use medical marihuana and operated outside the regulatory scheme. The restriction to dried marihuana therefore has “nothing to do with him” (C.A. reasons, at para. 151).

[12] This overlooks the role the *MMARs* play in the statutory scheme. They operate as an exception to the offence provisions under which Mr. Smith was charged, ss. 4 and 5 of the *CDSA*. As the majority of the Court of Appeal said, the issue is whether those sections of the *CDSA*, “as modified by the *MMARs*, deprive people authorized to possess marijuana of a constitutionally protected right by restricting the exemption from criminal prosecution to possession of dried marijuana” (para. 85). Nor does the fact that Mr. Smith is not a medical marihuana user and does not have a production licence under the regime mean he has no standing. Accused persons have standing to challenge the constitutionality of the law they are charged under, even if the alleged unconstitutional effects are not directed at them: see *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Big M Drug Mart*. Nor need accused persons show that all possible remedies for the constitutional deficiency will as a matter of course end the charges against them. In cases where a claimant challenges a law by arguing that the law’s impact on other persons is inconsistent with the *Charter*, it is always possible that a remedy issued under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* will not touch on the claimant’s own situation: see *R. v. Latchmana*, 2008 ONCJ 187, 170 C.R.R. (2d) 128, at para. 16; *R. v. Clay* (2000), 49 O.R. (3d) 577 (C.A.).

Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295, p. 313; motifs de la C.A., par. 147). Devant la Cour, le ministère public a repris la position dissidente du juge Chiasson en faisant valoir que M. Smith n’avait pas qualité pour agir parce qu’il ne consomme pas lui-même de marihuana à des fins médicales et qu’il exerçait ses activités en dehors du cadre du régime de réglementation. Le fait que l’exemption se restreigne à la marihuana séchée n’a donc [TRADUCTION] « rien à voir avec lui » (motifs de la C.A., par. 151).

[12] Cette thèse ne tient pas compte du rôle que joue le *RAMFM* dans le régime législatif. Le *RAMFM* constitue une exception aux dispositions pénales en vertu desquelles M. Smith a été accusé, en l’occurrence les art. 4 et 5 de la *LRC-DAS*. Comme l’ont expliqué les juges majoritaires de la Cour d’appel, il faut déterminer si ces dispositions de la *LRC-DAS*, [TRADUCTION] « telles qu’elles sont modifiées par le *RAMFM*, privent les personnes autorisées à posséder de la marihuana d’un droit qui leur est garanti par la Constitution en limitant leur protection contre des poursuites criminelles aux seuls cas où elles possèdent de la marihuana séchée » (par. 85). Le fait que M. Smith ne soit pas un consommateur de marihuana à des fins médicales et qu’il ne soit pas titulaire d’une licence de production conformément au régime ne signifie pas non plus qu’il n’a pas qualité pour agir. Tout accusé a qualité pour contester la constitutionnalité de la loi en vertu de laquelle il est inculpé, même si les effets inconstitutionnels allégués ne le visent pas personnellement (voir *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Big M Drug Mart*). Il n’est pas non plus nécessaire que l’accusé démontre que toute réparation possible à l’égard d’un vice constitutionnel mettra automatiquement fin aux accusations portées contre lui. Lorsqu’un demandeur conteste une loi en faisant valoir que son incidence à l’égard d’autres personnes est incompatible avec la *Charte*, il est toujours possible qu’une réparation accordée en application de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne porte pas sur la situation particulière du demandeur (voir *R. c. Latchmana*, 2008 ONCJ 187, 170 C.R.R. (2d) 128, par. 16; *R. c. Clay* (2000), 49 O.R. (3d) 577 (C.A.)).

[13] In this case, the constitutionality of the statutory provision under which Mr. Smith is charged is directly dependent on the constitutionality of the medical exemption provided by the *MMARs*: see *Parker*. He is therefore entitled to challenge it.

B. *The Constitutionality of the Prohibition*

[14] This appeal asks the Court to determine whether restricting medical access to marihuana to dried marihuana violates s. 7 of the *Charter*:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

[15] Section 7 permits the law to limit life, liberty and security of the person, provided it does so in a way that is not contrary to the principles of fundamental justice.

[16] The first question in the s. 7 analysis is whether the law limits life, liberty or security of the person. We conclude that it does. The legislative scheme's restriction of medical marihuana to dried marihuana limits s. 7 rights in two ways.

[17] First, the prohibition on possession of cannabis derivatives infringes Mr. Smith's liberty interest, by exposing him to the threat of imprisonment on conviction under s. 4(1) or s. 5(2) of the *CDSA*. Any offence that includes incarceration in the range of possible sanctions engages liberty: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 515. The prohibition also engages the liberty interest of medical marihuana users, as they could face criminal sanctions if they produce or possess cannabis products other than dried marihuana. We cannot accede to the dissenting judge's position on this point: the *MMARs* do not authorize medical marihuana users to convert dried marihuana into its active compounds. An authorization to possess medical marihuana is no

[13] En l'espèce, la constitutionnalité de la disposition législative en application de laquelle M. Smith est accusé dépend directement de la constitutionnalité de l'exemption médicale prévue par le *RAMFM* (voir *Parker*). Il est donc autorisé à la contester.

B. *Constitutionnalité de l'interdiction*

[14] Dans le cadre du présent pourvoi, la Cour est appelée à décider si le fait de restreindre l'accès médical à la marihuana uniquement à sa forme séchée viole l'art. 7 de la *Charte* :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[15] L'article 7 permet au législateur de limiter le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, à condition de le faire en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[16] La première question à se poser dans le cadre de l'analyse fondée sur l'art. 7 est celle de savoir si la loi limite le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. À notre avis, c'est effectivement le cas. Le fait que le régime législatif restreigne l'accès à la marihuana à des fins médicales uniquement à sa forme séchée limite de deux façons les droits garantis à l'art. 7.

[17] En premier lieu, l'interdiction de posséder des dérivés du cannabis porte atteinte au droit à la liberté de M. Smith en l'exposant au risque d'être incarcéré s'il est reconnu coupable en application du par. 4(1) ou du par. 5(2) de la *LRCDAS*. Toute infraction dont l'incarcération constitue l'une des sanctions possibles fait intervenir le droit à la liberté (*Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 515). L'interdiction en question fait également intervenir le droit à la liberté des consommateurs de marihuana à des fins médicales, car ces personnes s'exposent à des sanctions criminelles si elles produisent ou possèdent des produits du cannabis autres que de la marihuana séchée. Nous ne pouvons souscrire au point de vue exprimé par le

defence for a patient found in possession of an alternate dosage form, such as cannabis cookies, THC-infused massage oil, or gel capsules filled with THC.

[18] Second, the prohibition on possession of active cannabis compounds for medical purposes limits liberty by foreclosing reasonable medical choices through the threat of criminal prosecution: *Parker*, at para. 92. In this case, the state prevents people who have already established a legitimate need for marijuana — a need the legislative scheme purports to accommodate — from choosing the method of administration of the drug. On the evidence accepted by the trial judge, this denial is not trivial; it subjects the person to the risk of cancer and bronchial infections associated with smoking dry marijuana, and precludes the possibility of choosing a more effective treatment. Similarly, by forcing a person to choose between a legal but inadequate treatment and an illegal but more effective choice, the law also infringes security of the person: *Morgentaler; Hitzig v. Canada* (2003), 231 D.L.R. (4th) 104 (Ont. C.A.).

[19] The Crown says that the evidence adduced on the *voir dire* did not establish that the prohibition on alternative forms of cannabis intruded on any s. 7 interest, beyond the deprivation of physical liberty imposed by the criminal sanction. It says that the evidence did not prove that alternative forms of medical marijuana had any therapeutic benefit; at most it established that the patient witnesses preferred cannabis products to other treatment options. This submission runs counter to the findings of fact made by the trial judge. After a careful review of extensive expert and personal evidence, the trial judge concluded that in some circumstances the use

judge dissident sur ce point : le *RAMFM* n'autorise pas les consommateurs de marijuana à des fins médicales à transformer la marijuana séchée en ses composés actifs. L'autorisation de posséder de la marijuana à des fins médicales ne peut être invoquée comme moyen de défense par un patient ayant en sa possession une autre forme médicamenteuse de cette drogue, comme des biscuits au cannabis, de l'huile de massage contenant du THC ou des gélules remplies de THC.

[18] En second lieu, l'interdiction frappant la possession des composés actifs du cannabis à des fins médicales limite le droit à la liberté des patients en les privant de la possibilité de faire des choix médicaux raisonnables en raison de la menace de poursuites pénales (*Parker*, par. 92). En l'espèce, l'État refuse aux gens qui ont déjà démontré leur besoin légitime de marijuana — un besoin auquel le régime législatif est censé répondre — la possibilité de choisir le mode d'administration de la drogue. Suivant la preuve acceptée par le juge de première instance, ce refus n'est pas banal; il expose les personnes visées aux risques de contracter un cancer ou des infections des bronches qui sont associés au fait de fumer de la marijuana sèche, et les empêche de choisir un traitement plus efficace. En outre, en contraignant ces personnes à choisir entre, d'une part, un traitement légal, mais inadéquat et, d'autre part, une solution illégale, mais plus efficace, la loi porte également atteinte à la sécurité de la personne (*Morgentaler; Hitzig c. Canada* (2003), 231 D.L.R. (4th) 104 (C.A. Ont.)).

[19] Le ministère public a affirmé que la preuve présentée lors du *voir-dire* n'avait pas établi que l'interdiction des autres formes de cannabis contrevenait à un quelconque droit garanti à l'art. 7, si l'on faisait abstraction de la privation de liberté découlant de la sanction criminelle. Selon lui, la preuve n'a pas démontré que les autres formes d'utilisation médicale de la marijuana avaient quelque effet thérapeutique que ce soit; elle établissait tout au plus que les patients qui avaient témoigné préféraient les produits du cannabis à d'autres options de traitement. Cet argument va à l'encontre des conclusions de fait tirées par le juge de première instance. Après

of cannabis derivatives is more effective and less dangerous than smoking or otherwise inhaling dried marihuana. A trial judge's conclusions on issues of fact cannot be set aside unless they are unsupported by the evidence or otherwise manifestly in error: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. The evidence amply supports the trial judge's conclusions on the benefits of alternative forms of marihuana treatment; indeed, even the Health Canada materials filed by the Crown's expert witness indicated that oral ingestion of cannabis may be appropriate or beneficial for certain conditions.

[20] The expert evidence, along with the anecdotal evidence from the medical marihuana patients who testified, did more than establish a subjective preference for oral or topical treatment forms. The fact that the lay witnesses did not provide medical reports asserting a medical need for an alternative form of cannabis is not, as the Crown suggests, determinative of the analysis under s. 7. While it is not necessary to conclusively determine the threshold for the engagement of s. 7 in the medical context, we agree with the majority at the Court of Appeal that it is met by the facts of this case. The evidence demonstrated that the decision to use non-dried forms of marihuana for treatment of some serious health conditions is medically reasonable. To put it another way, there are cases where alternative forms of cannabis will be "reasonably required" for the treatment of serious illnesses (C.A. reasons, at para. 103). In our view, in those circumstances, the criminalization of access to the treatment in question infringes liberty and security of the person.

avoir analysé soigneusement les nombreux témoignages d'experts et témoignages personnels, le juge de première instance a conclu que, dans certaines circonstances, l'utilisation de dérivés du cannabis était plus efficace et moins dangereuse que le fait de fumer ou d'inhaler sous une autre forme de la marihuana séchée. Les conclusions tirées par le juge de première instance sur des questions de fait ne peuvent être écartées que si elles ne reposent pas sur la preuve ou si elles sont manifestement erronées (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235). Or, la preuve appuie amplement les conclusions qu'a tirées le juge de première instance au sujet des avantages que comportent les autres formes de traitement à la marihuana; d'ailleurs, même la documentation de Santé Canada déposée par le témoin expert du ministère public indique que l'ingestion orale de cannabis peut être appropriée ou bénéfique dans le cas de certaines affections.

[20] Les témoignages d'experts, ainsi que les témoignages anecdotiques de patients consommant de la marihuana à des fins thérapeutiques, établissent davantage qu'une préférence subjective pour les formes de traitement par voie orale ou topique. Le fait que les témoins profanes n'aient pas soumis de rapports médicaux affirmant qu'il est nécessaire, sur le plan médical, de recourir à une autre forme de cannabis n'est pas, contrairement à ce que prétend le ministère public, déterminant dans le cas de l'analyse effectuée pour l'application de l'art. 7. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de déterminer de manière concluante le seuil justifiant l'application de l'art. 7 dans le contexte médical, nous convenons avec les juges majoritaires de la Cour d'appel que ce seuil est atteint eu égard aux faits de l'espèce. La preuve a démontré que la décision d'utiliser des formes non séchées de marihuana pour le traitement de pathologies graves est raisonnable sur le plan médical. Autrement dit, il y a des cas où d'autres formes de cannabis seront [TRADUCTION] « raisonnablement nécessaires » pour le traitement de maladies graves (motifs de la C.A., par. 103). À notre avis, en pareilles circonstances, la criminalisation de l'accès au traitement en question porte atteinte à la liberté et à la sécurité de la personne.

[21] We conclude that the prohibition on possession of non-dried forms of medical marihuana limits liberty and security of the person, engaging s. 7 of the *Charter*. This leaves the second question — whether this limitation is contrary to the principles of fundamental justice.

[22] The trial judge found that the limits on liberty and security of the person imposed by the law were not in accordance with the principles of fundamental justice, because the restriction was arbitrary, doing “little or nothing” to further its objectives, which he took to be the control of illegal drugs or false and misleading claims of medical benefit. The majority of the Court of Appeal, which found that the objective of the prohibition was the protection of public health and safety (relying on *Hitzig* and *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134), likewise concluded it did not further that objective and was thus arbitrary and contrary to the principles of fundamental justice.

[23] It is necessary to determine the object of the prohibition, since a law is only arbitrary if it imposes limits on liberty or security of the person that have no connection to its purpose: *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 98.

[24] The Crown does not challenge the Court of Appeal’s conclusion that the object of the prohibition on non-dried forms of medical marihuana is the protection of health and safety. However, it goes further, arguing that the restriction protects health and safety by ensuring that drugs offered for therapeutic purposes comply with the safety, quality and efficacy requirements set out in the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1985, c. F-27, and its regulations. This qualification does not alter the object of the prohibition; it simply describes one of the means by which the government seeks to protect public health and safety. Moreover, the *MMARs* do not purport to subject dried marihuana to these safety, quality and efficacy requirements, belying the Crown’s assertion

[21] Nous concluons que l’interdiction frappant la possession de formes non séchées de marihuana à des fins médicales limite le droit à la liberté et à la sécurité de la personne et fait intervenir l’art. 7 de la *Charte*. Il nous faut maintenant répondre à la seconde question, celle de savoir si cette limite est contraire aux principes de justice fondamentale.

[22] Le juge de première instance a conclu que la limite imposée par la loi à la liberté et à la sécurité de la personne n’était pas conforme aux principes de justice fondamentale parce que la restriction était arbitraire et ne faisait [TRADUCTION] « que peu ou rien » pour promouvoir les objectifs de la loi, lesquels consistaient selon lui à contrôler les drogues illégales ou les prétentions d’ordre médical fausses et trompeuses. Les juges majoritaires de la Cour d’appel, estimant que l’objet de l’interdiction était la protection de la santé et de la sécurité du public (en se fondant sur les arrêts *Hitzig* et *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134), ont également conclu que l’interdiction ne favorisait pas cet objectif et qu’elle était donc arbitraire et contraire aux principes de justice fondamentale.

[23] Il est nécessaire de déterminer l’objet de l’interdiction, étant donné qu’une loi n’est arbitraire que si elle impose des limites à la liberté ou à la sécurité de la personne sans lien avec son objectif (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 98).

[24] Le ministère public ne conteste pas la conclusion de la Cour d’appel suivant laquelle l’objet de l’interdiction frappant les formes non séchées de marihuana utilisées à des fins médicales est la protection de la santé et de la sécurité. Il va toutefois plus loin en soutenant que la restriction en cause protège la santé et la sécurité en faisant en sorte que les drogues offertes à des fins thérapeutiques soient conformes aux exigences en matière d’innocuité, de qualité et d’efficacité énoncées dans la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. 1985, c. F-27, et ses règlements d’application. Cette nuance ne change en rien l’objet de l’interdiction; elle ne fait que décrire un des moyens utilisés par le gouvernement pour protéger la santé et la sécurité du public. De plus,

that this is the object of the prohibition. We therefore conclude that the object of the restriction to dried marihuana is simply the protection of health and safety.

[25] The question is whether there is a connection between the prohibition on non-dried forms of medical marihuana and the health and safety of the patients who qualify for legal access to medical marihuana. The trial judge concluded that for some patients, alternate forms of administration using cannabis derivatives are more effective than inhaling marihuana. He also concluded that the prohibition forces people with a legitimate, legally recognized need to use marihuana to accept the risk of harm to health that may arise from chronic smoking of marihuana. It follows from these findings that the prohibition on non-dried medical marihuana undermines the health and safety of medical marihuana users by diminishing the quality of their medical care. The effects of the prohibition contradict its objective, rendering it arbitrary: see *Bedford*, at paras. 98-100.

[26] The Crown says there are health risks associated with extracting the active compounds in marihuana for administration via oral or topical products. It argues that there is a rational connection between the state objective of protecting health and safety and a regulatory scheme that only allows access to drugs that are shown by scientific study to be safe and therapeutically effective. We disagree. The evidence accepted at trial did not establish a connection between the restriction and the promotion of health and safety. As we have already said, dried marihuana is not subject to the oversight of the *Food and Drugs Act* regime. It is therefore difficult to understand why allowing patients to transform dried marihuana into baking oil would put

the *RAMFM* ne vise pas à assujettir la marihuana séchée à ces exigences en matière d'innocuité, de qualité et d'efficacité, ce qui contredit l'affirmation du ministère public qu'il s'agit là de l'objet de l'interdiction. Nous concluons donc que l'objet de la restriction à la seule marihuana séchée est simplement la protection de la santé et de la sécurité.

[25] Il s'agit de savoir s'il y a un lien entre l'interdiction frappant les formes non séchées de marihuana utilisées à des fins médicales et la santé et la sécurité des patients qui satisfont aux conditions prévues par la loi pour avoir accès à de la marihuana à des fins médicales. Le juge de première instance a conclu que, dans le cas de certains patients, l'administration sous d'autres formes utilisant des dérivés du cannabis était plus efficace que l'inhalation de la marihuana. Il a également estimé que l'interdiction forçait des personnes ayant un besoin légitime et légalement reconnu d'utiliser de la marihuana à accepter le risque pour leur santé auquel pouvait les exposer le fait de fumer chroniquement de cette drogue. Il découle de ces conclusions que l'interdiction frappant l'usage de la marihuana à des fins médicales sous une forme autre que séchée compromet la santé et la sécurité de ceux qui en consomment à ces fins en diminuant la qualité des soins médicaux qui leur sont offerts. Les effets de l'interdiction contredisent les objectifs qu'elle vise et la rendent donc arbitraire (voir *Bedford*, par. 98-100).

[26] Le ministère public affirme qu'il y a des risques pour la santé associés à l'extraction des composés actifs présents dans la marihuana en vue de leur administration au moyen de produits oraux ou topiques. Il soutient qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif de protection de la santé et de la sécurité que poursuit l'État et l'existence d'un régime réglementaire qui ne permet l'accès qu'aux drogues dont il a été démontré par des études scientifiques qu'elles sont sans danger et efficaces sur le plan thérapeutique. Nous ne sommes pas de cet avis. La preuve qui a été acceptée au procès n'a pas établi de lien entre la restriction et la promotion de la santé et de la sécurité. Comme nous l'avons déjà expliqué, la marihuana séchée n'est pas assujettie aux

them at greater risk than permitting them to smoke or vaporize dried marihuana. Moreover, the Crown provided no evidence to suggest that it would. In fact, as noted above, some of the materials filed by the Crown mention oral ingestion of cannabis as a viable alternative to smoking marihuana.

[27] Finally, the evidence established no connection between the impugned restriction and attempts to curb the diversion of marihuana into the illegal market. We are left with a total disconnect between the limit on liberty and security of the person imposed by the prohibition and its object. This renders it arbitrary: see *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 83.

[28] We conclude that the prohibition of non-dried forms of medical marihuana limits liberty and security of the person in a manner that is arbitrary and hence is not in accord with the principles of fundamental justice. It therefore violates s. 7 of the *Charter*.

[29] The remaining question is whether the Crown has shown this violation of s. 7 to be reasonable and demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*. As explained in *Bedford*, the s. 1 analysis focuses on the furtherance of the public interest and thus differs from the s. 7 analysis, which is focused on the infringement of the individual rights: para. 125. However, in this case, the objective of the prohibition is the same in both analyses: the protection of health and safety. It follows that the same disconnect between the prohibition and its object that renders it arbitrary under s. 7 frustrates the requirement under s. 1 that the limit on the right be rationally connected to a pressing objective (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103). Like the courts below, we conclude

mécanismes de surveillance du régime de la *Loi sur les aliments et drogues*. Il est donc difficile de comprendre pourquoi le fait de permettre à des patients de transformer de la marihuana séchée en huile à cuisson les exposerait à un risque plus élevé que le fait de leur permettre de fumer ou de vaporiser de la marihuana séchée. En outre, le ministère public n'a soumis aucun élément de preuve tendant à démontrer l'existence d'un tel risque. De fait, comme nous l'avons déjà signalé, certains des documents déposés par le ministère public mentionnent l'ingestion orale de cannabis comme solution de rechange viable à celle consistant à fumer la marihuana.

[27] Enfin, la preuve n'a démontré l'existence d'aucun lien entre la restriction contestée et les tentatives visant à mettre un frein au détournement de la marihuana vers le marché illégal. Force nous est de constater l'absence totale de lien entre la limite que l'interdiction impose à la liberté et à la sécurité de la personne et l'objet de l'interdiction, ce qui rend celle-ci arbitraire (voir *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 83).

[28] Nous concluons que l'interdiction visant les formes non séchées de marihuana utilisées à des fins médicales limite le droit à la liberté et à la sécurité de la personne d'une manière arbitraire, et n'est donc pas conforme aux principes de justice fondamentale. Elle viole donc l'art. 7 de la *Charte*.

[29] Il nous reste à déterminer si le ministère public a démontré que cette violation de l'art. 7 est raisonnable et si sa justification peut se démontrer au regard de l'article premier de la *Charte*. Comme nous l'avons expliqué dans l'arrêt *Bedford*, l'analyse fondée sur l'article premier se concentre sur la protection de l'intérêt public et diffère donc de l'analyse fondée sur l'art. 7, qui est axée sur la violation de droits individuels (par. 125). Cependant, l'objectif de l'interdiction en l'espèce est le même dans les deux analyses : la protection de la santé et de la sécurité. Par conséquent, la même absence de lien entre l'interdiction et son objet qui rend l'interdiction arbitraire pour application de l'art. 7 fait échec à l'exigence de l'article premier selon laquelle il doit

that the infringement of s. 7 is not justified under s. 1 of the *Charter*.

C. Remedy

[30] A law is “of no force or effect” to the extent it is inconsistent with the guarantees in the *Charter*: s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. We have concluded that restricting medical access to marihuana to its dried form is inconsistent with the *Charter*. It follows that to this extent the restriction is null and void.

[31] The precise form the order should take is complicated by the fact that it is the combination of the offence provisions and the exemption that creates the unconstitutionality. The offence provisions in the *CDSA* should not be struck down in their entirety. Nor is the exemption, insofar as it goes, problematic — the problem is that it is too narrow, or under-inclusive. We conclude that the appropriate remedy is a declaration that ss. 4 and 5 of the *CDSA* are of no force and effect, to the extent that they prohibit a person with a medical authorization from possessing cannabis derivatives for medical purposes.

[32] We would reject the Crown’s request that the declaration of invalidity be suspended to keep the prohibition in force pending Parliament’s response, if any. (What Parliament may choose to do or not do is complicated by the variety of available options and the fact that the *MMARs* have been replaced by a new regime.) To suspend the declaration would leave patients without lawful medical treatment and the law and law enforcement in limbo. We echo the Ontario Court of Appeal in *Hitzig*, at para. 170: “A suspension of our remedy would simply [continue the] undesirable uncertainty for a further period of time.”

exister un lien rationnel entre la restriction du droit et un objectif urgent (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103). À l’instar des juridictions inférieures, nous concluons que l’atteinte portée à l’art. 7 n’est pas justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*.

C. Réparation

[30] Toute règle de droit incompatible avec les droits garantis par la *Charte* est « inopérante » (*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52). Nous estimons que le fait de restreindre l’accès médical à la marihuana uniquement à sa forme séchée est incompatible avec la *Charte*. Cette restriction est donc inopérante dans la mesure de cette incompatibilité.

[31] La forme exacte que l’ordonnance devrait revêtir se complique du fait que l’inconstitutionnalité découle de la combinaison des dispositions pénales en question et de l’exemption. Les dispositions pénales de la *LRCDS* ne devraient pas être invalidées en entier. L’exemption n’est pas non plus, à strictement parler, problématique; le problème est qu’elle est trop étroite ou trop limitative. Nous concluons que la réparation appropriée consiste à déclarer inopérants les art. 4 et 5 de la *LRCDS* dans la mesure où ils interdisent à une personne munie d’une autorisation médicale de posséder des dérivés du cannabis à des fins médicales.

[32] Nous sommes d’avis de rejeter la demande du ministère public visant à faire suspendre la déclaration d’invalidité pour que l’interdiction reste en vigueur en attendant une éventuelle réponse du législateur. (Ce que le législateur pourra choisir de faire ou de ne pas faire se complique par les diverses solutions qui s’offrent à lui ainsi que par le fait que le *RAMFM* a été depuis remplacé par un nouveau régime.) Suspendre la déclaration d’invalidité ferait en sorte que les patients se retrouveraient sans traitement médical légal et que la loi et son application seraient laissées dans le flou. Nous faisons nôtres les propos formulés par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Hitzig*, par. 170 : [TRADUCTION] « Le fait de suspendre l’application de la réparation que nous ordonnons [ne ferait que] prolonger encore une incertitude indésirable. »

III. Disposition

[33] We would dismiss the appeal, but vary the Court of Appeal's order by deleting the suspension of its declaration and instead issue a declaration that ss. 4 and 5 of the *CDSA* are of no force and effect to the extent that they prohibit a person with a medical authorization from possessing cannabis derivatives for medical purposes.

[34] At no point in the course of these proceedings did the British Columbia courts or this Court issue a declaration rendering the charges against Mr. Smith unconstitutional. In fact, following the *voir dire*, the trial judge refused to grant a judicial stay of proceedings. Despite this, the Crown chose not to adduce any evidence at trial. As a result of the Crown's choice, Mr. Smith was acquitted. We see no reason why the Crown should be allowed to reopen the case following this appeal. Mr. Smith's acquittal is affirmed.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Canada, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Tousaw Law Corporation, Duncan, British Columbia; Conroy and Company, Abbotsford; Henshall Scouten, Vancouver; Bibhas D. Vaze, Vancouver.

Solicitors for the intervenor Santé Cannabis: Grey Casgrain, Montréal.

Solicitors for the intervenor the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.

Solicitors for the intervenor the Canadian Civil Liberties Association: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Solicitors for the intervenor the British Columbia Civil Liberties Association: Gratl & Company, Vancouver.

III. Dispositif

[33] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi, mais de modifier l'ordonnance rendue par la Cour d'appel en supprimant la suspension de sa déclaration d'invalidité et en déclarant plutôt que les art. 4 et 5 de la *LRC DAS* sont inopérants dans la mesure où ils interdisent à une personne munie d'une autorisation médicale de posséder des dérivés du cannabis à des fins médicales.

[34] À aucun moment dans le cadre de la présente instance, les tribunaux de la Colombie-Britannique ou la Cour n'ont déclaré inconstitutionnelles les accusations portées contre M. Smith. En fait, à la suite du *voir-dire*, le juge de première instance a refusé d'ordonner l'arrêt des procédures. Malgré cela, le ministère public a choisi de ne présenter aucune preuve au procès. M. Smith a été acquitté en raison de ce choix. Nous ne voyons pas pourquoi il faudrait autoriser le ministère public à rouvrir le dossier à l'issue du présent pourvoi. L'acquiescement de M. Smith est confirmé.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Service des poursuites pénales du Canada, Vancouver.

Procureurs de l'intimé : Tousaw Law Corporation, Duncan, Colombie-Britannique; Conroy and Company, Abbotsford; Henshall Scouten, Vancouver; Bibhas D. Vaze, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Santé Cannabis : Grey Casgrain, Montréal.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Gratl & Company, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Canadian AIDS Society, the Canadian HIV/AIDS Legal Network and the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario: Burstein Bryant Barristers, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto; Canadian HIV/AIDS Legal Network, Toronto.

Procureurs des intervenants la Société canadienne du sida, le Réseau juridique canadien VIH/sida et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario : Burstein Bryant Barristers, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto; Réseau juridique canadien VIH/sida, Toronto.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rqs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rqs@scc-csc.ca



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 2015 Vol. 2

3^e cahier, 2015 Vol. 2

Cited as [2015] 2 S.C.R. { i-iv
621-862

Renvoi [2015] 2 R.C.S. { i-iv
621-862

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Acting Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef intérimaire
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

	Legal Counsel / Conseillers juridiques	
CLAIRE ZOË BIDER-HALL	LEE ANN GORMAN	JACQUELINE STENCEL
JANICE CHENEY	KAREN LEVASSEUR	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	JOANNE NORMAN	CAMERON TAYLOR
GENEVIÈVE DOMEY	RÉMI SAMSON	RENÉE THÉRIAULT
ANDRÉ GOLDENBERG	IDA SMITH	RENÉE MARIA TREMBLAY

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

	Jurilinguists / Jurilinguistes	
DAVID AUBRY	JULIE BOULANGER	MARIE-LUC SIMONEAU
STEPHEN BALOGH	MARIE RODRIGUE	CLAIRE VALLÉE

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

	Technical Revisors / Réviseurs techniques	
SUZANNE AUDET	CHLOE MAGEE	NANCY MCCAUGHAN
MONIQUE DELORME		LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

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

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

CONTENTS

Title Page	i
List of Judges	ii
Errata.....	iv
Motions	v
Table of Judgments	xiii
Table of Cases Cited	xvii
Statutes and Regulations Cited	xlvi
Authors Cited.....	xliv
Index	851

Hinse v. Canada (Attorney General) 621

Crown law — Crown liability — Prerogatives — Public law immunity — Crown's power of mercy vested in federal Minister of Justice under Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46 — Characterization of nature of Minister's power — Circumstances in which exercise of power of mercy can expose Crown to liability — Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, ss. 2 "liability", 3(a)(i) — Civil Code of Québec, arts. 1376, 1457.

Civil liability — Crown liability — Fault — Qualified immunity — Individual wrongly convicted of armed robbery — Federal Minister of Justice refusing to exercise Crown's power of mercy, which is vested in him under Criminal Code — Standard of fault applicable to Minister's conduct — Whether individual has proven on balance of probabilities that Minister acted in bad faith or with serious recklessness in reviewing applications for mercy — Civil Code of Lower Canada, art. 1053 — Civil Code of Québec, art. 1457.

Damages — Punitive damages — Extrajudicial fees — Pro bono representation — Whether individual entitled to compensatory or punitive damages — Whether, in case of abuse of process and where there is pro bono agreement, damages can be awarded in Quebec in respect of extrajudicial fees in order to compensate party who has suffered damage resulting from fault of other party — Civil Code of Québec, art. 1608.

Société en commandite Place Mullins v. Services immobiliers Diane Bisson inc. 699

Contracts — Brokerage contract — Commission — Brokerage contract stipulating that broker entitled to payment of commission where agreement to sell immovable

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xv
Table de la jurisprudence	xxxii
Lois et règlements cités.....	xlvi
Doctrine et autres documents cités	xliv
Index	857

Hinse c. Canada (Procureur général) 621

Droit de la Couronne — Responsabilité de l'État — Prerogatives — Immunité de droit public — Pouvoir de clémence de la Couronne dévolu au ministre fédéral de la Justice par le Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46 — Qualification de la nature du pouvoir ministériel — Dans quelles circonstances l'exercice du pouvoir de clémence peut-il engager la responsabilité de l'État? — Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, c. C-50, art. 2 « responsabilité », 3a)(i) — Code civil du Québec, art. 1376, 1457.

Responsabilité civile — Responsabilité de l'État — Faute — Immunité relative — Justiciable injustement condamné pour vol à main armée — Ministre fédéral de la Justice refusant d'exercer le pouvoir de clémence de la Couronne qui lui est dévolu par le Code criminel — Norme de faute applicable à la conduite du ministre — Le justiciable a-t-il démontré de façon prépondérante que le ministre a fait preuve de mauvaise foi ou d'insouciance grave dans l'examen des demandes de clémence? — Code civil du Bas-Canada, art. 1053 — Code civil du Québec, art. 1457.

Domages-intérêts — Domages-intérêts punitifs — Honoraires extrajudiciaires — Représentation pro bono — Le justiciable est-il en droit de recevoir des dommages-intérêts compensatoires ou punitifs? — En cas d'abus de procédure et en présence d'une entente pro bono, des dommages-intérêts peuvent-ils être accordés au Québec au titre des honoraires extrajudiciaires, dans le but d'indemniser la partie qui subit un préjudice résultant de la faute de l'autre partie? — Code civil du Québec, art. 1608.

Société en commandite Place Mullins c. Services immobiliers Diane Bisson inc. 699

Contrats — Contrat de courtage — Commission — Contrat de courtage stipulant le droit du courtier au paiement de la commission lorsqu'une entente visant à vendre

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

concluded or where seller voluntarily prevents free performance of contract — Soil of promisor-sellers' immovable contaminated — Promisor-buyer repudiating initial promise and submitting new offer — Promisor-sellers turning offer down — Whether broker entitled to payment of its commission.

Strickland v. Canada (Attorney General) 713

Courts — Federal Court — Judicial review — Jurisdiction — Family law — Divorce — Child support — Guidelines — Lawfulness of federal child support guidelines challenged by means of judicial review — Federal Court declined to undertake judicial review — Whether provincial superior courts have jurisdiction to address validity of federal child support guidelines — Even if they do, whether federal courts erred in refusing to hear judicial review application on its merits — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18 — Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 26.1(2) — Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175.

R. v. Rodgeron 760

Criminal law — Murder — Charge to jury — Evidence — Post-offence conduct — After killing victim, accused concealed body and cleaned up scene of death — Accused fled from and lied to police — Trial judge instructed jury on use of accused's post-offence conduct in assessing issue of intent for murder — Whether trial judge erred in instructions to jury on concealment and clean-up, and if so, whether that error was fatal in conjunction with erroneous instructions on accused's flight from and lies to police — Detrimental impact of long and complex jury charges on criminal justice system.

Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center) 789

Human rights — Right to equality — Discrimination based on national or ethnic origin — Evidence — Canadian company denying request for pilot training made by Canadian citizen of Pakistani origin on basis of decision

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l'immeuble est conclue ou lorsqu'un acte volontaire du vendeur empêche la libre exécution du contrat — Sol de l'immeuble des promettant-vendeurs contaminé — Promettant-acheteur se déliant de sa promesse initiale et soumettant une nouvelle offre — Offre refusée par les promettant-vendeurs — Le courtier a-t-il droit au paiement de sa commission?

Strickland c. Canada (Procureur général) 713

Tribunaux — Cour fédérale — Contrôle judiciaire — Compétence — Droit de la famille — Divorce — Pension alimentaire pour enfants — Lignes directrices — Légalité des lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants contestée par voie de contrôle judiciaire — Refus de la Cour fédérale de procéder au contrôle judiciaire — Les cours supérieures provinciales ont-elles compétence pour décider de la validité des lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants? — Le cas échéant, les cours fédérales ont-elles quand même commis une erreur en refusant d'instruire la demande de contrôle judiciaire sur le fond? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 18 — Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, c. 3 (2^e suppl.), art. 26.1(2) — Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175.

R. c. Rodgeron 760

Droit criminel — Meurtre — Exposé au jury — Preuve — Comportement postérieur à l'infraction — Après avoir tué la victime, l'accusé a dissimulé son corps et nettoyé les lieux du décès — L'accusé a tenté d'échapper aux policiers et leur a menti — Directives du juge du procès au jury quant à l'utilisation qu'il pouvait faire du comportement de l'accusé postérieur à l'infraction dans son appréciation de l'intention requise pour commettre un meurtre — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans ses directives au jury concernant la dissimulation et le nettoyage? — Dans l'affirmative, cette erreur, combinée aux directives erronées relatives au fait que l'accusé avait tenté d'échapper aux policiers et leur avait menti, était-elle fatale? — Effet préjudiciable, sur le système de justice criminelle, des directives au jury longues et complexes.

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation) 789

Droits de la personne — Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur l'origine nationale ou ethnique — Preuve — Entreprise canadienne refusant la demande de formation de pilotage de la part d'un citoyen canadien d'origine

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

of U.S. authorities to prohibit training of pilot in question in United States — Two-step process for discrimination complaint under s. 10 of Quebec Charter — Definition of prima facie discrimination, and degree of proof required in order to establish it — Whether prima facie discrimination has been proven in this case — Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, s. 10.

R. v. Simpson 827

Criminal law — Defences — Colour of right — Evidence — Co-accused occupying commercial space unlawfully — Trial judge entered acquittals for various breaking and entering, assault, and drug offences — Trial judge referred to evidence that, in her view, supported existence of colour of right to occupy space — Whether trial judge erred in finding air of reality to colour of right defence — If so, whether trial judge's error in assessing this issue had material bearing on verdicts.

SOMMAIRE (Fin)

pakistanaise sur la base d'une décision des autorités américaines d'interdire la formation à ce pilote aux États-Unis — Démarche à deux volets dans le cadre d'une plainte de discrimination fondée sur l'art. 10 de la Charte québécoise — En quoi consiste la discrimination prima facie et quel est le degré de preuve requis pour l'établir? — Y a-t-il preuve de l'existence de discrimination prima facie en l'espèce? — Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 10.

R. c. Simpson 827

Droit criminel — Moyens de défense — Apparence de droit — Preuve — Occupation illégale d'un espace commercial par les coaccusés — Acquittements prononcés par la juge du procès pour diverses infractions d'introduction par effraction et de voies de fait et quant à d'autres infractions relatives aux drogues — Mention par la juge du procès d'éléments de preuve qui, selon elle, étayaient l'existence d'une apparence du droit d'occuper les lieux — La juge du procès a-t-elle commis une erreur en concluant à la vraisemblance de la défense d'apparence de droit? — Si oui, l'erreur de la juge du procès a-t-elle eu une incidence significative sur les verdicts?



2015 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 adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Acting Chief Law Editor / Arrêviste en chef intérimaire
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

	Legal Counsel / Conseillers juridiques	
CLAIRE ZOË BIDER-HALL	LEE ANN GORMAN	JACQUELINE STENCEL
JANICE CHENEY	KAREN LEVASSEUR	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	JOANNE NORMAN	CAMERON TAYLOR
GENEVIÈVE DOMEY	RÉMI SAMSON	RENÉE THÉRIAULT
ANDRÉ GOLDENBERG	IDA SMITH	RENÉE MARIA TREMBLAY

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

	Jurilinguists / Jurilinguistes	
DAVID AUBRY	JULIE BOULANGER	MARIE-LUC SIMONEAU
STEPHEN BALOGH	MARIE RODRIGUE	CLAIRE VALLÉE

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

	Technical Revisors / Réviseurs techniques	
SUZANNE AUDET	CHLOE MAGEE	NANCY MCCAUGHAN
MONIQUE DELORME		LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

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

Administrative Assistants / Adjointes administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BEVERLEY McLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable MARSHALL ROTHSTEIN

The Honourable THOMAS ALBERT CROMWELL

The Honourable MICHAEL J. MOLDAVER

The Honourable ANDROMACHE KARAKATSANIS

The Honourable RICHARD WAGNER

The Honourable CLÉMENT GASCON

The Honourable SUZANNE CÔTÉ

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY McLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable MARSHALL ROTHSTEIN

L'honorable THOMAS ALBERT CROMWELL

L'honorable MICHAEL J. MOLDAVER

L'honorable ANDROMACHE KARAKATSANIS

L'honorable RICHARD WAGNER

L'honorable CLÉMENT GASCON

L'honorable SUZANNE CÔTÉ

ERRATA

[2004] 3 S.C.R., p. 315, para. 24, line 16 of the English version. Read “justifies incorporating” instead of “justify incorporating”.

[2004] 3 R.C.S., p. 315, par. 24, ligne 16 de la version anglaise. Lire « justifies incorporating » au lieu de « justify incorporating ».

MOTIONS — REQUÊTES

(April 15 to July 30, 2015 — 15 avril au 30 juillet 2015)

- 1298417 Ontario Ltd. v. Corporation of the Town of Lakeshore*, (Ont.), 36288, leave to appeal refused with costs, 2.7.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 9026-2981 Québec Inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, (Qc), 36275, leave to appeal refused, 28.5.15, autorisation d'appel refusée.
- 9080-9211 Québec Inc. v. Athena Energy Marketing Inc.*, (Que.), 36279, leave to appeal refused with costs, 2.7.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- A.K. v. Batshaw Youth and Family Centers*, (Que.), 36326, leave to appeal refused with costs, 18.6.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Amexon Development Inc. v. 1465152 Ontario Ltd.*, (Ont.), 36343, leave to appeal refused with costs, 2.7.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Apotex Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, (F.C.), 36227, leave to appeal refused with costs, 23.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Association des médecins résidents de Québec c. Centre hospitalier universitaire de Québec*, (Qc), 36308, leave to appeal refused with costs, 9.7.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Attorney General of Canada v. Igloo Vikski Inc.*, (F.C.), 36258, leave to appeal granted with costs in the cause, 28.5.15, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Baines v. Linett & Timmis Barristers & Solicitors*, (Ont.), 36331, leave to appeal refused, 16.7.15, autorisation d'appel refusée.
- Batista-Cervantes v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (Alta.) (Crim.), 36284, leave to appeal refused, 16.4.15, autorisation d'appel refusée.
- Beaulieu c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 36278, leave to appeal refused, 25.6.15, autorisation d'appel refusée.
- Bell Mobility Inc. v. Anderson*, (N.W.T.), 36336, leave to appeal refused with costs, 16.7.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Best Theratronics Ltd. v. Arnone*, (Ont.), 36383, leave to appeal refused with costs, 16.7.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Black v. The Queen*, (F.C.), 36293, leave to appeal refused with costs, 30.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bonnell v. The Queen*, (N.B.) (Crim.), 36364, leave to appeal refused, 16.7.15, autorisation d'appel refusée.
- Briscoe v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 36346, leave to appeal refused, 28.5.15, autorisation d'appel refusée.
- Brown v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 36313, leave to appeal remanded to the Court of Appeal for Alberta for consideration of the new evidence and whether the applicant's convictions constitute a miscarriage of justice, 28.5.15, autorisation d'appel renvoyée à la Cour d'appel de l'Alberta pour qu'elle examine les nouveaux éléments de preuve et décide si les déclarations de culpabilité prononcées contre le demandeur constituent une erreur judiciaire.
- C.M. c. L.L.*, (Qc), 36306, leave to appeal refused with costs, 25.6.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Canadian National Railway Co. v. Corporation of the City of Kitchener*, (Ont.), 36398, leave to appeal refused with costs, 23.7.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 36223, leave to appeal granted, 11.5.15, autorisation d'appel accordée.
- Cash Store Inc. v. Meeking*, (Man.), 35608, notice of discontinuance filed, 28.7.15, avis de désistement produit.
- Charest c. Dessau inc.*, (Qc), 36237, leave to appeal refused, 23.4.15, autorisation d'appel refusée.
- Chemama v. The Queen*, (Que.) (Crim.), 36431, leave to appeal refused, 23.7.15, autorisation d'appel refusée.
- City of Calgary v. Altus Group Ltd.*, (Alta.), 36407, notice of discontinuance filed, 28.7.15, avis de désistement produit.
- Clayton v. Gutowski*, (Ont.), 36320, leave to appeal refused with costs, 16.7.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Procureure générale du Québec*, (Qc), 36165, leave to appeal granted with costs, 4.6.15, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Coote v. Ormston*, (F.C.), 36243, leave to appeal refused with costs, 16.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cousineau c. Procureure générale du Québec*, (Qc), 36148, leave to appeal refused, 30.4.15, autorisation d'appel refusée.
- D.U.C. c. Régie des rentes du Québec*, (Qc), 36236, leave to appeal refused with costs, 23.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Daoust-Crochetiere v. The Queen in Right of the Province of Ontario*, (Ont.), 36240, leave to appeal refused with costs, 30.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Deraspe c. Zinc électrolytique du Canada ltée*, (Qc), 36295, leave to appeal refused with costs, 4.6.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dheensaw v. Saanich Police Department*, (B.C.), 36322, leave to appeal refused with costs, 14.5.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dibiase v. Dibiase*, (Ont.), 36302, leave to appeal refused with costs, 28.5.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Domond c. CARRA tribunal d'arbitrage*, (Qc), 36329, leave to appeal refused, 9.7.15, autorisation d'appel refusée.
- Dundas v. Schafer*, (Man.), 36198, leave to appeal refused with costs, 23.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- EllisDon Corp. v. Ontario Sheet Metal Workers' and Roofers' Conference*, (Ont.), 36256, leave to appeal refused with costs, 14.5.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Enoch Cree Nation v. The Queen in Right of Canada*, (F.C.), 36239, leave to appeal refused with costs, 16.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ernst v. Alberta Energy Regulator*, (Alta.), 36167, leave to appeal granted with costs in the cause, 30.4.15, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Evans v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 36206, leave to appeal refused, 14.5.15, autorisation d'appel refusée.
- Exeter v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 36264, leave to appeal refused with costs, 23.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fabrikant v. The Queen in Right of Canada*, (F.C.), 36282, leave to appeal refused, 30.4.15, autorisation d'appel refusée.
- Ferme Vi-Ber Inc. c. Financière Agricole du Québec*, (Qc), 36205, leave to appeal granted with costs in the cause, 23.4.15, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Flanagan v. Attorney General of Canada*, (B.C.), 36316, leave to appeal refused with costs, 25.6.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Genest c. Agence du revenu du Québec*, (Qc), 36160, leave to appeal refused with costs, 23.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gichuru v. Smith*, (B.C.), 36221, leave to appeal refused with costs, 16.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Gonzalez v. The Queen in Right of the Province of British Columbia*, (B.C.), 36263, leave to appeal refused with costs, 23.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Green v. Tram*, (Man.), 36339, leave to appeal refused with costs, 18.6.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Guimont c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 36391, leave to appeal refused, 2.7.15, autorisation d'appel refusée.
- Health Professions Review Board v. Moore*, (B.C.), 36272, leave to appeal refused with costs, 4.6.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, (Alta.), 36301, leave to appeal granted with costs in the cause, 9.7.15, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Ho v. Alberta Association of Architects*, (Alta.), 36395, leave to appeal refused with costs, 23.7.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Humanics Institute v. Minister of National Revenue*, (F.C.), 36253, leave to appeal refused with costs, 23.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Humanics Universal Inc. v. City of Ottawa*, (Ont.), 36199, leave to appeal refused, 30.4.15, autorisation d'appel refusée.
- IEC Holden Inc. c. Commission des normes du travail*, (Qc), 36135, leave to appeal refused with costs, 16.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- In the Matter of an Application for Warrants Pursuant to Sections 12 and 21 of the Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C. 1985, c. C-23*, (F.C.), 36107, notice of discontinuance filed, 19.6.15, avis de désistement produit.
- InStorage Limited Partnership v. Matthew Brady Self Storage Corp.*, (Ont.), 36224, leave to appeal refused with costs, 25.6.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- J.C.B. v. H.J.C.*, (Alta.), 36408, leave to appeal refused with costs, 9.7.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jafri v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 36213, leave to appeal refused, 30.4.15, autorisation d'appel refusée.
- Jayaraj v. The Queen*, (Ont.), 36377, leave to appeal refused, 16.7.15, autorisation d'appel refusée.
- Jennings v. The Queen*, (N.B.) (Crim.), 36394, notice of discontinuance filed, 29.5.15, avis de désistement produit.
- JH Drilling Inc. v. Alberta Natural Resources Conservation Board*, (Alta.), 36254, leave to appeal refused with costs, 30.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Joseph c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 36286, leave to appeal refused, 18.6.15, autorisation d'appel refusée.
- Kenauk Immobilière S.E.C. c. Bruneau*, (Qc), 36180, leave to appeal refused with costs, 16.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Klippenstein v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 36406, leave to appeal refused with costs, 2.7.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Klippenstein v. Manitoba Ombudsman*, (Man.), 36379, leave to appeal refused, 18.6.15, autorisation d'appel refusée.
- Krayzel Corp. v. Equitable Trust Co.*, (Alta.), 36123, leave to appeal granted with costs in the cause, 21.5.15, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- La Presse, ltée c. Drouin*, (Qc) (Crim.), 36233, leave to appeal refused, 18.6.15, autorisation d'appel refusée.
- Labossière v. The Queen*, (Man.) (Crim.), 36267, leave to appeal refused, 23.4.15, autorisation d'appel refusée.
- Labourers' International Union, Local 1208 v. Transport and Allied Workers, International Brotherhood of Teamsters, Local 855*, (N.L.), 36280, leave to appeal refused with costs, 21.5.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lafortune c. Financière agricole du Québec*, (Qc), 36210, leave to appeal granted with costs in the cause, 23.4.15, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Laperrière c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 36345, leave to appeal refused, 2.7.15, autorisation d'appel refusée.

- Lapierre c. Lapierre*, (Qc), 36201, leave to appeal refused with costs, 16.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lapointe Rosenstein Marchand Melançon S.E.N.C.R.L. c. Cassels Brock & Blackwell LLP*, (Ont.), 36087, leave to appeal granted with costs in the cause, 16.4.15, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Larkman v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 36307, leave to appeal refused, 9.7.15, autorisation d'appel refusée.
- Latreille v. Tarion Warranty Corp.*, (Ont.), 36298, leave to appeal refused with costs, 21.5.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lemay v. Peters*, (N.B.), 36163, leave to appeal refused with costs, 14.5.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Leuthold v. Canadian Broadcasting Corp.*, (F.C.), 36030, leave to appeal refused with costs, 30.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lilgert v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36287, leave to appeal refused, 14.5.15, autorisation d'appel refusée.
- Lloyd v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35982, leave to appeal granted, 30.4.15, autorisation d'appel accordée.
- Lyrtech RD inc. c. La Reine*, (C.F.), 36259, leave to appeal refused with costs, 9.7.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- MacIsaac v. Royal Bank of Canada*, (N.S.), 36369, leave to appeal refused with costs, 16.7.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- MacKenzie v. Rogalasky*, (B.C.), 36266, leave to appeal refused with costs, 14.5.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- MacLennan v. The Queen in Right of Ontario*, (Ont.), 36350, leave to appeal refused, 9.7.15, autorisation d'appel refusée.
- Magno v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36389, leave to appeal refused, 16.7.15, autorisation d'appel refusée.
- Maguire v. Northwest Organics, Limited Partnership*, (B.C.), 36248, leave to appeal refused with costs, 25.6.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mangal v. William Osler Health Centre*, (Ont.), 36174, leave to appeal refused with costs, 28.5.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Manulife Financial Corp. v. D'Alessandro*, (Que.), 36309, notice of discontinuance filed, 26.6.15, avis de désistement produit.
- Maynard c. Agence du revenu du Canada*, (Qc), 36255, leave to appeal refused, 25.6.15, autorisation d'appel refusée.
- Mazhero v. Fox*, (F.C.), 36184, leave to appeal refused with costs, 14.5.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- McGeady v. The Queen in Right of Alberta*, (Alta.), 36334, leave to appeal refused with costs, 16.7.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mennillo c. Intramodal inc.*, (Qc), 36124, leave to appeal granted with costs in the cause, 30.4.15, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Merceus c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 36262, leave to appeal refused, 11.6.15, autorisation d'appel refusée.
- Morgan v. Paragon Capital Corporation Ltd.*, (Alta.), 36242, leave to appeal refused with costs, 23.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Moshenko v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 36277, leave to appeal refused, 21.5.15, autorisation d'appel refusée.
- Mylan Pharmaceuticals ULC v. Pfizer Canada Inc.*, (F.C.), 36228, leave to appeal refused with costs, 23.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- N.A. v. A.H.*, (Que.), 36191, leave to appeal and cross-appeal refused, 16.4.15, autorisations d'appel et d'appel incident refusées.

- Najafi v. Minister of Public Safety and Emergency Preparedness*, (F.C.), 36241, leave to appeal refused, 23.4.15, autorisation d'appel refusée.
- Nguyen c. Ace INA Insurance*, (Qc), 36357, leave to appeal refused with costs, 9.7.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Noble v. The Queen*, (F.C.), 36376, leave to appeal refused with costs, 9.7.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nowak v. Nowak*, (B.C.), 36229, leave to appeal refused with costs, 23.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- O.S.S. v. C.K.S.(B.)*, (Alta.), 36299, leave to appeal refused with costs, 30.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Omar v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36250, leave to appeal refused, 18.6.15, autorisation d'appel refusée.
- P.W.M. Loss Prevention Services Inc. v. Lay*, (Alta.), 36327, leave to appeal refused with costs, 25.6.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pammett v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36342, leave to appeal refused, 9.7.15, autorisation d'appel refusée.
- Panula v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 36344, leave to appeal refused with costs, 2.7.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Park v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36330, leave to appeal refused, 14.5.15, autorisation d'appel refusée.
- Parker v. The Queen*, (Alta.), 36285, leave to appeal refused with costs, 30.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Phylum Corp. v. Dominion of Canada General Insurance Co.*, (Ont.), 36235, leave to appeal refused with costs, 23.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pierre-Louis c. Ville de Québec*, (Qc), 36055, leave to appeal refused, 16.7.15, autorisation d'appel refusée.
- Piersanti v. The Queen*, (F.C.), 36230, leave to appeal refused with costs, 16.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pigeon c. Association internationale des travailleurs de métal en feuilles, section locale 116*, (Qc), 36108, leave to appeal refused with costs, 16.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Procureur général du Canada c. Barreau du Québec*, (Qc), 36290, leave to appeal refused with costs, 2.7.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Procureur général du Canada c. Poulin de Courval*, (Qc), 36220, leave to appeal refused with costs, 30.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Prosser v. The Queen*, (N.B.) (Crim.), 36370, leave to appeal refused, 25.6.15, autorisation d'appel refusée.
- R. v. A.C.*, (Ont.) (Crim.), 36390, leave to appeal refused, 9.7.15, autorisation d'appel refusée.
- R. c. A.M.*, (Qc) (Crim.), 36261, leave to appeal refused, 28.5.15, autorisation d'appel refusée.
- R. v. MacDonald*, (N.S.) (Crim.), 36238, leave to appeal refused, 30.4.15, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Walsh*, (N.L.) (Crim.), 36333, leave to appeal refused, 4.6.15, autorisation d'appel refusée.
- Reckless v. Bank of Montreal*, (Ont.), 36356, leave to appeal refused with costs, 9.7.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Romandale Farms Ltd. v. First Elgin Mills Developments Inc.*, (Ont.), 36115, leave to appeal refused with costs, 23.7.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rowe v. Corporation of the Township of St. Joseph*, (Ont.), 36411, leave to appeal refused with costs, 23.7.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Royal Bank of Canada v. Trang*, (Ont.), 36296, leave to appeal granted, 16.7.15, autorisation d'appel accordée.
- Ryan c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 36244, leave to appeal refused, 28.5.15, autorisation d'appel refusée.

- S.J. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36311, leave to appeal refused, 9.7.15, autorisation d'appel refusée.
- Saeed v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 36328, leave to appeal granted, 30.4.15, autorisation d'appel accordée.
- Shaw v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 36349, leave to appeal refused, 28.5.15, autorisation d'appel refusée.
- Shin Han F & P Inc. v. Canada-Nova Scotia Offshore Petroleum Board*, (N.S.), 36289, leave to appeal refused with costs, 2.7.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Simoneau c. Ernst & Young Inc.*, (Qc), 36225, leave to appeal refused with costs, 23.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- So v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 36321, leave to appeal refused, 18.6.15, autorisation d'appel refusée.
- Staetter v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36314, leave to appeal refused, 4.6.15, autorisation d'appel refusée.
- Steele v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36437, leave to appeal refused, 16.7.15, autorisation d'appel refusée.
- Stevenson v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36281, leave to appeal refused, 21.5.15, autorisation d'appel refusée.
- Stewart v. The Queen*, (N.S.) (Crim.), 36317, leave to appeal refused, 21.5.15, autorisation d'appel refusée.
- Sweda Farms Ltd. v. Burnbrae Farms Ltd.*, (Ont.), 36341, leave to appeal refused with costs, 9.7.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sweetgrass First Nation v. Rath & Company*, (Alta.), 36303, leave to appeal refused with costs, 18.6.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- T.M. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36358, leave to appeal refused, 18.6.15, autorisation d'appel refusée.
- Tanudjaja v. Attorney General of Canada*, (Ont.), 36283, leave to appeal refused, 25.6.15, autorisation d'appel refusée.
- Taucar v. Human Rights Tribunal of Ontario*, (Ont.), 36268, leave to appeal refused with costs, 14.5.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tekavec v. The Queen in Right of the Province of British Columbia*, (B.C.), 36269, leave to appeal refused with costs, 30.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tonner v. Real Estate Council of Ontario*, (Ont.), 36447, leave to appeal refused, 9.7.15, autorisation d'appel refusée.
- Verdon v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36252, leave to appeal refused, 16.4.15, autorisation d'appel refusée.
- Ville de Lévis c. Fraternité des policiers de Lévis inc.*, (Qc), 36106, leave to appeal refused with costs, 30.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Vincorp Financial Ltd. v. Corporation of the County of Oxford*, (Ont.), 36294, leave to appeal refused with costs, 21.5.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- White v. City of Montréal*, (Que.), 36319, leave to appeal refused, 25.6.15, autorisation d'appel refusée.
- Wilcox v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (B.C.) (Crim.), 36335, leave to appeal refused, 11.6.15, autorisation d'appel refusée.
- Willmot v. Boutis*, (Ont.), 36368, leave to appeal refused with costs, 16.7.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, (F.C.), 36354, leave to appeal granted with costs in the cause, 9.7.15, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Workers' Compensation Appeal Tribunal v. Fraser Health Authority*, (B.C.), 36300, leave to appeal granted, 25.6.15, autorisation d'appel accordée.
- Workplace Health, Safety and Compensation Commission v. Allen*, (N.L.), 36265, leave to appeal refused with costs, 9.7.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- World Bank Group v. Wallace*, (Ont.) (Crim.), 36315, leave to appeal granted, 2.7.15, autorisation d'appel accordée.

X c. Autorité des marchés financiers, (Qc), 36310, leave to appeal refused with costs, 16.7.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Zabanah v. Capital Direct Lending Corp., (Ont.), 36276, leave to appeal refused with costs, 14.5.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ziegler v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 36153, leave to appeal refused, 23.4.15, autorisation d'appel refusée.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause
(as expressed under the “Indexed as” entry in each case).

	PAGE		PAGE
121851 Canada inc., Theratechnologies inc. v.	106	H	
A		Henry v. British Columbia (Attorney General)	214
Abbott and Haliburton Co., White Burgess Langille Inman v.	182	Hinse v. Canada (Attorney General)	621
Apotex Inc., Sanofi-Aventis v.	136	K	
Association des parents de l'école Rose-des-vents v. British Columbia (Education)	139	Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat	548
B		Khadr, Bowden Institution v.	325
Barabash, R. v.	522	Kokopenace, R. v.	398
Barnaby, Canada (Attorney General) v.	563	L	
Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center), Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v.	789	Laiken, Carey v.	79
Bowden Institution v. Khadr	325	M	
British Columbia (Attorney General), Henry v.	214	Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City) ...	3
British Columbia (Education), Association des parents de l'école Rose-des-vents v.	139	Q	
C		Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)	179
Canada (Attorney General) v. Barnaby	563	Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)	789
Canada (Attorney General), Hinse v.	621	R	
Canada (Attorney General), Quebec (Attorney General) v.	179	R. v. Barabash	522
Canada (Attorney General), Strickland v.	713	R. v. Kokopenace	398
Canada (Justice), Caplin v.	570	R. v. Rodgerson	760
Caplin v. Canada (Justice)	570	R. v. Simpson	827
Carey v. Laiken	79	R. v. Smith	602
Chubb Insurance Co. of Canada, Zurich Insurance Co. v.	134	R. v. St-Cloud	328
		R. v. Tatton	574
		Rodgerson, R. v.	760

	PAGE		PAGE
S		W	
Saguenay (City), Mouvement laïque québécois v.	3	White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.	182
Sanofi-Aventis v. Apotex Inc.	136	Y	
Services immobiliers Diane Bisson inc., Société en commandite Place Mullins v.	699	Yukon (Attorney General), Yukon Francophone School Board, Education Area #23 v.	282
Simpson, R. v.	827	Yukon Francophone School Board, Education Area #23 v. Yukon (Attorney General)	282
Smith, R. v.	602	Z	
Société en commandite Place Mullins v. Services immobiliers Diane Bisson inc.	699	Zurich Insurance Co. v. Chubb Insurance Co. of Canada	134
St-Cloud, R. v.	328		
Strickland v. Canada (Attorney General)	713		
T			
Tatton, R. v.	574		
Taypotat, Kahkewistahaw First Nation v.	548		
Theratechnologies inc. v. 121851 Canada inc.	106		

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt.

	PAGE		PAGE
121851 Canada inc., Theratechnologies inc. c.	106	E	
A		Établissement de Bowden c. Khadr	325
Abbott and Haliburton Co., White Burgess Langille Inman c.	182	H	
Apotex Inc., Sanofi-Aventis c.	136	Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)	214
Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)	139	Hinse c. Canada (Procureur général)	621
B		K	
Barabash, R. c.	522	Khadr, Établissement de Bowden c.	325
Barnaby, Canada (Procureur général) c.	563	Kokopenace, R. c.	398
Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation), Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. ...	789	L	
C		Laiken, Carey c.	79
Canada (Justice), Caplin c.	570	M	
Canada (Procureur général) c. Barnaby	563	Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville) ...	3
Canada (Procureur général), Hinse c.	621	P	
Canada (Procureur général), Québec (Procureure générale) c.	179	Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat ...	548
Canada (Procureur général), Strickland c.	713	Q	
Caplin c. Canada (Justice)	570	Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de forma- tion)	789
Carey c. Laiken	79	Québec (Procureure générale) c. Canada (Procu- reur général)	179
Chubb du Canada Cie d'Assurance, Zurich Cie d'Assurances c.	134		
Colombie-Britannique (Éducation), Association des parents de l'école Rose-des-vents c.	139		
Colombie-Britannique (Procureur général), Henry c.	214		
Commission scolaire francophone du Yukon, dis- trict scolaire #23 c. Yukon (Procureure géné- rale)	282		

	PAGE		PAGE
R		T	
R. c. Barabash	522	Tatton, R. c.	574
R. c. Kokopenace	398	Taypotat, Première Nation de Kahkewistahaw c.	548
R. c. Rodgerson	760	Theratechnologies inc. c. 121851 Canada inc.	106
R. c. Simpson	827		
R. c. Smith	602	W	
R. c. St-Cloud	328	White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.	182
R. c. Tatton	574		
Rodgerson, R. c.	760	Y	
S		Yukon (Procureure générale), Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c.	282
Saguenay (Ville), Mouvement laïque québécois c. ...	3		
Sanofi-Aventis c. Apotex Inc.	136	Z	
Services immobiliers Diane Bisson inc., Société en commandite Place Mullins c.	699	Zurich Cie d'Assurances c. Chubb du Canada Cie d'Assurance	134
Simpson, R. c.	827		
Smith, R. c.	602		
Société en commandite Place Mullins c. Services immobiliers Diane Bisson inc.	699		
St-Cloud, R. c.	328		
Strickland c. Canada (Procureur général)	713		

TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
1465778 Ontario Inc. v. 1122077 Ontario Ltd.	(2006), 82 O.R. (3d) 757	689
9118-7781 Québec inc. (Groupe Sutton Millénia) v. Lerer,	2012 QCCA 430, [2012] R.J.Q. 331	709
A		
Agribrands Purina Canada Inc. v. Kasamekas	2010 ONSC 166	209
Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony	2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567	46
Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association	2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654	29
Alfano v. Piersanti	2012 ONCA 297, 291 O.A.C. 62	203
Allen v. Renfrew (County)	(2004), 69 O.R. (3d) 742	60
Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.	[1978] 2 S.C.R. 229	682
Andrews v. Law Society of British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 143	556, 807
Apple Inc. v. Motorola, Inc.	757 F.3d 1286 (2014)	205
Argentina v. Mellino	[1987] 1 S.C.R. 536	572
Armchair Passenger Transport Ltd. v. Helical Bar Plc	[2003] EWHC 367	204
Arnold v. Teno	[1978] 2 S.C.R. 287	682
Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island	(1997), 149 Nfld. & P.E.I.R. 96	177
Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island	[1999] 3 S.C.R. 851	297
Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island	2000 SCC 1, [2000] 1 S.C.R. 3	154
Assn. des Parents Francophones (Colombie-Britannique) v. British Columbia	(1996), 27 B.C.L.R. (3d) 83	147
Association des courtiers et agents immobiliers du Québec v. Proprio Direct inc.	2008 SCC 32, [2008] 2 S.C.R. 195	27
Association des juges administratifs de la Commission des lésions professionnelles v. Québec (Procureur général)	2013 QCCA 1690, [2013] R.J.Q. 1593	27
Association des pompiers de Laval v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse	2011 QCCA 2041, [2011] R.J.D.T. 1025	23
Attorney General v. Punch Ltd.	[2002] UKHL 50, [2003] 1 A.C. 1046	97
Attorney General for Canada v. Attorney General of the Province of Ontario	(1894), 23 S.C.R. 458	639
Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia	[1982] 2 S.C.R. 307	724, 747
Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards	[1984] 2 S.C.R. 66	318
B		
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1999] 2 S.C.R. 817	296
Baker v. Paul	[2013] NSWCA 426	98
Bank of Montreal v. Citak	[2001] O.J. No. 1096 (QL)	203
Banque Canadienne Nationale v. Mastracchio	[1962] S.C.R. 53	814
Barrette v. Union canadienne, compagnie d'assurances	2013 QCCA 1687, [2013] R.J.Q. 1577	654

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.	[1996] 2 S.C.R. 345	69, 686, 804
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Torroni	2009 ONCA 85, 94 O.R. (3d) 614	92
Bertrand v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse	2014 QCCA 2199	25
Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration) ...	[1990] 2 S.C.R. 217	93
Bilodeau v. Canada (Minister of Justice)	2011 FC 886, 394 F.T.R. 235	645
Bilodeau v. Canada (Ministre de la Justice)	2009 QCCA 746, [2009] R.J.Q. 1003	644
Boily v. États-Unis Mexicains	2005 QCCA 599	371
Bombardier inc. (Bombardier Aerospace Training Center) v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse	2013 QCCA 1650, [2013] R.J.Q. 1541	25
British Columbia Milk Marketing Board v. Aquilini	[1997] B.C.J. No. 843 (QL)	747
British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band	2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371	174, 691
British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU	[1999] 3 S.C.R. 3	558, 806
Brouillard v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 39	297
Bruker v. Marcovitz	2007 SCC 54, [2007] 3 S.C.R. 607	46
C		
C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)	2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332	736
C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)	2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539	296
Canada (Attorney General) v. Barnaby	2015 SCC 31, [2015] 2 S.C.R. 563	571
Canada (Attorney General) v. Bedford	2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101	499, 615
Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada	2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401	748
Canada (Attorney General) v. McArthur	2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626	727, 750
Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society	2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134	615
Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.	2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585	724, 747
Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)	[1989] 2 S.C.R. 49	734
Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)	2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471	29
Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa	2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339	29, 726
Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.	2001 SCC 36, [2001] 2 S.C.R. 100	27
Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net	[1998] 1 S.C.R. 626	726
Canada (Justice) v. Fischbacher	2009 SCC 46, [2009] 3 S.C.R. 170	568
Canada Labour Relations Board v. Paul L'Anglais Inc.	[1983] 1 S.C.R. 147	724, 751
Canada Metal Co. v. C.B.C. (No. 2)	(1974), 48 D.L.R. (3d) 641	97
Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass	[1997] 3 S.C.R. 391	514
Canada (Prime Minister) v. Khadr	2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44	514
Canadian Artists' Representation v. National Gallery of Canada	2014 SCC 42, [2014] 2 S.C.R. 197	30
Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)	[1991] 3 S.C.R. 459	364
Canadian Food Inspection Agency v. Professional Institute of the Public Service of Canada	2010 SCC 66, [2010] 3 S.C.R. 657	636, 727
Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)	2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135	30, 805
Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)	[1987] 1 S.C.R. 1114	805
Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band	[1995] 1 S.C.R. 3	735
Caplin v. Canada (Justice)	2015 SCC 32, [2015] 2 S.C.R. 570	567

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Cartaway Resources Corp. (Re)	2000 BCSECCOM 88, [2000] B.C.S.C.D. No. 92 (QL)	120
Carter v. Canada (Attorney General)	2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331	174, 617
Casurina Ltd. Partnership v. Rio Algom Ltd.	(2002), 28 B.L.R. (3d) 44	209
Centre commercial Les Rivières ltée v. Jean Bleu inc.	2012 QCCA 1663	94
Chaput v. Romain	[1955] S.C.R. 834	683
Chiang (Trustee of) v. Chiang	2009 ONCA 3, 305 D.L.R. (4th) 655	92
Cinar Corporation v. Robinson	2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168	682
Clements v. Clements	2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181	263
Coady v. Burton Canada Co.	2013 NSCA 95, 333 N.S.R. (2d) 348	210
Cojocar v. British Columbia Women’s Hospital and Health Centre College of Optometrists (Ont.) v. SHS Optical Ltd.	2013 SCC 30, [2013] 2 S.C.R. 357	297
Collins Thomson v. Clayton	2008 ONCA 685, 241 O.A.C. 225	88
Commission de la santé et de la sécurité du travail v. Fontaine	[2002] NSWSC 366	205
Commission des droits de la personne du Québec v. Ville de Québec	2005 QCCA 775, [2005] R.J.Q. 2203	27
Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. 9185-2152 Québec inc. (Radio Lounge Brossard)	[1989] R.J.Q. 831	807
Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. Gaz métropolitain inc.	2015 QCCA 577	25
Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. Laval (Ville de)	2008 QCTDP 24	809
Commission scolaire des Phares v. Commission des droits de la per- sonne et des droits de la jeunesse	[2006] R.J.Q. 2529	17
Commission scolaire des Phares v. Commission des droits de la per- sonne et des droits de la jeunesse	2006 QCCA 82, [2006] R.J.Q. 378	25
Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys v. Gallardo	2012 QCCA 988, [2012] R.J.Q. 1022	25
Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin	2012 QCCA 908, [2012] R.J.Q. 1001	26
Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board	[1994] 2 S.C.R. 525	36, 804
Compagnie minière Québec Cartier v. Québec (Commission des droits de la personne)	[1978] 1 S.C.R. 369	295
Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Québec (Procu- reur général)	1998 CanLII 12609	26
Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)	2014 QCCA 1654	27
Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v. British Columbia	2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650	38
Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)	2013 SCC 42, [2013] 2 S.C.R. 774	318
Cornish v. Ontario Securities Commission	[1999] 2 S.C.R. 203	473, 556
Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.	2013 ONSC 1310, 306 O.A.C. 107	120
Coutu v. Tribunal des droits de la personne	2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650	74
Crispino v. General Accident Insurance Company	[1993] R.J.Q. 2793	26
Culligan Canada Ltd. v. Fettes	2007 QCCA 1293, [2007] R.R.A. 847	654
Customs and Excise Commissioners v. Barclays Bank plc	2010 SKCA 151, 326 D.L.R. (4th) 463	93
	[2006] UKHL 28, [2007] 1 A.C. 181	97
D		
Daigle v. St-Gabriel-de-Brandon (Paroisse)	[1991] R.D.J. 249	94
Dallaire v. Paul-Émile Martel Inc.	[1989] 2 S.C.R. 419	677
Daoulov v. Canada (Attorney General)	2009 FCA 12, 388 N.R. 54	645

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
de Montigny v. Brossard (Succession)	2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64	72, 686, 804
Dean Construction Co. v. M.J. Dixon Construction Ltd.	2011 ONSC 4629, 5 C.L.R. (4th) 240	203
Deemar v. College of Veterinarians of Ontario	2008 ONCA 600, 92 O.R. (3d) 97	209
Delagarde v. United States of America	(2005), 293 N.B.R. (2d) 80	371
Devine v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 790	46, 806
Dobbie v. Arctic Glacier Income Fund	2011 ONSC 25, 3 C.P.C. (7th) 261	125
Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)	2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3	67, 150, 250, 514, 825
Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia	2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226	27
Dunsmuir v. New Brunswick	2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190	26, 74
Dyck v. Highton	2003 SKQB 396, 239 Sask. R. 38	748
E		
Elguzouli-Daf v. Commissioner of Police of the Metropolis	[1995] Q.B. 335	253
Ell v. Alberta	2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857	379
Entreprises Sibeca Inc. v. Frelighsburg (Municipality)	2004 SCC 61, [2004] 3 S.C.R. 304	70, 646
F		
Fellowes, McNeil v. Kansa General International Insurance Co.	(1998), 40 O.R. (3d) 456	202
FGT Custodians Pty. Ltd. v. Fagenblat	[2003] VSCA 33	205
Figueroa v. Canada (Attorney General)	2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912	42
Finney v. Barreau du Québec	2004 SCC 36, [2004] 2 S.C.R. 17	637
Ford v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 712	46, 804
Forget v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 90	36, 804
For-Net Montréal inc. v. Chergui	2014 QCCA 1508	27
Fougere v. Blunden Construction Ltd.	2014 NSCA 52, 345 N.S.R. (2d) 385	210
France Animation s.a. v. Robinson	2011 QCCA 1361	654
Freitag v. Penetanguishene (Town)	(1999), 47 O.R. (3d) 301	60
G		
Gallaher International Ltd. v. Tlais Enterprises Ltd.	[2007] EWHC 464	205
Gallant v. Brake-Patten	2012 NLCA 23, 321 Nfld. & P.E.I.R. 77	203
Gaz métropolitain inc. v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse	2011 QCCA 1201	25, 806
Genex Communications inc. v. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo	2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743	71
Germany (Federal Republic) v. Schreiber	(2006), 206 C.C.C. (3d) 339	568
Globe and Mail v. Canada (Attorney General)	2010 SCC 41, [2010] 2 S.C.R. 592	69
Godin v. Godin	2012 NSCA 54, 317 N.S.R. (2d) 204	93
Gould v. Western Coal Corp.	2012 ONSC 5184, 7 B.L.R. (5th) 19	203
Graat v. The Queen	[1982] 2 S.C.R. 819	193
Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component	2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295	61
Grenon v. Canada (Attorney General)	2007 ABQB 403, 76 Alta. L.R. (4th) 346 ...	748
Griggs v. Duke Power Co.	401 U.S. 424 (1971)	557
Guimond v. Quebec (Attorney General)	[1996] 3 S.C.R. 347	124

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
H		
H.L. v. Canada (Attorney General)	2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401	679
H.W. Liebig & Co. v. Leading Investments Ltd.	[1986] 1 S.C.R. 70	702
Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton	[1982] 1 All E.R. 1042	735
Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.	2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303	174
Handley v. Punnett	2003 BCSC 294	202
Harelkin v. University of Regina	[1979] 2 S.C.R. 561	734
Harper v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 2	386
Hefkey v. Hefkey	2013 ONCA 44, 30 R.F.L. (7th) 65	94
Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board.....	2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129	261
Hitzig v. Canada	(2003), 231 D.L.R. (4th) 104	613
Housen v. Nikolaisen	2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235	25, 504, 614, 679
Hryniak v. Mauldin	2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87	173
Human Rights Commission (Ont.) v. Brillinger	(2004), 185 O.A.C. 366	691
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	67, 845
Hutchingame v. Johnstone	2006 BCSC 271	203
I		
Imperial Tobacco Canada Ltd. v. Létourneau	2013 QCCA 1139	27
Infineon Technologies AG v. Option consommateurs.....	2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600	124
International Fund for Animal Welfare, Inc. v. Canada (Attorney General)	(1998), 157 D.L.R. (4th) 561	748
International Hi-Tech Industries Inc. v. FANUC Robotics Canada Ltd.	2006 BCSC 2011	209
Ironworkers Ontario Pension Fund (Trustee of) v. Manulife Financial Corp.	2013 ONSC 4083, 44 C.P.C. (7th) 80	125
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 927	47
Ivanov v. United States of America	2003 NLCA 11, 223 Nfld. & P.E.I.R. 44	371
J		
Jackson v. Honey	2009 BCCA 112, 267 B.C.A.C. 210	93
Jaskhs Enterprises Inc. v. Indus Corp.	2004 CanLII 32262	93
Jones v. National Coal Board	[1957] 2 All E.R. 155	298
K		
Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran	2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176	499
Kerr v. Danier Leather Inc.	2007 SCC 44, [2007] 3 S.C.R. 331	129
Kirby Lowbed Services Ltd. v. Bank of Nova Scotia.....	2003 BCSC 617	203
Kirch Communications Pty Ltd. v. Gene Engineering Pty Ltd.....	[2002] NSWSC 485	205
Krieger v. Law Society of Alberta	2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372	241, 644
L		
Lake v. Canada (Minister of Justice)	2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761	565
Lavers v. British Columbia (Minister of Finance).....	(1989), 64 D.L.R. (4th) 193	748
Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	[1999] 1 S.C.R. 497	557

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Law Society of New Brunswick v. Ryan	2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247	27
Leary v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 29	589
Locabail (U.K.) Ltd. v. Bayfield Properties Ltd.	[2000] Q.B. 451	314
Longpré v. Thériault	[1979] C.A. 258	654
Lord Abinger v. Ashton	(1873), L.R. 17 Eq. 358	192
Loyola High School v. Quebec (Attorney General)	2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613	74
M		
M. v. H.	[1999] 2 S.C.R. 3	544
Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)	2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405	238, 273
Mahe v. Alberta	[1990] 1 S.C.R. 342	154, 318
Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)	2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623	446
Marchand v. Simcoe County Board of Education	(1986), 12 C.P.C. (2d) 140	177
Marcotte v. Longueuil (City)	2009 SCC 43, [2009] 3 S.C.R. 65	124
Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.	2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387	195
Matchbet Ltd. v. Openbet Retail Ltd.	[2013] EWHC 3067	205
May v. Ferndale Institution	2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809	732
McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) v. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal	2007 SCC 4, [2007] 1 S.C.R. 161	806
McLean v. British Columbia (Securities Commission)	2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895	29
McLean v. The King	[1933] S.C.R. 688	516
McMartin v. The Queen	[1964] S.C.R. 484	381
Meat Corp. of Namibia Ltd. v. Dawn Meats (U.K.) Ltd.	[2011] EWHC 474	205
Ménard v. Rivet	[1997] R.J.Q. 2108	33
Messageries publi-maison ltée v. Société canadienne des postes	[1996] R.J.Q. 547	747
Miazga v. Kvello Estate	2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339	232, 274, 644
Miglin v. Miglin	(2001), 53 O.R. (3d) 641	299
Miglin v. Miglin	2003 SCC 24, [2003] 1 S.C.R. 303	296
Mills v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 863	266, 730
Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) v. Celestica Inc.	2014 ONCA 90, 118 O.R. (3d) 641	125
Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) v. Celestica Inc.	2014 ONSC 1057, 49 C.P.C. (7th) 12	125
Mission Institution v. Khela	2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502	31, 732
Moore v. British Columbia (Education)	2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360 ...	76, 500, 806
Morin v. The Queen	(1890), 18 S.C.R. 407	515
Morrow, Power v. Newfoundland Telephone Co.	(1994), 121 Nfld. & P.E.I.R. 334	94
Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)	2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3	202, 816
Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys	2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256	46, 168
Mutuelle des fonctionnaires du Québec v. Immeubles G.C. Gagnon inc....	1997 CanLII 10674	709
N		
National Justice Compania Naviera S.A. v. Prudential Assurance Co.	[1993] 2 Lloyd's Rep. 68	198
National Justice Compania Naviera S.A. v. Prudential Assurance Co.	[1995] 1 Lloyd's Rep. 455	198
Nelles v. Ontario	[1989] 2 S.C.R. 170	231, 274, 644

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.	2008 SCC 45, [2008] 2 S.C.R. 604	804
Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)	2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708	74
Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin	2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504	69
O		
Ocean v. Economical Mutual Insurance Co.	2010 NSSC 315, 293 N.S.R. (2d) 394	202
Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board	2005 SCC 16, [2005] 1 S.C.R. 257	69
Ontario (Attorney General) v. Paul Magder Furs Ltd.	(1991), 6 O.R. (3d) 188	102
Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 S.C.R. 536	804
Ontario (Speaker of the Legislative Assembly) v. Ontario (Human Rights Commission)	(2001), 54 O.R. (3d) 595	66
Operation Dismantle Inc. v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 441	645
Ordon Estate v. Grail	[1998] 3 S.C.R. 437	747
P		
Palmer v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 759	380
Parent v. Lapointe	[1952] 1 S.C.R. 376	814
Parrot v. Thompson	[1984] 1 S.C.R. 57	677
Peel Law Assn. v. Pieters	2013 ONCA 396, 116 O.R. (3d) 80	809
Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)	[1994] 2 S.C.R. 557	129
Pierre v. McRae, Coroner	2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321 ...	447, 497
Poje v. Attorney General for British Columbia	[1953] 1 S.C.R. 516	92
Prairie Well Servicing Ltd. v. Tundra Oil and Gas Ltd.	2000 MBQB 52, 146 Man. R. (2d) 284	209
Premi v. Khodeir	(2009), 198 C.R.R. (2d) 8	748
Prescott-Russell Services for Children and Adults v. G. (N.)	(2006), 82 O.R. (3d) 686	93
Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.	2006 SCC 52, [2006] 2 S.C.R. 612	92
Proulx v. Quebec (Attorney General)	2001 SCC 66, [2001] 3 S.C.R. 9	232, 644
Proulx v. Québec (Procureur général)	[1997] R.J.Q. 2509	683
Proulx v. Québec (Procureur général)	[1997] R.J.Q. 2516	683
Prud'homme v. Prud'homme	2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663	637
Q		
Quebec (Attorney General) v. A	2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61	500, 555
Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal	2004 SCC 30, [2004] 1 S.C.R. 789 ...	69, 687, 825
Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Dhawan	2000 CanLII 11031	26
Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)	2000 SCC 27, [2000] 1 S.C.R. 665	36, 804
Quebec (Education, Recreation and Sports) v. Nguyen	2009 SCC 47, [2009] 3 S.C.R. 208	318
Québec (Procureure générale) v. Tribunal des droits de la personne ...	[2002] R.J.Q. 628	27
Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand	[1996] 3 S.C.R. 211	72, 688

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R		
R. v. 974649 Ontario Inc.	2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575	232
R. v. Abbey	[1982] 2 S.C.R. 24	194
R. v. Abbey	2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330	194
R. v. Adgey	[1975] 2 S.C.R. 426	839
R. v. Anderson	(2002), 57 O.R. (3d) 671	566
R. v. Anderson	2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167	241
R. v. Askov	[1990] 2 S.C.R. 1199	500
R. v. B. (A.)	(2006), 204 C.C.C. (3d) 490	347
R. v. B. (L.)	(1997), 35 O.R. (3d) 35	259
R. v. Babos	2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309	242, 514, 568
R. v. Badgerow	2014 ONCA 272, 119 O.R. (3d) 399	566
R. v. Bain	[1992] 1 S.C.R. 91	428
R. v. Barrow	[1987] 2 S.C.R. 694	478
R. v. Belnavis	[1997] 3 S.C.R. 341	847
R. v. Bernard	[1988] 2 S.C.R. 833	584
R. v. Bhullar	2005 BCCA 409	348
R. v. Biddle	[1995] 1 S.C.R. 761	435, 464, 491
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	36, 496, 610
R. v. Bird	[1984] 1 C.N.L.R. 122	516
R. v. Blind	(1999), 139 C.C.C. (3d) 87	348
R. v. Born with a Tooth	(1993), 81 C.C.C. (3d) 393	489
R. v. Boswell	2011 ONCA 283, 85 C.R. (6th) 290	197
R. v. Bradley (No. 2)	(1973), 23 C.R.N.S. 39	424
R. v. Brotherston	2009 BCCA 431, 71 C.R. (6th) 81	348
R. v. Brown	(2006), 215 C.C.C. (3d) 330	425
R. v. Buckingham	2007 NLTD 107, 221 C.C.C. (3d) 568	492
R. v. Burlingham	[1995] 2 S.C.R. 206	362
R. v. Burns	[1994] 1 S.C.R. 656	386
R. v. Butler	(1984), 63 C.C.C. (3d) 243	434, 493
R. v. C. (M.)	2014 ONCA 611, 13 C.R. (7th) 396	197
R. v. Cameron	1991), 2 O.R. (3d) 633	517
R. v. Carosella	[1997] 1 S.C.R. 80	514
R. v. Charters	2007 NBCA 66, 319 N.B.R. (2d) 179	839
R. v. Chase	[1987] 2 S.C.R. 293	589
R. v. Church of Scientology	(1997), 33 O.R. (3d) 65	424, 464, 491
R. v. Cinous	2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3	839
R. v. Clark	2005 SCC 2, [2005] 1 S.C.R. 6	504
R. v. Clay	(2000), 49 O.R. (3d) 577	611
R. v. Coates	2010 QCCA 919	355
R. v. Cockell	2013 ABCA 112, 553 A.R. 91	528
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265	362
R. v. Cooper	[1993] 1 S.C.R. 146	589
R. v. D. (R.)	2010 ONCA 899, 273 C.C.C. (3d) 7	348
R. v. D.D.	2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275	192
R. v. Dagenais	2012 QCCA 244	391
R. v. Daley	2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523	258, 776

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Davey	2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828	462, 487
R. v. Daviault	[1994] 3 S.C.R. 63	584
R. v. DeMarco	(1973), 13 C.C.C. (2d) 369	839
R. v. Demetrius	2009 CanLII 22797	209
R. v. Docherty	2010 ONSC 3628	202
R. v. Edwards	[1996] 1 S.C.R. 128	845
R. v. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 713	41
R. v. Ellis	[2011] NZCA 90, [2011] 4 L.R.C. 515	519
R. v. Fiddler	[1994] 4 C.N.L.R. 99	416, 517
R. v. Find	2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863	424, 496
R. v. G.D.B.	2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520	381
R. v. Gamble	[1988] 2 S.C.R. 595	266
R. v. George	[1960] S.C.R. 871	589
R. v. Gladue	[1999] 1 S.C.R. 688	421, 511
R. v. Graveline	2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609	545, 599, 843
R. v. Hall	2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309	336
R. v. Hebert	[1996] 2 S.C.R. 272	780
R. v. Hudson	(1993), 88 Man. R. (2d) 150	595
R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.	2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45	239, 637
R. v. INCO Ltd.	(2006), 80 O.R. (3d) 594	203
R. v. Ipeelee	2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433	512
R. v. J.-L.J.	2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600	195
R. v. Jack	(1993), 88 Man. R. (2d) 93	776
R. v. Jacquard	[1997] 1 S.C.R. 314	780
R. v. Kapp	2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483	556
R. v. Keegstra	[1990] 3 S.C.R. 697	41
R. v. Kent	(1986), 27 C.C.C. (3d) 405	424, 491
R. v. Klassen	2003 MBQB 253, 179 Man. R. (2d) 115	203
R. v. Kokopenace	2011 ONCA 536, 107 O.R. (3d) 189	429
R. v. L.M.	2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163	372
R. v. L.W.	(2006), 208 O.A.C. 42	534
R. v. LaFramboise	(2005), 203 C.C.C. (3d) 492	348
R. v. Lamothe	(1990), 58 C.C.C. (3d) 530	361
R. v. Latchmana	2008 ONCJ 187, 170 C.R.R. (2d) 128	611
R. v. Lauda	[1998] 2 S.C.R. 683	847
R. v. Laws	(1998), 41 O.R. (3d) 499	424
R. v. Lippé	[1991] 2 S.C.R. 114	296, 428
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309	42
R. v. M. (C.A.)	[1996] 1 S.C.R. 500	372
R. v. M. (P.S.)	(1992), 77 C.C.C. (3d) 402	381
R. v. M. (S.H.)	[1989] 2 S.C.R. 446	369
R. v. M.B.M.	2002 MBCA 154, 170 Man. R. (2d) 131	841
R. v. Mack	2014 SCC 58, [2014] 3 S.C.R. 3	785
R. v. Massan	2012 MBCA 26, 289 C.C.C. (3d) 285	370
R. v. Mathisen	2008 ONCA 747, 239 C.C.C. (3d) 63	784
R. v. McDonnell	[1997] 1 S.C.R. 948	372
R. v. McKnight	(1999), 135 C.C.C. (3d) 41	377

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. McNeil	(2006), 84 O.R. (3d) 125	785
R. v. McNeil	2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66	259, 274
R. v. Mian	2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689	559
R. v. Miller	[1985] 2 S.C.R. 613	732
R. v. Mills	[1999] 3 S.C.R. 668	247
R. v. Mohan	[1994] 2 S.C.R. 9	194
R. v. Morales	[1992] 3 S.C.R. 711	343
R. v. Mordue	(2006), 223 C.C.C. (3d) 407	357
R. v. Morgentaler	(1984), 41 C.R. (3d) 262	730
R. v. Morgentaler	[1988] 1 S.C.R. 30	611
R. v. Morin	[1988] 2 S.C.R. 345	545, 772
R. v. Morin	[1992] 1 S.C.R. 771	500
R. v. Muise	(1994), 94 C.C.C. (3d) 119	376
R. v. Muma	(1989), 51 C.C.C. (3d) 85	595
R. v. N.S.	2012 SCC 72, [2012] 3 S.C.R. 726	41
R. v. Nahdee	[1994] 2 C.N.L.R. 158	428, 496
R. v. Nasogaluak	2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206	372
R. v. Nguyen	(1997), 119 C.C.C. (3d) 269	360
R. v. Nixon	2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566	242
R. v. O'Connor	[1995] 4 S.C.R. 411	507
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	42, 617
R. v. Oliver	2008 NLCA 27, 287 Nfld. & P.E.I.R. 123 ...	370
R. v. Pan	2001 SCC 42, [2001] 2 S.C.R. 344	496
R. v. Parker	(2000), 146 C.C.C. (3d) 193	606
R. v. Parks	(1993), 15 O.R. (3d) 324	493
R. v. Pearson	[1992] 3 S.C.R. 665	343
R. v. Pichler	2009 ABPC 24	347
R. v. Pickton	2010 SCC 32, [2010] 2 S.C.R. 198	543
R. v. Pintar	(1996), 30 O.R. (3d) 483	784
R. v. Price	[1993] 3 S.C.R. 633	381
R. v. Regan	2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297	514
R. v. Riendeau	2012 QCCA 1155	391
R. v. Rojas	2008 SCC 56, [2008] 3 S.C.R. 111	843
R. v. Rondeau	(1996), 108 C.C.C. (3d) 474	350
R. v. S. (R.D.)	[1997] 3 S.C.R. 484	41, 296
R. v. S.D.D.	2002 NFCA 18, 211 Nfld. & P.E.I.R. 157 ...	598
R. v. Sappier	2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686	544
R. v. Schmidtke	(1985), 19 C.C.C. (3d) 390	595
R. v. Sekhon	2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272	195
R. v. Sharpe	2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45	526
R. v. Sherratt	[1991] 1 S.C.R. 509	424, 462, 488
R. v. Shropshire	[1995] 4 S.C.R. 227	372
R. v. Skedden	2013 ONCA 49	841
R. v. Snow	(2004), 73 O.R. (3d) 40	517
R. v. Stinchcombe	[1991] 3 S.C.R. 326	247, 274
R. v. Summers	2014 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575	352
R. v. Swanson	(1989), 48 C.C.C. (3d) 316	595
R. v. Teemotee	2011 NUCJ 17	347

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Teerhuis-Moar	2010 MBCA 102, 222 C.R.R. (2d) 207	496
R. v. Tessling	2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432	846
R. v. Thomson	(2004), 21 C.R. (6th) 209	347
R. v. Trochym	2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239	196
R. v. Trout	2006 MBCA 96, 205 Man. R. (2d) 277	363
R. v. Turcotte	2014 QCCA 2190	364
R. v. Turpin	[1989] 1 S.C.R. 1296	487
R. v. Violette	2008 BCSC 920	203
R. v. W.E.B.	2014 SCC 2, [2014] 1 S.C.R. 34	504
R. v. Walle	2012 SCC 41, [2012] 2 S.C.R. 438	258
R. v. Warsing	[1998] 3 S.C.R. 579	380
R. v. White	[1998] 2 S.C.R. 72	772
R. v. White	2005 ABCA 403, 202 C.C.C. (3d) 295	370
R. v. White	2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433	772
R. v. Williams	[1998] 1 S.C.R. 1128	428, 490
R. v. Yooya	[1995] 1 C.N.L.R. 166	496
R. v. Yumnu	2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777	490
R. v. Zebedee	(2006), 81 O.R. (3d) 583	787, 841
R. (Factortame Ltd.) v. Secretary of State for Transport.....	[2002] EWCA Civ 932, [2003] Q.B. 381 ..	204
Racicot v. Mercier	[1968] B.R. 975	712
Re B.C. Motor Vehicle Act	[1985] 2 S.C.R. 486	612
Re Tyre Manufacturers' Agreement	[1966] 2 All E.R. 849	97
Re Williams and Attorney-General for Canada	(1983), 45 O.R. (2d) 291	747
Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)	[1991] 2 S.C.R. 158	42
Reference re Public Schools Act (Man.), s. 79(3), (4) and (7)	[1993] 1 S.C.R. 839	156
Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island	[1997] 3 S.C.R. 3	67
Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6	2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433	181
Remax Alliance v. Placements Jabena inc.	2007 QCCQ 12756	709
Reynolds v. Kingston (Police Services Board)	2007 ONCA 375, 86 O.R. (3d) 43	691
Richard v. Time Inc.	2012 SCC 8, [2012] 1 S.C.R. 265	71
Rodriguez v. Pacificare of Texas, Inc.	980 F.2d 1014 (1993)	205
Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada	2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283	29
Rojas v. Berllaque	[2003] UKPC 76, [2004] 1 W.L.R. 201	519
Round v. MacDonald, Dettwiler and Associates Ltd.	2011 BCSC 1416	125
Rousseau v. Bennett	[1956] S.C.R. 89	814
Royal Lepage des Moulins Inc. v. Baril	2004 CanLII 29347	709
Royal Trust Corp. of Canada v. Fisherman.....	(2000), 49 O.R. (3d) 187	202
Ruel v. Marois	[2001] R.J.Q. 2590	811
Ruffo v. Conseil de la magistrature	[1995] 4 S.C.R. 267	296
S		
S.L. v. Commission scolaire des Chênes	2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235	36
Sansregret v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 570	596
Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan	2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 401	279
Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott.....	2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467	29, 76
Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General).....	(1993), 67 F.T.R. 98	724

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney-General)	(1993), 107 D.L.R. (4th) 63	747
Seifert v. Canada (Attorney General)	2002 BCCA 385, 171 B.C.A.C. 203	372
Sheppard v. Sheppard	(1976), 12 O.R. (2d) 4	94
Silver v. Imax Corp.	(2009), 66 B.L.R. (4th) 222	125
Smith v. Alliance Pipeline Ltd.	2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160	30
SmithKline Beecham (Australia) Pty Ltd. v. Chipman	[2003] FCA 796, 131 F.C.R. 500	205
Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)	2005 SCC 14, [2005] 1 S.C.R. 201	172, 318
Soper v. Gaudet	2011 NSCA 11, 298 N.S.R. (2d) 303	93
Sorbara v. Canada (Attorney General)	2009 ONCA 506, 98 O.R. (3d) 673	747
Souliere v. Leclair	(1998), 52 C.R.R. (2d) 156	748
South African Commercial Catering and Allied Workers Union v. Irvin & Johnson Ltd. (Seafoods Division Fish Processing)	2000 (3) S.A. 705	301
St. Elizabeth Home Society v. Hamilton (City)	2008 ONCA 182, 89 O.R. (3d) 81	94
St-Yves v. Laurentienne générale, compagnie d'assurance inc.	1997 CanLII 10732	654
Sussex Group Ltd. v. Fangeat	42 C.P.C. (5th) 274	96
Symes v. Canada	[1993] 4 S.C.R. 695	500
Syndicat Northerest v. Amselem	2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551	45
T		
Tagatz v. Marquette University	861 F.2d 1040 (1988)	205
Take and Save Trading CC v. Standard Bank of SA Ltd.	2004 (4) S.A. 1	298
Tenenbaum v. United States of America	2008 ABCA 396, 446 A.R. 155	371
Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)	2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161	29
TG Industries Ltd. v. Williams	2001 NSCA 105, 196 N.S.R. (2d) 35	93
Thatcher v. Canada (Attorney General)	[1997] 1 F.C. 289	645
Therrien (Re)	2001 SCC 35, [2001] 2 S.C.R. 3	640
Thornton v. School District No. 57 (Prince George)	[1978] 2 S.C.R. 267	682
Timm v. Canada (Attorney General)	2012 FC 505, 409 F.T.R. 8	645
Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada	2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721	373
TSC Industries, Inc. v. Northway, Inc.	426 U.S. 438 (1976)	132
U		
United City Properties Ltd. v. Tong	2010 BCSC 111	203
United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)	[1992] 1 S.C.R. 901	92
United States v. Burns	2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283	565, 571
United States of America v. Chan	(2000), 144 C.C.C. (3d) 93	371
United States of America v. Graham	2004 BCCA 162, 195 B.C.A.C. 245	372
United States of America v. Palmucci	2001 CanLII 38680	371
United States of America v. Pannell	(2005), 193 C.C.C. (3d) 414	371
United States of America v. Yuen	2004 ABCA 368, 363 A.R. 28	371
Université du Québec à Trois-Rivières v. Larocque	[1993] 1 S.C.R. 471	815

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
V		
Valente v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 673	296, 345, 428
Vancouver (City) v. Ward	2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28	231, 265
Velk v. McGill University	2011 QCCA 578	811
Victoria (City) v. Adams	2009 BCCA 563, 100 B.C.L.R. (4th) 28	175
Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc. ...	[1992] 2 S.C.R. 1065	94
Viel v. Entreprises Immobilières du Terroir ltée	[2002] R.J.Q. 1262	73, 689
W		
Waddell v. Governor in Council	(1981), 30 B.C.L.R. 127	747
Wakeford v. Canada	(2002), 58 O.R. (3d) 65	748
Ward v. Canada (Attorney General)	(1997), 155 Nfld. & P.E.I.R. 313	748
Wewaykum Indian Band v. Canada	2003 SCC 45, [2003] 2 S.C.R. 259	296
Wilson v. Minister of Justice	[1983] 2 F.C. 379	657
Wilson v. The Queen	[1983] 2 S.C.R. 594	102
Withler v. Canada (Attorney General)	2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396	556
Y		
Young v. Young	[1993] 4 S.C.R. 3	691
Z		
Z Ltd. v. A-Z	[1982] 2 W.L.R. 288	97
Zylberberg v. Sudbury Board of Education (Director)	(1988), 65 O.R. (2d) 641	59

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
1465778 Ontario Inc. c. 1122077 Ontario Ltd.	(2006), 82 O.R. (3d) 757	689
9118-7781 Québec inc. (Groupe Sutton Millénia) c. Lerer	2012 QCCA 430, [2012] R.J.Q. 331	709
A		
Agence canadienne d’inspection des aliments c. Institut professionnel de la fonction publique du Canada	2010 CSC 66, [2010] 3 R.C.S. 657	637, 727
Agribrands Purina Canada Inc. c. Kasamekas	2010 ONSC 166	209
Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony	2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567	46
Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association	2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654	29
Alfano c. Piersanti	2012 ONCA 297, 291 O.A.C. 62	203
Allen c. Renfrew (County)	(2004), 69 O.R. (3d) 742	61
Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.	[1978] 2 R.C.S. 229	682
Andrews c. Law Society of British Columbia	[1989] 1 R.C.S. 143	556, 807
Apple Inc. c. Motorola, Inc.	757 F.3d 1286 (2014)	205
Argentine c. Mellino	[1987] 1 R.C.S. 536	572
Armchair Passenger Transport Ltd. c. Helical Bar Plc	[2003] EWHC 367	204
Arnold c. Teno	[1978] 2 R.C.S. 287	682
Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard	[1999] 3 R.C.S. 851	297
Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard	2000 CSC 1, [2000] 1 R.C.S. 3	154
Arsenault-Cameron c. Prince Edward Island	(1997), 149 Nfld. & P.E.I.R. 96	177
Assn. des Parents Francophones (Colombie-Britannique) c. British Columbia	(1996) 27 B.C.L.R. (3d) 83	147
Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Proprio Direct inc.	2008 CSC 32, [2008] 2 R.C.S. 195	27
Association des juges administratifs de la Commission des lésions professionnelles c. Québec (Procureur général)	2013 QCCA 1690, [2013] R.J.Q. 1593	27
Association des pompiers de Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse	2011 QCCA 2041, [2011] R.J.D.T. 1025	23
Attorney General c. Punch Ltd.	[2002] UKHL 50, [2003] 1 A.C. 1046	97
Attorney General for Canada c. Attorney General of the Province of Ontario	(1894), 23 R.C.S. 458	639
B		
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) ...	[1999] 2 R.C.S. 817	296
Baker c. Paul	[2013] NSWCA 426	98
Bande indienne Wewaykum c. Canada	2003 CSC 45, [2003] 2 R.C.S. 259	296
Bank of Montreal c. Citak	[2001] O.J. No. 1096 (QL)	202
Banque Canadienne Nationale c. Mastracchio	[1962] R.C.S. 53	814
Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan	2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247	27

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Barrette c. Union canadienne, compagnie d'assurances	2013 QCCA 1687, [2013] R.J.Q. 1577	654
Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.	[1996] 2 R.C.S. 345	69, 686, 804
Bell ExpressVu Limited Partnership c. Torroni	2009 ONCA 85, 94 O.R. (3d) 614	92
Bertrand c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse	2014 QCCA 2199	25
Bhatnager c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1990] 2 R.C.S. 217	93
Bilodeau c. Canada (Ministre de la Justice)	2009 QCCA 746, [2009] R.J.Q. 1003	645
Bilodeau c. Canada (Ministre de la Justice)	2011 CF 886	645
Boily c. États-Unis Mexicains	2005 QCCA 599	371
Bombardier inc. (Bombardier Aerospace Training Center) c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse	2013 QCCA 1650, [2013] R.J.Q. 1541	25
British Columbia Milk Marketing Board c. Aquilini	[1997] B.C.J. No. 843 (QL)	747
Brouillard c. La Reine	[1985] 1 R.C.S. 39	297
Bruker c. Marcovitz	2007 CSC 54, [2007] 3 R.C.S. 607	46
C		
C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)	2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332	736
Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa.....	2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339	29, 726
Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)	2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471	29
Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net	[1998] 1 R.C.S. 626	726
Canada (Justice) c. Fischbacher	2009 CSC 46, [2009] 3 R.C.S. 170	568
Canada Metal Co. c. C.B.C. (No. 2)	(1974), 48 D.L.R. (3d) 641	97
Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobias	[1997] 3 R.C.S. 391	514
Canada (Premier ministre) c. Khadr	2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44	514
Canada (Procureur général) c. Barnaby	2015 CSC 31, [2015] 2 R.C.S. 563	571
Canada (Procureur général) c. Bedford	2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101	499, 615
Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada	2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401	748
Canada (Procureur général) c. McArthur	2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626	727, 750
Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society.....	2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134	615
Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.	2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585	724, 747
Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.	2001 CSC 36, [2001] 2 R.C.S. 100	27
Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)	[1989] 2 R.C.S. 49	734
Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui	[1995] 1 R.C.S. 3	735
Caplin c. Canada (Justice)	2015 CSC 32, [2015] 2 R.C.S. 570	567
Cartaway Resources Corp. (Re).....	2000 BCSECCOM 88, [2000] B.C.S.C.D. No. 92 (QL)	120
Carter c. Canada (Procureur général)	2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331	174, 617
Casurina Ltd. Partnership c. Rio Algom Ltd.	(2002), 28 B.L.R. (3d) 44	209
Centre commercial Les Rivières Itée c. Jean Bleu inc.	2012 QCCA 1663	94
Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal	2007 CSC 4, [2007] 1 R.C.S. 161	806
Chaput c. Romain	[1955] R.C.S. 834	686
Chiang (Trustee of) c. Chiang	2009 ONCA 3, 305 D.L.R. (4th) 655	92

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Cinar Corporation c. Robinson	2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168	682
Clements c. Clements	2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181	263
Coady c. Burton Canada Co.	2013 NSCA 95, 333 N.S.R. (2d) 348	210
Cojocarú c. British Columbia Women’s Hospital and Health Centre ...	2013 CSC 30, [2013] 2 R.C.S. 357	297
College of Optometrists (Ont.) c. SHS Optical Ltd.	2008 ONCA 685, 241 O.A.C. 225	88
Collins Thomson c. Clayton	[2002] NSWSC 366	205
Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan	2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371	174, 691
Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commis- sion) c. BCGSEU	[1999] 3 R.C.S. 3	558, 806
Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Fontaine	2005 QCCA 775, [2005] R.J.Q. 2203	27
Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Québec	[1989] R.J.Q. 831	807
Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9185-2152 Québec inc. (Radio Lounge Brossard)	2015 QCCA 577	25
Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gaz métropolitain inc.	2008 QCTDP 24, [2009] R.J.Q. 487	809
Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Laval (Ville de)	[2006] R.J.Q. 2529	17
Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 R.C.S. 536	804
Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la per- sonne et des droits de la jeunesse	2006 QCCA 82, [2006] R.J.Q. 378	25
Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la per- sonne et des droits de la jeunesse	2012 QCCA 988, [2012] R.J.Q. 1022	25
Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys c. Gallardo	2012 QCCA 908, [2012] R.J.Q. 1001	26
Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin	[1994] 2 R.C.S. 525	36, 804
Committee for Justice and Liberty c. Office national de l’énergie ...	[1978] 1 R.C.S. 369	295
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Com- mission canadienne des droits de la personne)	[1987] 1 R.C.S. 1114	805
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Pro- cureur général)	2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135	30
Compagnie minière Québec Cartier c. Québec (Commission des droits de la personne)	1998 CanLII 12609	26
Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Pro- cureur général)	2014 QCCA 1654	27
Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)	2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650	38
Conseil canadien des relations du travail c. Paul L’Anglais Inc.	[1983] 1 R.C.S. 147	724, 751
Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.	2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650	74
Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie- Britannique	2013 CSC 42, [2013] 2 R.C.S. 774	318
Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord cana- dien)	[1999] 2 R.C.S. 203	473, 556
Cornish c. Ontario Securities Commission	2013 ONSC 1310, 306 O.A.C. 107	120
Coutu c. Tribunal des droits de la personne	[1993] R.J.Q. 2793	26
Crispino c. General Accident Insurance Company	2007 QCCA 1293, [2007] R.R.A. 847	654
Culligan Canada Ltd. c. Fettes	2010 SKCA 151, 326 D.L.R. (4th) 463	93
Customs and Excise Commissioners c. Barclays Bank plc	[2006] UKHL 28, [2007] 1 A.C. 181	97

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
D		
Daigle c. St-Gabriel-de-Brandon (Paroisse)	[1991] R.D.J. 249	94
Dallaire c. Paul-Émile Martel Inc.	[1989] 2 R.C.S. 419	677
Daoulov c. Canada (Procureur général)	2009 CAF 12, 388 N.R. 54	645
de Montigny c. Brossard (Succession)	2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64 ... 72, 686, 804	
Dean Construction Co. c. M.J. Dixon Construction Ltd.	2011 ONSC 4629, 5 C.L.R. (4th) 240	203
Deemar c. College of Veterinarians of Ontario	2008 ONCA 600, 92 O.R. (3d) 97	209
Delagarde c. United States of America	(2005), 293 R.N.-B. (2 ^e) 80	371
Devine c. Québec (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 790	46, 806
Dobbie c. Arctic Glacier Income Fund	2011 ONSC 25, 3 C.P.C. (7th) 261	125
Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)	2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3	67, 150, 250, 514, 825
Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia	2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226	27
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick	2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190	26, 74
Dyck c. Highton	2003 SKQB 396, 239 Sask. R. 38	748
E		
École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)	2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613	74
Elguzouli-Daf c. Commissioner of Police of the Metropolis	[1995] Q.B. 335	253
Ell c. Alberta	2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S. 857	379
Entreprises Sibeca Inc. c. Frelighsburg (Municipalité)	2004 CSC 61, [2004] 3 R.C.S. 304	70, 646
Établissement de Mission c. Khela	2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502	31, 732
États-Unis c. Burns	2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283	565, 572
F		
Fellowes, McNeil c. Kansa General International Insurance Co.	(1998), 40 O.R. (3d) 456	202
FGT Custodians Pty. Ltd. c. Fagenblat	[2003] VSCA 33	205
Figueroa c. Canada (Procureur général)	2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912	42
Finney c. Barreau du Québec	2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17	637
Ford c. Québec (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 712	46, 805
Forget c. Québec (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 90	36, 804
For-Net Montréal inc. c. Chergui	2014 QCCA 1508	27
Fougere c. Blunden Construction Ltd.	2014 NSCA 52, 345 N.S.R. (2d) 385	210
France Animation s.a. c. Robinson	2011 QCCA 1361, [2011] R.J.Q. 1415	654
Freitag c. Penetanguishene (Town)	(1999), 47 O.R. (3d) 301	60
Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada	2014 CSC 42, [2014] 2 R.C.S. 197	30
F		
Gallaher International Ltd. c. Tlais Enterprises Ltd.	[2007] EWHC 464	205
Gallant c. Brake-Patten	2012 NLCA 23, 321 Nfld. & P.E.I.R. 77	203
Gaz Métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse	2011 QCCA 1201, [2011] R.J.Q. 1253	25, 806
Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo	2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743	71
Germany (Federal Republic) c. Schreiber	(2006), 206 C.C.C. (3d) 339	568
Globe and Mail c. Canada (Procureur général)	2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592	69

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Godin c. Godin	2012 NSCA 54, 317 N.S.R. (2d) 204	93
Gould c. Western Coal Corp.	2012 ONSC 5184, 7 B.L.R. (5th) 19	203
Graat c. La Reine	[1982] 2 R.C.S. 819	194
Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique	2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295	61
Grenon c. Canada (Attorney General)	2007 ABQB 403, 76 Alta. L.R. (4th) 346 ...	748
Griggs c. Duke Power Co.	401 U.S. 424 (1971)	558
Guimond c. Québec (Procureur général)	[1996] 3 R.C.S. 347	124
H		
H.L. c. Canada (Procureur général)	2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401	679
H.W. Liebig & Co. c. Leading Investments Ltd.	[1986] 1 R.C.S. 70	702
Hadmor Productions Ltd. c. Hamilton	[1982] 1 All E.R. 1042	735
Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.	2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S. 303	174
Handley c. Punnett	2003 BCSC 294	202
Harelkin c. Université de Regina	[1979] 2 R.C.S. 561	734
Harper c. La Reine	[1982] 1 R.C.S. 2	386
Hefkey c. Hefkey	2013 ONCA 44, 30 R.F.L. (7th) 65	94
Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth	2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129	261
Hitzig c. Canada	(2003), 231 D.L.R. (4th) 104	613
Housen c. Nikolaisen	2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235	25, 504, 614, 679
Hryniak c. Mauldin	2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87	173
Human Rights Commission (Ont.) c. Brillinger	(2004), 185 O.A.C. 366	691
Hunter c. Southam Inc.	[1984] 2 R.C.S. 145	67, 845
Hutchingame c. Johnstone	2006 BCSC 271	203
I		
Imperial Tobacco Canada Ltd. c. Létourneau	2013 QCCA 1139	27
Infineon Technologies AG c. Option consommateurs	2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600	124
International Fund for Animal Welfare, Inc. c. Canada (Attorney Gen- eral)	(1998), 157 D.L.R. (4th) 561	748
International Hi-Tech Industries Inc. c. FANUC Robotics Canada Ltd. ...	2006 BCSC 2011	209
Ironworkers Ontario Pension Fund (Trustee of) c. Manulife Financial Corp.	2013 ONSC 4083, 44 C.P.C. (7th) 80	125
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927	47
Ivanov c. United States of America	2003 NLCA 11, 223 Nfld. & P.E.I.R. 44	371
J		
Jackson c. Honey	2009 BCCA 112, 267 B.C.A.C. 210	93
Jaskhs Enterprises Inc. c. Indus Corp.	2004 CanLII 32262	93
Jones c. National Coal Board	[1957] 2 All E.R. 155	298
K		
Kazemi (Succession) c. République islamique d’Iran	2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176	499
Kerr c. Danier Leather Inc.	2007 CSC 44, [2007] 3 R.C.S. 331	129

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Kirby Lowbed Services Ltd. c. Bank of Nova Scotia	2003 BCSC 617	203
Kirch Communications Pty Ltd. c. Gene Engineering Pty Ltd.	[2002] NSWSC 485	205
Krieger c. Law Society of Alberta	2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372	241, 644
L		
Lake c. Canada (Ministre de la Justice)	2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761	565
Lavers c. British Columbia (Minister of Finance)	(1989), 64 D.L.R. (4th) 193	748
Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1999] 1 R.C.S. 497	557
Leary c. La Reine	[1978] 1 R.C.S. 29	589
Locabail (U.K.) Ltd. c. Bayfield Properties Ltd.	[2000] Q.B. 451	314
Longpré c. Thériault	[1979] C.A. 258	654
Lord Abinger c. Ashton	(1873), L.R. 17 Eq. 358	192
M		
M. c. H.	[1999] 2 R.C.S. 3	544
Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances).....	2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405	238, 273
Mahe c. Alberta	[1990] 1 R.C.S. 342	154, 318
Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)	2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623	446
Marchand c. Simcoe County Board of Education	(1986), 12 C.P.C. (2d) 140	177
Marcotte c. Longueuil (Ville)	2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65	124
Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.	2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387	195
Matchbet Ltd. c. Openbet Retail Ltd.	[2013] EWHC 3067	205
May c. Établissement Ferndale	2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809	732
McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)	2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895	29
McLean c. The King	[1933] R.C.S. 688	516
McMartin c. The Queen	[1964] R.C.S. 484	381
Meat Corp. of Namibia Ltd. c. Dawn Meats (U.K.) Ltd.....	[2011] EWHC 474	205
Ménard c. Rivet	[1997] R.J.Q. 2108	33
Messageries publi-maison ltée c. Société canadienne des postes	[1996] R.J.Q. 547	747
Miazga c. Kvello (Succession)	2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339 ...	232, 274, 644
Miglin c. Miglin	(2001), 53 O.R. (3d) 641	299
Miglin c. Miglin	2003 CSC 24, [2003] 1 R.C.S. 303	296
Mills c. La Reine	[1986] 1 R.C.S. 863	266, 730
Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) c. Celestica Inc.	2014 ONCA 90, 118 O.R. (3d) 641	125
Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) c. Celestica Inc.	2014 ONSC 1057, 49 C.P.C. (7th) 12	125
Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)	2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360	76, 500, 806
Morin c. The Queen	(1890), 18 R.C.S. 407	516
Morrow, Power c. Newfoundland Telephone Co.	(1994), 121 Nfld. & P.E.I.R. 334	94
Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)	2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3	202, 816
Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys	2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256	46, 168
Mutuelle des fonctionnaires du Québec c. Immeubles G.C. Gagnon inc.....	1997 CanLII 10674	709

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
N		
National Justice Compania Naviera S.A. c. Prudential Assurance Co.	[1993] 2 Lloyd's Rep. 68	198
National Justice Compania Naviera S.A. c. Prudential Assurance Co. ...	[1995] 1 Lloyd's Rep. 455	198
Nelles c. Ontario	[1989] 2 R.C.S. 170	231, 274, 644
Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)	2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708	74
Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.....	2008 CSC 45, [2008] 2 R.C.S. 604	804
Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin	2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504	69
O		
Ocean c. Economical Mutual Insurance Co.	2010 NSSC 315, 293 N.S.R. (2d) 394	202
Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson	2005 CSC 16, [2005] 1 R.C.S. 257	69
Ontario (Attorney General) c. Paul Magder Furs Ltd.	(1991), 6 O.R. (3d) 188	102
Ontario (Speaker of the Legislative Assembly) c. Ontario (Human Rights Commission)	(2001), 54 O.R. (3d) 595	66
Operation Dismantle Inc. c. La Reine	[1985] 1 R.C.S. 441	645
P		
Palmer c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 759	380
Parent c. Lapointe	[1952] 1 R.C.S. 376	814
Parrot c. Thompson	[1984] 1 R.C.S. 57	677
Peel Law Assn. c. Pieters	2013 ONCA 396, 116 O.R. (3d) 80	809
Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers).....	[1994] 2 R.C.S. 557	129
Pierre c. McRae, Coroner	2011 ONCA 187, 104 O.R. (3d) 321 ... 447, 497	
Poje c. Attorney General for British Columbia	[1953] 1 R.C.S. 516	92
Prairie Well Servicing Ltd. c. Tundra Oil and Gas Ltd.	2000 MBQB 52, 146 Man. R. (2d) 284	209
Premi c. Khodeir	(2009), 198 C.R.R. (2d) 8	748
Prescott-Russell Services for Children and Adults c. G. (N.)	(2006), 82 O.R. (3d) 686	93
Pro Swing Inc. c. Elta Golf Inc.	2006 CSC 52, [2006] 2 R.C.S. 612	92
Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia, ...	[1982] 2 R.C.S. 307	724, 748
Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards	[1984] 2 R.C.S. 66	318
Proulx c. Québec (Procureur général)	[1997] R.J.Q. 2509	683
Proulx c. Québec (Procureur général)	[1997] R.J.Q. 2516	683
Proulx c. Québec (Procureur général)	2001 CSC 66, [2001] 3 R.C.S. 9	232, 644
Prud'homme c. Prud'homme	2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663	637
Q		
Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal	2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789 ... 69, 687, 825	
Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Dhawan	2000 CanLII 11031	26
Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)	2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665	36, 804

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand	[1996] 3 R.C.S. 211	72, 688
Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen	2009 CSC 47, [2009] 3 R.C.S. 208	318
Québec (Procureur général) c. A	2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61	500, 555
Québec (Procureure générale) c. Tribunal des droits de la personne ...	[2002] R.J.Q. 628	27
R		
R. c. 974649 Ontario Inc.	2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575	232
R. c. Abbey	[1982] 2 R.C.S. 24	194
R. c. Abbey	2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330	194
R. c. Adgey	[1975] 2 R.C.S. 426	839
R. c. Anderson	(2002), 57 O.R. (3d) 671	566
R. c. Anderson	2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167	241
R. c. Askov	[1990] 2 R.C.S. 1199	500
R. c. B. (A.)	(2006), 204 C.C.C. (3d) 490	347
R. c. B. (L.)	(1997), 35 O.R. (3d) 35	259
R. c. Babos	2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309 ..	242, 514, 568
R. c. Badgerow	2014 ONCA 272, 119 O.R. (3d) 399	566
R. c. Bain	[1992] 1 R.C.S. 91	428
R. c. Barrow	[1987] 2 R.C.S. 694	478
R. c. Belnavis	[1997] 3 R.C.S. 341	847
R. c. Bernard	[1988] 2 R.C.S. 833	584
R. c. Bhullar	2005 BCCA 409	348
R. c. Biddle	[1995] 1 R.C.S. 761	435, 464, 491
R. c. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 R.C.S. 295	36, 496, 610
R. c. Bird	[1984] 1 C.N.L.R. 122	516
R. c. Blind	(1999), 139 C.C.C. (3d) 87	348
R. c. Born with a Tooth	(1993), 81 C.C.C. (3d) 393	489
R. c. Boswell	2011 ONCA 283, 85 C.R. (6th) 290	197
R. c. Bradley (No. 2)	(1973), 23 C.R.N.S. 39	424
R. c. Brotherston	2009 BCCA 431, 71 C.R. (6th) 81	348
R. c. Brown	(2006), 215 C.C.C. (3d) 330	425
R. c. Buckingham	2007 NLTD 107, 221 C.C.C. (3d) 568	492
R. c. Burlingham	[1995] 2 R.C.S. 206	362
R. c. Burns	[1994] 1 R.C.S. 656	386
R. c. Butler	(1984), 63 C.C.C. (3d) 243	434, 493
R. c. C. (M.)	2014 ONCA 611, 13 C.R. (7th) 396	197
R. c. Cameron	(1991), 2 O.R. (3d) 633	517
R. c. Carosella	[1997] 1 R.C.S. 80	514
R. c. Charters	2007 NBCA 66, 319 R.N.-B. (2 ^e) 179	839
R. c. Chase	[1987] 2 R.C.S. 293	589
R. c. Church of Scientology	(1997), 33 O.R. (3d) 65	424, 464, 491
R. c. Cinous	2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3	839
R. c. Clark	2005 CSC 2, [2005] 1 R.C.S. 6	504
R. c. Clay	(2000), 49 O.R. (3d) 577	611
R. c. Coates	2010 QCCA 919	355
R. c. Cockell	2013 ABCA 112, 553 A.R. 91	528

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Collins	[1987] 1 R.C.S. 265	362
R. c. Cooper	[1993] 1 R.C.S. 146	589
R. c. D. (R.)	2010 ONCA 899, 273 C.C.C. (3d) 7	348
R. c. D.D.	2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275	192
R. c. Dagenais	2012 QCCA 244	391
R. c. Daley	2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523	258, 776
R. c. Davey	2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828	462, 487
R. c. Daviault	[1994] 3 R.C.S. 63	584
R. c. DeMarco	(1973), 13 C.C.C. (2d) 369	839
R. c. Demetrius	2009 CanLII 22797	209
R. c. Docherty	2010 ONSC 3628	202
R. c. Edwards	[1996] 1 R.C.S. 128	846
R. c. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 713	41
R. c. Ellis	[2011] NZCA 90, [2011] 4 L.R.C. 515	519
R. c. Fiddler	[1994] 4 C.N.L.R. 99	416, 517
R. c. Find	2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863	424, 496
R. c. G.D.B.	2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520	381
R. c. Gamble	[1988] 2 R.C.S. 595	266
R. c. George	[1960] R.C.S. 871	589
R. c. Gladue	[1999] 1 R.C.S. 688	421, 511
R. c. Graveline	2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609 ...	545, 599, 843
R. c. Hall	2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309	336
R. c. Hebert	[1996] 2 R.C.S. 272	780
R. c. Hudson	(1993), 88 Man. R. (2d) 150	595
R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée	2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45	239, 637
R. c. INCO Ltd.	(2006), 80 O.R. (3d) 594	203
R. c. Ipeelee	2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433	512
R. c. J.-L.J.	2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600	195
R. c. Jack	(1993), 88 Man. R. (2d) 93	776
R. c. Jacquard	[1997] 1 R.C.S. 314	780
R. c. Kapp	2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483	556
R. c. Keegstra	[1990] 3 R.C.S. 697	41
R. c. Kent	(1986), 27 C.C.C. (3d) 405	424, 491
R. c. Klassen	2003 MBQB 253, 179 Man. R. (2d) 115	203
R. c. Kokopenace	2011 ONCA 536, 107 O.R. (3d) 189	429
R. c. L.M.	2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163	372
R. c. L.W.	(2006), 208 O.A.C. 42	534
R. c. LaFramboise	(2005), 203 C.C.C. (3d) 492	348
R. c. Lamothe	[1990] R.J.Q. 973	361
R. c. Latchmana	2008 ONCJ 187, 170 C.R.R. (2d) 128	611
R. c. Lauda	[1998] 2 R.C.S. 683	847
R. c. Laws	(1998), 41 O.R. (3d) 499	424
R. c. Lippé	[1991] 2 R.C.S. 114	296, 428
R. c. Lyons	[1987] 2 R.C.S. 309	42
R. c. M. (C.A.)	[1996] 1 R.C.S. 500	372
R. c. M. (P.S.)	(1992), 77 C.C.C. (3d) 402	381
R. c. M. (S.H.)	[1989] 2 R.C.S. 446	369

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. M.B.M.	2002 MBCA 154, 170 Man. R. (2d) 131	841
R. c. Mack	2014 CSC 58, [2014] 3 R.C.S. 3	785
R. c. Massan	2012 MBCA 26, 289 C.C.C. (3d) 285	370
R. c. Mathisen	2008 ONCA 747, 239 C.C.C. (3d) 63	784
R. c. McDonnell	[1997] 1 R.C.S. 948	372
R. c. McKnight	(1999), 135 C.C.C. (3d) 41	377
R. c. McNeil	(2006), 84 O.R. (3d) 125	785
R. c. McNeil	2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66	259, 274
R. c. Mian	2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689	559
R. c. Miller	[1985] 2 R.C.S. 613	732
R. c. Mills	[1999] 3 R.C.S. 668	247
R. c. Mohan	[1994] 2 R.C.S. 9	194
R. c. Morales	[1992] 3 R.C.S. 711	343
R. c. Mordue	(2006), 223 C.C.C. (3d) 407	357
R. c. Morgentaler	(1984), 41 C.R. (3d) 262	730
R. c. Morgentaler	[1988] 1 R.C.S. 30	611
R. c. Morin	[1988] 2 R.C.S. 345	545, 772
R. c. Morin	[1992] 1 R.C.S. 771	500
R. c. Muise	(1994), 94 C.C.C. (3d) 119	376
R. c. Muma	(1989), 51 C.C.C. (3d) 85	595
R. c. N.S.	2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726	41
R. c. Nahdee	[1994] 2 C.N.L.R. 158	428, 496
R. c. Nasogaluak	2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206	372
R. c. Nguyen	(1997), 119 C.C.C. (3d) 269	360
R. c. Nixon	2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566	242
R. c. O'Connor	[1995] 4 R.C.S. 411	507
R. c. Oakes	[1986] 1 R.C.S. 103	42, 617
R. c. Oliver	2008 NLCA 27, 287 Nfld. & P.E.I.R. 123 ...	370
R. c. Pan	2001 CSC 42, [2001] 2 R.C.S. 344	496
R. c. Parker	(2000), 146 C.C.C. (3d) 193	606
R. c. Parks	(1993), 15 O.R. (3d) 324	493
R. c. Pearson	[1992] 3 R.C.S. 665	343
R. c. Pichler	2009 ABPC 24	347
R. c. Pickton	2010 CSC 32, [2010] 2 R.C.S. 198	543
R. c. Pintar	(1996), 30 O.R. (3d) 483	784
R. c. Price	[1993] 3 R.C.S. 633	381
R. c. Regan	2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297	514
R. c. Riendeau	2012 QCCA 1155	391
R. c. Rojas	2008 CSC 56, [2008] 3 R.C.S. 111	843
R. c. Rondeau	[1996] R.J.Q. 1155	350
R. c. S. (R.D.)	[1997] 3 R.C.S. 484	41, 296
R. c. S.D.D.	2002 NFCA 18, 211 Nfld. & P.E.I.R. 157 ...	598
R. c. Sappier	2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686	544
R. c. Schmidtke	(1985), 19 C.C.C. (3d) 390	595
R. c. Sekhon	2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272	195
R. c. Sharpe	2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45	526
R. c. Sherratt	[1991] 1 R.C.S. 509	424, 462, 488
R. c. Shropshire	[1995] 4 R.C.S. 227	372

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Skedden	2013 ONCA 49	841
R. c. Snow	(2004), 73 O.R. (3d) 40	517
R. c. Stinchcombe	[1991] 3 R.C.S. 326	247, 274
R. c. Summers	2014 CSC 26, [2014] 1 R.C.S. 575	352
R. c. Swanson	(1989), 48 C.C.C. (3d) 316	595
R. c. Teemotee	2011 NUCJ 17	347
R. c. Teerhuis-Moar	2010 MBCA 102, 222 C.R.R. (2d) 207	496
R. c. Tessling	2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432	846
R. c. Thomson	(2004), 21 C.R. (6th) 209	347
R. c. Trochym	2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239	196
R. c. Trout	2006 MBCA 96, 205 Man. R. (2d) 277	363
R. c. Turcotte	2014 QCCA 2190	364
R. c. Turpin	[1989] 1 R.C.S. 1296	487
R. c. Violette	2008 BCSC 920	203
R. c. W.E.B.	2014 CSC 2, [2014] 1 R.C.S. 34	504
R. c. Walle	2012 CSC 41, [2012] 2 R.C.S. 438	258
R. c. Warsing	[1998] 3 R.C.S. 579	380
R. c. White	[1998] 2 R.C.S. 72	772
R. c. White	2005 ABCA 403, 202 C.C.C. (3d) 295	370
R. c. White	2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433	772
R. c. Williams	[1998] 1 R.C.S. 1128	428, 490
R. c. Yooya	[1995] 1 C.N.L.R. 166	496
R. c. Yumnu	2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777	490
R. c. Zebedee	(2006), 81 O.R. (3d) 583	787, 841
R. (Factortame Ltd.) c. Secretary of State for Transport.....	[2002] EWCA Civ 932, [2003] Q.B. 381 ..	205
Racicot c. Mercier	[1968] B.R. 975	712
Re Tyre Manufacturers' Agreement	[1966] 2 All E.R. 849	97
Re Williams and Attorney-General for Canada	(1983), 45 O.R. (2d) 291	747
Remax Alliance c. Placements Jabena inc.	2007 QCCQ 12756	709
Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.)	[1991] 2 R.C.S. 158	42
Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6	2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433	181
Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)	[1993] 1 R.C.S. 839	156
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard	[1997] 3 R.C.S. 3	67
Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)	[1985] 2 R.C.S. 486	612
Reynolds c. Kingston (Police Services Board)	2007 ONCA 375, 86 O.R. (3d) 43	691
Richard c. Time Inc.	2012 CSC 8, [2012] 1 R.C.S. 265	71
Rodriguez c. Pacificare of Texas, Inc.	980 F.2d 1014 (1993)	205
Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, com- positeurs et éditeurs de musique	2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283	29
Rojas c. Berllaque	[2003] UKPC 76, [2004] 1 W.L.R. 201	519
Round c. MacDonald, Dettwiler and Associates Ltd.	2011 BCSC 1416	125
Rousseau c. Bennett	[1956] R.C.S. 89	814
Royal Lepage des Moulins Inc. c. Baril	2004 CanLII 29347	709
Royal Trust Corp. of Canada c. Fisherman	(2000), 49 O.R. (3d) 187	202
Ruel c. Marois	[2001] R.J.Q. 2590	811
Ruffo c. Conseil de la magistrature	[1995] 4 R.C.S. 267	296

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	296
S.L. c. Commission scolaire des Chênes	2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235	36
Sansregret c. La Reine	[1985] 1 R.C.S. 570	596
Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan	2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 401	279
Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott	2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467	29, 76
Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Attorney General)	(1993), 67 F.T.R. 98	724
Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Attorney-General)	(1993), 107 D.L.R. (4th) 63	747
Seifert c. Canada (Attorney General)	2002 BCCA 385, 171 B.C.A.C. 203	372
Sheppard c. Sheppard	(1976), 12 O.R. (2d) 4	94
Silver c. Imax Corp.	(2009), 66 B.L.R. (4th) 222	125
Smith c. Alliance Pipeline Ltd.	2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160	30
SmithKline Beecham (Australia) Pty Ltd. c. Chipman	[2003] FCA 796, 131 F.C.R. 500	205
Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général) ...	[1991] 3 R.C.S. 459	364
Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)	2005 CSC 14, [2005] 1 R.C.S. 201 ...	172, 318
Soper c. Gaudet	2011 NSCA 11, 298 N.S.R. (2d) 303	93
Sorbara c. Canada (Attorney General)	2009 ONCA 506, 98 O.R. (3d) 673	747
Souliere c. Leclair	(1998), 52 C.R.R. (2d) 156	748
South African Commercial Catering and Allied Workers Union c. Irvin & Johnson Ltd. (Seafoods Division Fish Processing)	2000 (3) S.A. 705	301
St. Elizabeth Home Society c. Hamilton (City)	2008 ONCA 182, 89 O.R. (3d) 81	94
St-Yves c. Laurentienne générale, compagnie d'assurance inc.	1997 CanLII 10732	654
Succession Ordon c. Grail	[1998] 3 R.C.S. 437	747
Sussex Group Ltd. c. Fangeat	42 C.P.C. (5th) 274	96
Symes c. Canada	[1993] 4 R.C.S. 695	500
Syndicat Northcrest c. Amselem	2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551	45
T		
Tagatz c. Marquette University	861 F.2d 1040 (1988)	205
Take and Save Trading CC c. Standard Bank of SA Ltd.	2004 (4) S.A. 1	298
Tenenbaum c. United States of America	2008 ABCA 396, 446 A.R. 155	371
Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)	2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161	29
TG Industries Ltd. c. Williams	2001 NSCA 105, 196 N.S.R. (2d) 35	93
Thatcher c. Canada (Procureur général)	[1997] 1 C.F. 289	645
Therrien (Re)	2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 3	640
Thornton c. School District No. 57 (Prince George)	[1978] 2 R.C.S. 267	682
Timm c. Canada (Procureur général)	2012 CF 505, 451 N.R. 250	645
Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada	2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721	373
TSC Industries, Inc. c. Northway, Inc.	426 U.S. 438 (1976)	132
U		
United City Properties Ltd. c. Tong	2010 BCSC 111	203
United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)	[1992] 1 R.C.S. 901	92
United States of America c. Chan	(2000), 144 C.C.C. (3d) 93	371
United States of America c. Graham	2004 BCCA 162, 195 B.C.A.C. 245	372
United States of America c. Palmucci	2001 CanLII 38680	371
United States of America c. Pannell	(2005), 193 C.C.C. (3d) 414	371

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
United States of America c. Yuen	2004 ABCA 368, 363 A.R. 28	371
Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque	[1993] 1 R.C.S. 471	815
V		
Valente c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 673	296, 345, 428
Vancouver (Ville) c. Ward	2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28	231, 265
Velk c. McGill University	2011 QCCA 578, 89 C.C.P.B. 175	811
Victoria (City) c. Adams	2009 BCCA 563, 100 B.C.L.R. (4th) 28	175
Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc. ...	[1992] 2 R.C.S. 1065	94
Viel c. Entreprises Immobilières du Terroir ltée	[2002] R.J.Q. 1262	73, 689
W		
Waddell c. Governor in Council	(1981), 30 B.C.L.R. 127	747
Wakeford c. Canada	(2002), 58 O.R. (3d) 65	748
Ward c. Canada (Attorney General)	(1997), 155 Nfld. & P.E.I.R. 313	748
Wilson c. La Reine	[1983] 2 R.C.S. 594	102
Wilson c. Ministre de la Justice	[1983] 2 C.F. 379	657
Withler c. Canada (Procureur général)	2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396	556
Y		
Young c. Young	[1993] 4 R.C.S. 3	691
Z		
Z Ltd. c. A-Z	[1982] 2 W.L.R. 288	97
Zylberberg c. Sudbury Board of Education (Director)	(1988), 65 O.R. (2d) 641	59

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
C		D	
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>		<i>Divorce Act</i> , R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.)	
s. 1	602	s. 26.1(2)	713
s. 7	602	F	
s. 11(d)	398	<i>Federal Child Support Guidelines</i> , SOR/	
s. 11(f)	398	95-175	713
s. 15	398	<i>Federal Courts Act</i> , R.S.C. 1985, c. F-7	
s. 15(1)	546	s. 18	713
s. 23	139, 282	I	
s. 24(1)	214	<i>International Transfer of Offenders Act</i> , S.C.	
<i>Charter of human rights and freedoms</i> , CQLR,		2004, c. 21	
c. C-12		s. 20(a)(ii)	325
s. 3	3	K	
s. 10	3, 789	<i>Kahkewistahaw Election Act</i>	
s. 132	3	s. 9.03(c)	546
s. 133	3	M	
<i>Civil Code of Lower Canada</i>		<i>Marihuana Medical Access Regulations</i> , SOR/	
art. 1053	621	2001-227	602
<i>Civil Code of Québec</i>		R	
art. 1376	621	<i>Rules of Civil Procedure</i> , R.R.O. 1990, Reg. 194	
art. 1457	621	Rule 60.11	79
art. 1608	621	S	
<i>Constitution Act, 1867</i>		<i>Securities Act</i> , CQLR, c. V-1.1	
s. 98	179	s. 5.3	106
<i>Controlled Drugs and Substances Act</i> , S.C.		s. 73	106
1996, c. 19		s. 225.4	106
s. 4(1)	602		
s. 5(2)	602		
<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46	621		
s. 163.1	522		
s. 434	574		
s. 515(10)(c)	328		
s. 520	328		
s. 521	328		
<i>Crown Liability and Proceedings Act</i> , R.S.C.			
1985, c. C-50			
s. 2 “liability”	621		
s. 3(a)(i)	621		

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C		L	
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		<i>Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/95-175</i>	713
art. 1	602	<i>Loi constitutionnelle de 1867</i>	
art. 7	602	art. 98	179
art. 11d)	398	<i>Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19</i>	
art. 11f)	398	art. 4(1)	602
art. 15	398	art. 5(2)	602
art. 15(1)	546	<i>Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, c. C-50</i>	
art. 23	139, 282	art. 2 « responsabilité »	621
art. 24(1)	214	art. 3a)(i)	621
<i>Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12</i>		<i>Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, c. 3 (2^e suppl.)</i>	
art. 3	3	art. 26.1(2)	713
art. 10	3, 789	<i>Loi sur le transfèrement international des délinquants, L.C. 2004, c. 21</i>	
art. 132	3	art. 20a)(ii)	325
art. 133	3	<i>Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, c. F-7</i>	
<i>Code civil du Bas-Canada</i>		art. 18	713
art. 1053	621	<i>Loi sur les valeurs mobilières, RLRQ, c. V-1.1</i>	
<i>Code civil du Québec</i>		art. 5.3	106
art. 1376	621	art. 73	106
art. 1457	621	art. 225.4	106
art. 1608	621		
<i>Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46</i>	621		
art. 163.1	522		
art. 434	574		
art. 515(10)c)	328		
art. 520	328		
art. 521	328		
K		R	
<i>Kahkewistahaw Election Act</i>		<i>Règlement sur l'accès à la marijuana à des fins médicales, DORS/2001-227</i>	602
art. 9.03(c)	546	<i>Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194</i>	
		art. 60.11	79

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGES
Anderson, Glenn R. <i>Expert Evidence</i> , 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.	192
Association du Barreau canadien. Groupe de travail sur la nouvelle codification du droit pénal. <i>Principes de responsabilité pénale : Proposition de nouvelles dispositions générales du Code criminel du Canada</i> , Ottawa, l'Association, 1992.	586
Barak, Aharon. <i>The Judge in a Democracy</i> . Princeton: Princeton University Press, 2006.	302
Bastarache, Michel. "Education Rights of Provincial Official Language Minorities (Section 23)", in G.-A. Beaudoin and E. Ratushny, eds., <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989, 687.	154
Bastarache, Michel. « Les droits scolaires des minorités linguistiques provinciales : l'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés », dans G.-A. Beaudoin et E. Ratushny, dir., <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , 2 ^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, 757.	154
Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. <i>La responsabilité civile</i> , 8 ^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.	647, 810
Béchar, Donald, avec la collaboration de Jessica Béchar. <i>L'expert</i> , Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011.	53, 198
Berner, S. H. "The Defense of Drunkenness — A Reconsideration" (1971), 6 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 309.	585
<i>Black's Law Dictionary</i> , 10th ed. by Bryan A. Garner, ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2014, "jury". ...	462
Blackstone, William. <i>Commentaries on the Laws of England</i> , Book III. Oxford: Clarendon Press, 1768.	461
Blackstone, William. <i>Commentaries on the Laws of England</i> , Book IV. Oxford: Clarendon Press, 1769.	460
Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. <i>Judicial Review of Administrative Action in Canada</i> . Toronto: Carswell, 2013 (loose-leaf updated December 2014, release 3).	726
Brown, R. Blake. <i>A Trying Question: The Jury in Nineteenth-Century Canada</i> . Toronto: University of Toronto Press, 2009.	461
Bushnell, Ian. <i>The Federal Court of Canada: A History, 1875-1992</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1997.	749
Canada. Bibliothèque du Parlement. Direction de la recherche parlementaire. « Projet de loi C-15A : Loi modifiant le Code criminel et d'autres lois », résumé législatif LS-410F, par David Goetz et Gérald Lafrenière, Division du droit et du gouvernement, 12 octobre 2001, révisé 30 septembre 2002.	641
Canada. Bibliothèque du Parlement. Service de recherche. « Les condamnations injustifiées dans le système de justice pénale », étude générale BP-285F, par Philip Rosen, janvier 1992.	656

	PAGES
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. IV, 7 ^e sess., 21 ^e lég., 26 mars 1953, p. 3520.	685
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. IV, 2 ^e sess., 34 ^e lég., 1 ^{er} novembre 1989, p. 5413-5414.	749
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. V, 2 ^e sess., 28 ^e lég., 25 mars 1970, p. 5469-5471.	726, 749
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 137, n ^o 054, 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., 3 mai 2001, p. 3583.	678
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 27. <i>Le jury en droit pénal</i> , Ottawa, La Commission, 1980.	487
Canada. Commission de réforme du droit. <i>Rapport pour une nouvelle codification du droit pénal</i> , édition révisée et augmentée du rapport n ^o 30, Ottawa, la Commission, 1987.	586
Canada. Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme. <i>Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme</i> , Livre II, <i>L'éducation</i> , Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968.	154
Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. <i>Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones</i> , vol. 3, <i>Vers un ressourcement</i> , Ottawa, la Commission, 1996.	552
Canada. Department of Justice. <i>Guidelines: Compensation for Wrongfully Convicted and Imprisoned Persons</i> , 1988.	655
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. IV, 2nd Sess., 34th Parl., November 1, 1989, pp. 5413-14.	749
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. IV, 7th Sess., 21st Parl., March 26, 1953, p. 3330.	685
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. V, 2nd Sess., 28th Parl., March 25, 1970, pp. 5469-71.	726, 749
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 137, No. 054, 1st Sess., 37th Parl., May 3, 2001, p. 3583.	678
Canada. Law Reform Commission. <i>Report on Recodifying Criminal Law</i> , revised and enlarged edition of Report 30. Ottawa: The Commission, 1987.	586
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 27. <i>The Jury in Criminal Trials</i> . Ottawa: The Commission, 1980.	487
Canada. Library of Parliament. Parliamentary Research Branch. "Bill C-15A: An Act to amend the Criminal Code and to amend other Acts", Legislative Summary LS-410E, by David Goetz and Gérald Lafrenière, Law and Government Division, October 12, 2001, revised September 30, 2002.	641
Canada. Library of Parliament. Research Branch. "Wrongful Convictions in the Criminal Justice System", Background Paper BP-285E, by Philip Rosen, January 1992.	656
Canada. Ministère de la Justice. <i>Lignes directrices d'indemnisation des personnes condamnées et emprisonnées à tort</i> , 1988.	655
Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. <i>Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples</i> , vol. 3, <i>Gathering Strength</i> . Ottawa: The Commission, 1996.	552
Canada. Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism. <i>Report of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism</i> , Book II, <i>Education</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1968.	154
Canada. Sénat. <i>Débats du Sénat</i> , vol. 139, n ^o 66, 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., 1 ^{er} novembre 2001, p. 1612.	678

Canada. Senate. <i>Debates of the Senate</i> , vol. 139, No. 66, 1st Sess., 37th Parl., November 1, 2001, p. 1612.	678
Canada. Statistics Canada. <i>Educational Portrait of Canada, 2006 Census</i> . Ottawa: Minister of Industry, 2008. ...	560
Canada. Statistique Canada. <i>Portrait de la scolarité au Canada, Recensement de 2006</i> , Ottawa, ministre de l'Industrie, 2008.	560
Canadian Bar Association. Criminal Recodification Task Force. <i>Principles of Criminal Liability: Proposals for a New General Part of the Criminal Code of Canada</i> . Ottawa: The Association, 1992.	586
<i>Canadian Encyclopedic Digest</i> , Ontario 4th ed., vol. 24. Toronto: Carswell, 2014 (loose-leaf updated 2014, release 6).	209
Canadian Judicial Council. <i>Commentaries on Judicial Conduct</i> . Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991.	302
Canadian Judicial Council. <i>Ethical Principles for Judges</i> . Ottawa: The Council, 1998.	312
Canadian Securities Administrators. "National Policy 51-201 Disclosure Standards", reproduced in (2002), 25 OSCB 4492.	131
Canadian Securities Administrators. "Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of 'Material Fact' and 'Material Change'", CSA Notice 53-302, reproduced in (2000), 23 OSCB 7383.	122
Cardozo, Benjamin N. <i>The Nature of the Judicial Process</i> . New Haven: Yale University Press, 1921.	314
Chamberland, Luc. <i>Le nouveau Code de procédure civile commenté</i> , Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.	198
Conseil canadien de la magistrature. <i>Principes de déontologie judiciaire</i> , Ottawa, le Conseil, 1998.	312
Conseil canadien de la magistrature. <i>Propos sur la conduite des juges</i> (trad. par E. Didier), Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1991.	302
<i>Corpus Juris Secundum</i> , vol. 32. Eagan, Minn.: Thomson West, 2008.	205
<i>Cross and Tapper on Evidence</i> , 12th ed. by Colin Tapper. Oxford: Oxford University Press, 2010.	193
de Smith, S. A. <i>Judicial Review of Administrative Action</i> , 4th ed., by J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.	734
Doucet, Michel. « L'article 23 de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> » (2013), 62 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 421. ...	169
Ducharme, Léo, et Charles-Maxime Panaccio. <i>L'administration de la preuve</i> , 4 ^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.	53
Ewaschuk, E. G. <i>Criminal Pleadings & Practice in Canada</i> , vol. 2, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated December 2014, release 114).	482
Falutz, Julian, et al. "Effects of Tesamorelin, a Growth Hormone-Releasing Factor, in HIV-Infected Patients With Abdominal Fat Accumulation: A Randomized Placebo-Controlled Trial With a Safety Extension" (2010), 53 <i>J. Acquir. Immune Defic. Syndr.</i> 311.	128
Ferguson, Gerry. "The Intoxication Defence: Constitutionally Impaired and in Need of Rehabilitation" (2012), 57 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 111.	585
Freckelton, Ian, and Hugh Selby. <i>Expert Evidence: Law, Practice, Procedure and Advocacy</i> , 5th ed. Pymont, N.S.W.: Lawbook Co., 2013.	204
Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. <i>Droit administratif</i> , 6 ^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010.	686, 815
Gillen, Mark R. <i>Securities Regulation in Canada</i> , 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2007.	119
Granger, Christopher. <i>The Criminal Jury Trial in Canada</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.	482, 776
Groia, Joseph, and Pamela Hardie. <i>Securities Litigation and Enforcement</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 2012. ...	121

<i>Halsbury's Laws of Canada: Evidence</i> , 2014 Reissue, contributed by Hamish C. Stewart. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.	194
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. Supp., vol. 1. Toronto: Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2014, release 1).	168, 727
Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. <i>Liability of the Crown</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.	645
Iacobucci, Frank. <i>First Nations Representation on Ontario Juries: Report of the Independent Review Conducted by The Honourable Frank Iacobucci</i> . Toronto: Ontario Ministry of the Attorney General, 2013.	420, 458, 486
Iacobucci, Frank. <i>La représentation des Premières Nations sur la liste des jurés en Ontario : Rapport de l'examen indépendant mené par l'honorable Frank Iacobucci</i> , Toronto, Ministère du Procureur général de l'Ontario, 2013.	420, 458, 486
Jobin, Pierre-Gabriel, avec la collaboration de Michelle Cumyn. <i>La vente</i> , 3 ^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007.	712
Johnston, David, Kathleen Doyle Rockwell and Cristie Ford. <i>Canadian Securities Regulation</i> , 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.	119
Jones, David Phillip, and Anne S. de Villars. <i>Principles of Administrative Law</i> , 6th ed. Toronto: Carswell, 2014.	734
Landry, Rodrigue, et Réal Allard. « L'exogamie et le maintien de deux langues et de deux cultures : le rôle de la francité familioscolaire » (1997), 23 <i>Revue des sciences de l'éducation</i> 561.	172
Larombière, M. L. <i>Théorie et pratique des obligations</i> , nouv. éd., t. 7, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885.	654
Laskin, Bora. "The Common Law is Alive and Well — And, Well?" (1975), 9 <i>L. Soc'y Gaz.</i> 92.	300
LeBel, Louis. « La protection des droits fondamentaux et la responsabilité civile » (2004), 49 <i>McGill L.J./R.D. McGill</i> 231.	687
Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. <i>The Law of Evidence in Canada</i> , 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.	192
Lluelles, Didier, et Benoît Moore. <i>Droit des obligations</i> , 2 ^e éd., Montréal, Thémis, 2012.	706
Magnet, Joseph Eliot. « Multiculturalism and Collective Rights », dans Gérald-A. Beaudoin et Errol Mendes, dir., <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , 4 ^e éd., Markham (Ont.), LexisNexis, 2005, 1259.	41
Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. <i>Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba</i> , vol. 1, <i>The Justice System and Aboriginal People</i> . Winnipeg: The Inquiry, 1991.	512
Manitoba. <i>The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation</i> . Winnipeg: Manitoba Justice, 2001 (Commissioner: Peter deC. Cory).	683
Manning, Morris, and Peter Sankoff. <i>Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law</i> , 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.	585
<i>McWilliams' Canadian Criminal Evidence</i> , 5th ed. by S. Casey Hill, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds. Toronto: Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated 2014, release 5).	209
Michell, Paul, and Renu Mandhane. "The Uncertain Duty of the Expert Witness" (2005), 42 <i>Alta. L. Rev.</i> 635.	201
Minow, Martha. "Stripped Down Like a Runner or Enriched by Experience: Bias and Impartiality of Judges and Jurors" (1992), 33 <i>Wm. & Mary L. Rev.</i> 1201.	301

Moon, Richard. “Freedom of Religion Under the <i>Charter of Rights</i> : The Limits of State Neutrality” (2012), 45 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 497.	40
Morissette, Yves-Marie. “The Exclusion of Evidence under the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> : What To Do and What Not To Do” (1984), 29 <i>McGill L.J./R.D. McGill</i> 521.	362
Mullan, David J. “The Discretionary Nature of Judicial Review”, in Robert J. Sharpe and Kent Roach, eds., <i>Taking Remedies Seriously: 2009</i> . Montréal: Canadian Institute for the Administration of Justice, 2010, 420.	734
Mullan, David J. « The Discretionary Nature of Judicial Review », dans Robert J. Sharpe et Kent Roach, dir., <i>Les recours et les mesures de redressement : une affaire sérieuse — 2009</i> , Montréal, Institut canadien d’administration de la justice, 2010, 420.	734
Nouvelle-Écosse. Commission of Inquiry Concerning the Adequacy of Compensation Paid to Donald Marshall, Jr. <i>Report of the Commissioner</i> , Halifax, The Commissioner, 1990 (Commissioner : Gregory T. Evans).	683
Nova Scotia. Commission of Inquiry Concerning the Adequacy of Compensation Paid to Donald Marshall, Jr. <i>Report of the Commissioner</i> . Halifax: The Commissioner, 1990 (Commissioner: Gregory T. Evans). ...	683
Ontario. <i>Civil Justice Reform Project: Summary of Findings & Recommendations</i> (Osborne Report). Toronto: Ministry of Attorney General, 2007.	193
Ontario. Commission ontarienne des droits de la personne. <i>Politique et directives sur le racisme et la discrimination raciale</i> , 2005 (en ligne).	805
Ontario. <i>Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin : Rapport</i> (Rapport Kaufman), Toronto, Ministère du Procureur général, 1998.	192
Ontario. <i>Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario: Report</i> (Goudge Report). Toronto: Ministry of the Attorney General, 2008.	192
Ontario. Ministère du procureur général. <i>Dans l’affaire de Steven Truscott : Avis consultatif sur la question de l’indemnisation</i> , par Sydney L. Robins, 28 mars 2008 (en ligne).	660
Ontario. Ministry of the Attorney General. <i>In the Matter of Steven Truscott: Advisory Opinion on the Issue of Compensation</i> , by Sydney L. Robins, March 28, 2008 (online).	660
Ontario. Ontario Human Rights Commission. <i>Policy and guidelines on racism and racial discrimination</i> , 2005 (online).	805
Ontario. <i>Projet de réforme du système de justice civile : Résumé des conclusions et des recommandations</i> (Rapport Osborne), Toronto, Ministère du Procureur général, 2007.	193
Ontario. <i>Rapport de la Commission d’enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario</i> (Rapport Goudge), Toronto, Ministère du Procureur général, 2008.	192
Ontario. <i>The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report</i> (Kaufman Report). Toronto: Ministry of the Attorney General, 1998.	192
Paciocco, David. “Taking a ‘Goudge’ out of Bluster and Blarney: an ‘Evidence-Based Approach’ to Expert Testimony” (2009), 13 <i>Can. Crim. L.R./Rev. can. D.P.</i> 135.	206
Paciocco, David M. “Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System: Strategies for Changing the Tune on Partial Experts” (2009), 34 <i>Queen’s L.J.</i> 565.	53, 206
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. <i>The Law of Evidence</i> , 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2015.	197
Perret, Louis. « De l’impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec » (1981), 12 <i>R.G.D.</i> 121.	687
<i>Phipson on Evidence</i> , 18th ed. by Hodge M. Malek et al., eds. London: Sweet & Maxwell, 2013.	204

Pound, Richard W. <i>Chief Justice W.R. Jaccett: By the Law of the Land</i> . Montréal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 1999.	749
Power, Mark, and Pierre Foucher. "Language Rights and Education", in G.-A. Beaudoin and E. Mendes, eds., <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> , 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2005, 1095.	155
Power, Mark, et Pierre Foucher. « Language Rights and Education », dans G.-A. Beaudoin et E. Mendes, dir., <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , 4 ^e éd., Markham (Ont.), LexisNexis Canada, 2005, 1095.	155
Pritchard, A. C., and Janis P. Sarra. "Securities Class Actions Move North: A Doctrinal and Empirical Analysis of Securities Class Actions in Canada" (2010), 47 <i>Alta. L. Rev.</i> 881.	121
Proulx, Daniel. « La discrimination fondée sur le handicap : étude comparée de la Charte québécoise » (1996), 56 <i>R. du B.</i> 317.	809
Quebec. Assemblée nationale. Commission permanente des finances publiques. "Étude détaillée du projet de loi n° 19 — Loi modifiant la Loi sur les valeurs mobilières et d'autres dispositions législatives", <i>Journal des débats de la Commission permanente des finances publiques</i> , vol. 40, n° 10, 1 ^{re} sess., 38 ^e lég., 25 octobre 2007, p. 1-2.	121
Quebec. Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles. <i>Building the Future: A Time for Reconciliation</i> . Québec: The Commission, 2008.	46
Québec. Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles. <i>Fonder l'avenir : Le temps de la conciliation</i> , Québec, La Commission, 2008.	46
Québec. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. <i>Le profilage racial : mise en contexte et définition</i> , par Michèle Turenne, Cat. 2.120-1.25, 2005 (en ligne).	805
Québec. Ministère de la Justice. <i>Commentaires du ministre de la Justice</i> , t. I, <i>Le Code civil du Québec — Un mouvement de société</i> , Québec, Publications du Québec, 1993.	693
Quigley, Tim. <i>Procedure in Canadian Criminal Law</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 2005 (loose-leaf updated 2014, release 5).	370
Quigley, Tim. "Specific and General Nonsense?" (1987), 11 <i>Dal. L.J.</i> 75.	585
Richard, Henri. <i>Le courtage immobilier au Québec : Droits et obligations des agences, courtiers et clients</i> , 3 ^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010.	710
Richards, John. <i>Closing the Aboriginal/non-Aboriginal Education Gaps</i> . C.D. Howe Institute Backgrounder 116 (online), 2008.	559
Roach, Kent. "A Promising Late Spring for Charter Damages: <i>Ward v. Vancouver</i> " (2011), 29 <i>N.J.C.L./R.N.D.C.</i> 135.	276
Robitaille, David. « Non-indépendance et autonomie de la norme d'égalité québécoise : des concepts "fondateurs" qui méritent d'être mieux connus » (2004), 35 <i>R.D.U.S.</i> 103.	811
Royaume-Uni. <i>Access to Justice : Final Report</i> (Wolf Report), London, HMSO, 1996.	193
Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. <i>La preuve civile</i> , 4 ^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008.	53, 198, 658, 810
Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. <i>Sentencing</i> , 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012. ...	391
Sharpe, Robert J. <i>Injunctions and Specific Performance</i> , 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992 (loose-leaf updated November 2014, release 23).	92
Smith, A. T. H. "The Prerogative of Mercy, the Power of Pardon and Criminal Justice", [1983] <i>P.L.</i> 398.	639
Smith, Lynn, and William Black. "The Equality Rights" (2013), 62 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 301.	556

Sossin, Lorne. “The ‘Supremacy of God’, Human Dignity and the <i>Charter of Rights and Freedoms</i> ” (2003), 52 <i>U.N.B.L.J./R.D.U.N.-B.</i> 227.	67
Stuart, Don. “A Case for a General Part”, in D. Stuart, R. J. Delisle and A. Manson, eds., <i>Towards a Clear and Just Criminal Law: A Criminal Reports Forum</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1999, 95.	586
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law: A Treatise</i> , 5th ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007.	585
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.	44
Thayer, James Bradley. <i>A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law</i> . Boston: Little, Brown and Co., 1898 (reprinted South Hackensack, N.J.: Rothman Reprints, Inc., 1969).	193
Thornton, Mark T. “Making Sense of <i>Majewski</i> ” (1981), 23 <i>Crim. L.Q.</i> 464.	591
Toronto Stock Exchange. Committee on Corporate Disclosure. <i>Final Report — Responsible Corporate Disclosure: A Search for Balance</i> . Toronto: The Exchange, 1997.	122
Trotter, Gary T. “Justice, Politics and the Royal Prerogative of Mercy: Examining the Self-Defence Review” (2001), 26 <i>Queen’s L.J.</i> 339.	639
Trotter, Gary T. <i>The Law of Bail in Canada</i> , 3rd ed. Toronto: Carswell, 2010 (loose-leaf updated 2014, release 3).	349
United Kingdom. <i>Access to Justice: Final Report</i> (Woolf Report). London: HMSO, 1996.	193
Watt, David. <i>Helping Jurors Understand</i> . Toronto: Thomson Carswell, 2007.	786
Watt, David. <i>Ontario Specimen Jury Instructions (Criminal)</i> . Toronto: Thomson Carswell, 2003.	786
Webber, Jeremy. “The Limits to Judges’ Free Speech: A Comment on the Report of the Committee of Investigation into the Conduct of the Hon. Mr Justice Berger” (1984), 29 <i>McGill L.J./R.D. McGill</i> 369.	297
Woehrling, José. « L’obligation d’accommodement raisonnable et l’adaptation de la société à la diversité religieuse » (1998), 43 <i>McGill L.J./R.D. McGill</i> 325.	38

Réjean Hinse *Appellant*

v.

Attorney General of Canada *Respondent*

and

Association in Defence of the Wrongly Convicted, Centre Pro Bono Québec and Pro Bono Law Ontario *Interveners*

INDEXED AS: HINSE v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

2015 SCC 35

File No.: 35613.

2014: November 10; 2015: June 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Crown law — Crown liability — Prerogatives — Public law immunity — Crown’s power of mercy vested in federal Minister of Justice under Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46 — Characterization of nature of Minister’s power — Circumstances in which exercise of power of mercy can expose Crown to liability — Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, ss. 2 “liability”, 3(a)(i) — Civil Code of Québec, arts. 1376, 1457.

Civil liability — Crown liability — Fault — Qualified immunity — Individual wrongly convicted of armed robbery — Federal Minister of Justice refusing to exercise Crown’s power of mercy, which is vested in him under Criminal Code — Standard of fault applicable to Minister’s conduct — Whether individual has proven on balance of probabilities that Minister acted in bad faith or with serious recklessness in reviewing applications for mercy — Civil Code of Lower Canada, art. 1053 — Civil Code of Québec, art. 1457.

* LeBel J. took no part in the judgment.

Réjean Hinse *Appelant*

c.

Procureur général du Canada *Intimé*

et

Association in Defence of the Wrongly Convicted, Centre Pro Bono Québec et Pro Bono Law Ontario *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : HINSE c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

2015 CSC 35

N° du greffe : 35613.

2014 : 10 novembre; 2015 : 19 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Droit de la Couronne — Responsabilité de l’État — Prerogatives — Immunité de droit public — Pouvoir de clémence de la Couronne dévolu au ministre fédéral de la Justice par le Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46 — Qualification de la nature du pouvoir ministériel — Dans quelles circonstances l’exercice du pouvoir de clémence peut-il engager la responsabilité de l’État? — Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, c. C-50, art. 2 « responsabilité », 3a)(i) — Code civil du Québec, art. 1376, 1457.

Responsabilité civile — Responsabilité de l’État — Faute — Immunité relative — Justiciable injustement condamné pour vol à main armée — Ministre fédéral de la Justice refusant d’exercer le pouvoir de clémence de la Couronne qui lui est dévolu par le Code criminel — Norme de faute applicable à la conduite du ministre — Le justiciable a-t-il démontré de façon prépondérante que le ministre a fait preuve de mauvaise foi ou d’insouciance grave dans l’examen des demandes de clémence? — Code civil du Bas-Canada, art. 1053 — Code civil du Québec, art. 1457.

* Le juge LeBel n’a pas participé au jugement.

Damages — Punitive damages — Extrajudicial fees — Pro bono representation — Whether individual entitled to compensatory or punitive damages — Whether, in case of abuse of process and where there is pro bono agreement, damages can be awarded in Quebec in respect of extrajudicial fees in order to compensate party who has suffered damage resulting from fault of other party — Civil Code of Québec, art. 1608.

In 1964, H was unjustly sentenced to 15 years' imprisonment for armed robbery. He was granted parole after serving a third of his sentence. In 1966, he had persuaded three of the five perpetrators of the robbery to sign affidavits to clear his name. Between 1967 and 1981, H submitted three applications for mercy to the federal Minister of Justice ("Minister") under the *Criminal Code* and an application for a pardon to the Governor General in Council. They were all denied. In 1988, he applied to the Commission de police du Québec, which, following an investigation, said that it hoped the Attorney General of Quebec ("AGQ") would intervene with the Solicitor General of Canada so that justice would be done. In 1990, H submitted a fourth application for mercy, but the Minister replied that he should seek relief in the Quebec Court of Appeal, which he did. The Court of Appeal allowed the appeal, but instead of entering an acquittal or ordering a new trial, it directed a stay of proceedings. On January 21, 1997, the Supreme Court of Canada unanimously acquitted H in a judgment delivered from the bench, as it was of the view that the evidence could not allow a reasonable and properly instructed jury to find H guilty beyond a reasonable doubt. H then instituted an action in civil liability for an order for solidary payment against the AGQ, the Attorney General of Canada ("AGC") and the town of Mont-Laurier. Under out-of-court settlements, the town and the AGQ paid him a total of \$5,550,000 in compensation. After these settlements, H continued to claim \$1,079,871 for his pecuniary losses and \$1,900,000 for his non-pecuniary losses, as well as \$10,000,000 in punitive damages, from the AGC.

The Superior Court allowed the action and ordered the AGC to pay H a total of almost \$5.8 million. It found, pursuant to the *Crown Liability and Proceedings Act*, that the Minister was subject to Quebec's rules of civil liability, that he was not protected by any immunity, that he had committed a fault of "institutional inertia" or "institutional indifference", and that a sustained, concerted and extensive review would have uncovered the errors. It

Domages-intérêts — Domages-intérêts punitifs — Honoraires extrajudiciaires — Représentation pro bono — Le justiciable est-il en droit de recevoir des dommages-intérêts compensatoires ou punitifs? — En cas d'abus de procédure et en présence d'une entente pro bono, des dommages-intérêts peuvent-ils être accordés au Québec au titre des honoraires extrajudiciaires, dans le but d'indemniser la partie qui subit un préjudice résultant de la faute de l'autre partie? — Code civil du Québec, art. 1608.

En 1964, H est injustement condamné à 15 ans d'emprisonnement pour vol à main armée. Il bénéficiera d'une libération conditionnelle après avoir purgé le tiers de sa peine. En 1966, il convainc trois des cinq auteurs du vol de signer des déclarations sous serment l'innocentant. De 1967 à 1981, H présente en vertu du *Code criminel* trois demandes de clémence au ministre fédéral de la Justice (« Ministre ») et une demande de pardon au gouverneur général en conseil. Toutes se soldent par des échecs. En 1988, il s'adresse à la Commission de police du Québec. Au terme d'une enquête, cette dernière exprime le souhait que le procureur général du Québec (« PGQ ») intervienne auprès du Solliciteur général du Canada afin que justice soit rendue. En 1990, H présente une quatrième demande de clémence, mais la Ministre lui répond de s'adresser à la Cour d'appel du Québec, ce qu'il fait. La Cour d'appel accueille l'appel, mais au lieu de prononcer un verdict d'acquiescement ou d'ordonner un nouveau procès, elle ordonne l'arrêt des procédures. Le 21 janvier 1997, la Cour suprême du Canada acquitte H unanimement, séance tenante, étant d'avis que la preuve ne pourrait permettre à un jury raisonnable correctement instruit de conclure hors de tout doute raisonnable à la culpabilité de H. H entreprend alors un recours en responsabilité civile pour faire condamner solidairement le PGQ, le procureur général du Canada (« PGC ») et la ville de Mont-Laurier. À la suite d'ententes conclues à l'amiable, la ville et le PGQ lui versent une indemnité totale de 5 550 000 \$. Après ce règlement, H continue de réclamer du PGC 1 079 871 \$ pour ses pertes pécuniaires et 1 900 000 \$ pour ses pertes non pécuniaires, ainsi que 10 000 000 \$ en dommages-intérêts punitifs.

La Cour supérieure accueille l'action et condamne le PGC à payer à H une somme de près de 5,8 millions de dollars. Elle estime qu'en application de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, le Ministre est soumis aux règles québécoises de la responsabilité civile, qu'il ne bénéficie d'aucune immunité, qu'il a commis une faute d'« inertie » ou d'« indifférence institutionnelle » et qu'une étude nourrie, concertée et

ordered the AGC to pay H more than \$850,000 for pecuniary damage and \$1,900,000 for non-pecuniary damage, as well as \$2,500,000 in punitive damages. It also found that the AGC's conduct at trial had amounted to an abuse of process and ordered him to pay \$100,000 for fees H had paid to the first law firm that had represented him, as well as \$440,000 for the value of the services rendered by the second even though that firm had never billed him for fees, as they had entered into a *pro bono* agreement.

The Court of Appeal reversed the judgment. It found that the exercise of the Minister's power of mercy is protected by a qualified immunity and that the Crown can be held liable only if the decision was made in bad faith, and with malice. In this case, the court found that it had not been proven that the Minister had committed a fault and that, even if it were assumed that a fault had been committed, there was nothing to suggest that the miscarriage of justice would have been ascertained quickly if the Minister had acted promptly.

Held: The appeal should be dismissed.

The power of mercy codified in the *Criminal Code* derives from the royal prerogative of mercy. At the material time, the applicable provisions of the *Criminal Code* left it up to the Minister to determine in what circumstances he or she should intervene. In making this discretionary decision, the Minister had to assess and weigh public policy considerations on the basis of social, political and economic factors. This power came into play after all judicial remedies had been exhausted, and the Minister, in exercising it, had to be careful to avoid usurping the role of the courts and short-circuiting the usual judicial process. The history and the nature of the power of mercy show that the exercise of that power was a true core policy act. The exercise of such a power could not therefore expose the Crown to liability unless the Minister acted irrationally or in bad faith.

To assess the Minister's conduct in the exercise of his power of mercy, it would be inappropriate to apply a standard of fault that limits bad faith to malice. In Quebec civil law, bad faith is broader than just intentional fault or a demonstrated intent to harm another. Bad faith can be established by proving that the Minister acted deliberately with the specific intent to harm another person, or by proof of serious recklessness that reveals a breakdown of the orderly exercise of authority so fundamental that absence of good faith can be deduced and bad faith presumed. In light of the applicable provisions of the *Criminal Code* and of the fact that there was, at the

fouillée aurait fait découvrir la méprise. Elle condamne le PGC à verser à H plus de 850 000 \$ au titre des dommages pécuniaires, 1 900 000 \$ au titre des dommages non pécuniaires et 2 500 000 \$ à titre de dommages-intérêts punitifs. Elle estime aussi que le PGC a abusé de son droit d'ester en justice et lui ordonne de verser 100 000 \$ pour les honoraires payés par H au premier cabinet d'avocats qui l'a représenté et 440 000 \$ pour la valeur des services rendus par le deuxième, bien que ce dernier ne lui ait jamais facturé d'honoraires en raison d'une entente *pro bono*.

La Cour d'appel infirme le jugement. Elle conclut que le pouvoir de clémence du Ministre est assorti d'une immunité relative et que seule une décision empreinte de mauvaise foi, démontrant une intention malveillante, peut entraîner la responsabilité de l'État. En l'espèce, elle estime que la preuve de la faute du Ministre n'est pas établie et que, même en supposant l'existence d'une faute, rien n'indique que l'erreur judiciaire aurait été rapidement découverte si le Ministre avait agi promptement.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le pouvoir de clémence codifié dans le *Code criminel* tire sa source de la prérogative royale de clémence. À l'époque pertinente, les dispositions applicables du *Code criminel* laissaient au Ministre le soin de déterminer dans quelles circonstances il devait intervenir. En prenant cette décision discrétionnaire, le Ministre devait évaluer et soulever des considérations d'intérêt public, en fonction de facteurs sociaux, politiques et économiques. Le pouvoir naissait après l'extinction des recours judiciaires, et en l'exerçant, le Ministre devait prendre soin d'éviter d'usurper le rôle des tribunaux et de court-circuiter le processus judiciaire habituel. L'historique et la nature du pouvoir de clémence démontrent que son exercice participait d'un véritable acte de politique générale fondamentale. L'exercice d'un tel pouvoir ne pouvait donc engager la responsabilité de l'État que si le Ministre agissait de façon irrationnelle ou de mauvaise foi.

Pour apprécier la conduite du Ministre dans l'exercice de son pouvoir de clémence, il n'y a pas lieu d'appliquer une norme de faute qui limite la mauvaise foi à une intention malveillante. En droit civil québécois, la mauvaise foi a une portée plus large que celle de la seule faute intentionnelle ou de l'existence d'une volonté affirmée de nuire à autrui. La mauvaise foi peut être établie par une preuve montrant que le Ministre a agi délibérément dans l'intention arrêtée de nuire à autrui, ou par une preuve d'insouciance grave révélant un dérèglement tellement fondamental des modalités de l'exercice du pouvoir que l'on peut en déduire l'absence de bonne foi et

relevant time, no established procedure to guide the exercise of the power of mercy, the Minister was required to conduct a meaningful review of any application that was neither frivolous nor vexatious. However, this review was not equivalent to the one that would be expected from a police investigation or a commission of inquiry. The duty to conduct a meaningful review entails a duty to make a decision in good faith on the basis of the evidence uncovered by that review.

The trial judge erred in approaching the issue of the federal Crown's civil liability from the perspective of a fault of institutional inertia or indifference. The analysis should instead have focused on the individual conduct of each Minister acting in his or her capacity as a servant of the federal Crown. The trial judge also erred in considering the powers of a commissioner under the *Inquiries Act* as a basis for determining whether the review conducted by the Minister was a meaningful one, given that those powers were not conferred on the Minister until 2002, when Parliament reformed the procedure in respect of applications for mercy. Moreover, there is no legislation establishing an obligation for the federal government or the provinces to compensate victims of miscarriages of justice, nor is there any legislation establishing a right to such compensation. Nor did the *Guidelines: Compensation for Wrongfully Convicted and Imprisoned Persons* require the federal government to compensate H, as they do not constitute binding legislation.

In this case, H has failed to prove, on a balance of probabilities, that the Minister acted in bad faith or with serious recklessness in reviewing his applications for mercy. The documentary evidence negates the trial judge's inference that there was no review whatsoever of H's initial application for mercy. Although there are only a few documents in the record, they attest to the fact that a certain review was conducted and that certain actions were taken in this regard. By way of admissions, the parties acknowledged that certain government employees would have confirmed that, as they had understood the facts, an extensive and careful review of the case was under way at the time in question. A delay in reviewing the initial application was raised, but despite this, an analysis of the circumstances does not support the conclusion that the Minister acted in bad faith or with serious recklessness. As for H's three subsequent applications, it cannot reasonably be argued that no meaningful review was conducted in respect of them. The relevant correspondence shows the opposite to be true. Regarding the second application, which was very brief and contained no new evidence or legal arguments, it was open to the Minister to find it frivolous and

présumer la mauvaise foi. À la lumière des dispositions applicables du *Code criminel* et de l'absence, à l'époque pertinente, de procédure établie encadrant le pouvoir de clémence, le Ministre était tenu de faire un examen sérieux de toute demande non futile et non vexatoire. Cet examen ne correspond cependant pas à celui attendu d'une enquête policière ou d'une commission d'enquête. L'obligation d'examen sérieux emporte celle de prendre une décision de bonne foi en fonction des éléments révélés par cet examen.

Il était erroné pour la première juge d'aborder la question de la responsabilité civile de l'État fédéral sous l'angle d'une faute d'inertie ou d'indifférence institutionnelle. Il fallait plutôt analyser la conduite individuelle de chaque Ministre qui agissait en tant que préposé de l'État fédéral. La juge de première instance a erronément évalué le caractère sérieux de l'examen fait par le Ministre en fonction des pouvoirs accordés à un commissaire en vertu de la *Loi sur les enquêtes*, lesquels n'ont été conférés au Ministre qu'en 2002, lorsque le Parlement a procédé à la réforme des demandes de clémence. De plus, il n'existe aucune loi obligeant les gouvernements fédéral ou provinciaux à indemniser une victime d'erreur judiciaire, ni aucune loi établissant le droit à une telle indemnisation. Le gouvernement fédéral n'était pas non plus tenu d'indemniser H en vertu des *Lignes directrices d'indemnisation des personnes condamnées et emprisonnées à tort*, lesquelles n'ont pas force exécutoire.

En l'espèce, H n'a pas démontré de façon prépondérante que le Ministre a fait preuve de mauvaise foi ou d'insouciance grave dans l'examen de ses demandes de clémence. La preuve documentaire fait échec à l'inférence de la juge de première instance voulant qu'il y ait eu absence totale d'examen de la demande de clémence initiale de H. Bien que peu nombreux, les écrits au dossier attestent un certain examen et certaines démarches effectuées en ce sens. Par des admissions, les parties ont reconnu que des préposés de l'État auraient affirmé que selon leur compréhension, une étude approfondie et soignée du dossier était alors en cours. En dépit du délai reproché concernant l'examen de la première demande, l'analyse des circonstances n'appuie pas la conclusion que le Ministre a agi avec mauvaise foi ou a fait preuve d'insouciance grave. Quant aux trois demandes subséquentes de H, on ne peut raisonnablement soutenir qu'il y a eu absence d'examen sérieux. La correspondance pertinente témoigne du contraire. La deuxième demande, très succincte et sans éléments de preuve ni arguments juridiques nouveaux, pouvait paraître futile aux yeux du Ministre, ce qui justifiait son rejet. En ce qui concerne

to reject it on that basis. As for the third application, given that it did not go into much detail, the allegations based on vague irregularities could have struck the Minister as being of little consequence. In the case of the fourth application, it was reasonable for the Minister to justify her decision by noting that the Court of Appeal could consider the case on its own without her having to intervene, particularly given that the Minister did not reject the application outright.

Some additional comments on causation and damages are in order. Even if it were assumed that the Minister failed to conduct a meaningful review of the first application, the evidence does not establish that he would probably have discovered at that time the key evidence uncovered by the investigator of the Commission de police 20 years later. To conclude otherwise would be to rely on mere conjecture or remote hypotheticals. H has failed to establish a causal connection between the Minister's fault and the alleged damage.

On the issue of damages, the trial judge failed to take into account the requirement that the liability be apportioned solidarily, and to establish the amounts being awarded on the basis of the actual liability of each of the solidary debtors. To the extent that more than one solidary debtor could be liable for heads of claim, the releases granted by H to the AGQ and the town of Mont-Laurier made it necessary to examine the causal faults and apportion liability. H should have borne the shares of the solidary debtors he had released (arts. 1526 and 1690 *C.C.Q.*). In addition to this overriding error, the grounds for each of the heads of damages were also flawed. Where the question of pecuniary damage is concerned, there is no direct connection between the Minister's conduct and H's decision to retire at age 60, the fees and costs incurred in respect of the proceedings brought in the Court of Appeal and the Supreme Court between 1990 and 1997 did not result from the alleged faults, and wasted time and efforts expended to obtain justice are inconveniences that are inherent in the efforts of anyone who is involved in legal proceedings. As for non-pecuniary damage, an order that the AGC pay \$1,900,000 after the AGQ had paid \$1,100,000 under the same head of damages would seem to be disproportionate, and the amounts granted in other cases of miscarriages of justice were mostly made further to the recommendations of advisory bodies and were based on considerations that are different from those on which damages are based in principle. Moreover, those cases were different in that they involved the much more serious crime of murder and in that the period of incarceration was longer in almost all of them. On the issue of

la troisième demande, vu le peu de détails fournis, les allégations fondées sur de vagues irrégularités pouvaient paraître de peu de poids aux yeux du Ministre. Quant à la quatrième demande, il était raisonnable pour le Ministre de justifier sa décision par la possibilité que la Cour d'appel se saisisse elle-même de la demande sans son intervention, d'autant plus que la Ministre n'a pas opposé un refus ferme.

Des remarques additionnelles sur le lien de causalité et les dommages s'imposent. Même en supposant que le Ministre ait omis d'effectuer un examen sérieux de la première demande, la preuve n'établit pas qu'il aurait probablement découvert, à l'époque, les éléments clés découverts par l'enquêteur de la Commission de police 20 ans plus tard. Conclure autrement reviendrait à se fonder sur de simples conjectures ou des hypothèses lointaines. H n'a pas réussi à établir le lien de causalité entre la faute du Ministre et le préjudice allégué.

Sur la question des dommages, la juge de première instance a fait défaut de tenir compte de la solidarité et de fixer les montants accordés en fonction de la responsabilité respective de chacun des débiteurs solidaires. Dans la mesure où des postes de réclamation pouvaient relever de la responsabilité de plus d'un débiteur solidaire, les remises consenties par H au PGQ et à la ville de Mont-Laurier rendaient nécessaires l'examen des fautes causales et le partage des parts de responsabilité. H aurait dû supporter la part des débiteurs solidaires qu'il a libérés (art. 1526 et 1690 *C.c.Q.*). Au-delà de cette erreur déterminante, les fondements à l'appui de chacun des chefs de dommages étaient en outre déficients. En ce qui concerne les dommages pécuniaires, il n'y a pas de lien direct entre la conduite du Ministre et la décision de H de prendre sa retraite à 60 ans, les honoraires et dépens engagés pour les démarches en Cour d'appel et en Cour suprême de 1990 à 1997 ne découlent pas des fautes reprochées, et la perte de temps et les efforts déployés pour obtenir justice sont des inconvénients inhérents aux efforts de quiconque est entraîné dans une démarche judiciaire. Quant aux dommages non pécuniaires, condamner le PGC à verser 1 900 000 \$ alors que le PGQ a versé 1 100 000 \$ pour ce même chef de dommages paraît démesuré, et les sommes allouées dans d'autres affaires d'erreurs judiciaires faisaient pour la plupart suite aux recommandations d'organes consultatifs et reposaient sur des considérations différentes de celles qui sont en principe à la base de l'adjudication de dommages-intérêts. Les affaires se distinguaient en outre du fait qu'elles impliquaient le crime beaucoup plus grave de meurtre et

punitive damages, even though the reference in the *Crown Liability and Proceedings Act* to the Quebec rules of extracontractual civil liability encompasses the remedy of punitive damages provided for in the *Charter of human rights and freedoms*, it was not appropriate to award such damages in this case. Given that the Minister's conduct cannot be equated with bad faith or serious recklessness, it cannot be concluded that there was intentional interference with a right protected by the *Charter*. The evidence does not support a finding that the Minister's state of mind was such that he intended to harm H or had knowledge of the adverse consequences his conduct would have for H.

In Quebec law, it is only in exceptional cases that a party can be required to pay the fees of lawyers retained by the opposing party, and such compensation must be consistent with the general rules of civil liability. Only an abuse of process can justify awarding extrajudicial fees as damages. However, by virtue of art. 1608 *C.c.Q.*, the obligation to pay damages to the other party is neither reduced nor altered by the fact that the latter received a gratuitous benefit from his or her counsel. In this case, the AGC's conduct did not amount to an abuse of process. The law on the federal Crown's liability for a fault committed by the Minister in exercising his or her power of mercy was far from clear at the time of the dispute, and it was reasonable and appropriate for the AGC to contest H's action and raise the defence that he did. The trial judge committed a palpable and overriding error in finding that there had been an abuse of process in the context of this case. H was not entitled to the extrajudicial fees that were awarded.

Cases Cited

Applied: *Finney v. Barreau du Québec*, 2004 SCC 36, [2004] 2 S.C.R. 17; *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Entreprises Sibeca Inc. v. Frelighsburg (Municipality)*, 2004 SCC 61, [2004] 3 S.C.R. 304; *Viel v. Entreprises Immobilières du Terroir ltée*, [2002] R.J.Q. 1262; **distinguished:** *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339; *Proulx v. Québec (Attorney General)*, 2001 SCC 66, [2001] 3 S.C.R. 9; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *1465778 Ontario Inc. v. 1122077 Ontario Ltd.* (2006), 82 O.R. (3d) 757; **approved:** *Thatcher v. Canada (Attorney General)*, [1997] 1 F.C. 289; **referred to:** *Canadian Food Inspection Agency v. Professional Institute of the Public Service of Canada*, 2010 SCC 66, [2010] 3 S.C.R. 657; *Prud'homme*

que, dans presque chacune d'elles, la période d'incarcération avait été plus longue. Quant aux dommages-intérêts punitifs, même si le renvoi, dans la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, à la responsabilité civile extracontractuelle au Québec englobe le recours en dommages-intérêts punitifs prévu par la *Charte des droits et libertés de la personne*, il n'était pas approprié d'allouer de tels dommages-intérêts en l'espèce. Le comportement du Ministre ne pouvant être assimilé à de la mauvaise foi ou à de l'insouciance grave, il n'est pas possible de conclure à une atteinte intentionnelle à un droit protégé par la *Charte*. La preuve ne permet pas d'affirmer que le Ministre a agi avec un état d'esprit démontrant une volonté de nuire à H ou avec une connaissance des conséquences nuisibles à ce dernier.

En droit québécois, ce n'est qu'exceptionnellement qu'une partie peut être tenue de payer les honoraires d'avocats engagés par la partie adverse, et cette indemnisation doit satisfaire aux règles générales de la responsabilité civile. Seul l'abus d'ester en justice permet l'adjudication d'honoraires extrajudiciaires à titre de dommages-intérêts. Par contre, suivant l'art. 1608 *C.c.Q.*, l'obligation de payer des dommages-intérêts à l'autre partie n'est ni atténuée ni modifiée par le fait que celle-ci reçoive une prestation à titre gratuit de ses avocats. En l'espèce, le PGC n'a pas commis d'abus de procédure. L'état du droit sur la responsabilité de la Couronne fédérale en cas de faute du Ministre dans l'exercice de son pouvoir de clémence était loin d'être certain au moment du litige, et il était raisonnable et approprié pour le PGC de contester l'action de H et d'invoquer la défense qu'il a présentée. La juge de première instance a commis une erreur manifeste et déterminante en concluant à un abus de procédure dans le contexte de ce dossier. H n'avait pas droit aux honoraires extrajudiciaires accordés.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Finney c. Barreau du Québec*, 2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Entreprises Sibeca Inc. c. Frelighsburg (Municipalité)*, 2004 CSC 61, [2004] 3 R.C.S. 304; *Viel c. Entreprises Immobilières du Terroir ltée*, [2002] R.J.Q. 1262; **distinction d'avec les arrêts :** *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, 2001 CSC 66, [2001] 3 R.C.S. 9; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *1465778 Ontario Inc. c. 1122077 Ontario Ltd.* (2006), 82 O.R. (3d) 757; **arrêt approuvé :** *Thatcher c. Canada (Procureur général)*, [1997] 1 C.F. 289; **arrêts mentionnés :** *Agence canadienne d'inspection des aliments c. Institut professionnel*

v. Prud'homme, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663; *Attorney General for Canada v. Attorney General of the Province of Ontario* (1894), 23 S.C.R. 458; *Therrien (Re)*, 2001 SCC 35, [2001] 2 S.C.R. 3; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *Bilodeau v. Canada (Ministre de la Justice)*, 2009 QCCA 746, [2009] R.J.Q. 1003; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Bilodeau v. Canada (Minister of Justice)*, 2011 FC 886, 394 F.T.R. 235; *Daoulov v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 12, 388 N.R. 54; *Timm v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 505, 409 F.T.R. 8, aff'd 2012 FCA 282, 451 N.R. 250; *Barrette v. Union canadienne, compagnie d'assurances*, 2013 QCCA 1687, [2013] R.J.Q. 1577; *France Animation s.a. v. Robinson*, 2011 QCCA 1361, aff'd 2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168; *Longpré v. Thériault*, [1979] C.A. 258; *Crispino v. General Accident Insurance Company*, 2007 QCCA 1293, [2007] R.R.A. 847; *St-Yves v. Laurentienne générale, compagnie d'assurance inc.*, 1997 CanLII 10732; *Wilson v. Minister of Justice*, [1983] 2 F.C. 379, aff'd [1985] 1 F.C. 586; *Parrot v. Thompson*, [1984] 1 S.C.R. 57; *Dallaire v. Paul-Émile Martel Inc.*, [1989] 2 S.C.R. 419; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Thornton v. School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267; *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287; *Proulx v. Québec (Procureur général)*, [1997] R.J.Q. 2509; *Proulx v. Québec (Procureur général)*, [1997] R.J.Q. 2516; *Chaput v. Romain*, [1955] S.C.R. 834; *de Montigny v. Brossard (Succession)*, 2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 SCC 30, [2004] 1 S.C.R. 789; *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211; *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *Human Rights Commission (Ont.) v. Brillinger* (2004), 185 O.A.C. 366; *Reynolds v. Kingston (Police Services Board)*, 2007 ONCA 375, 86 O.R. (3d) 43.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting police organization, R.S.Q., c. O-8.1 [repl. 2000, c. 12, s. 353], ss. 64 to 88, 71, 84, 85.

de la fonction publique du Canada, 2010 CSC 66, [2010] 3 R.C.S. 657; *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663; *Attorney General for Canada c. Attorney General of the Province of Ontario* (1894), 23 R.C.S. 458; *Therrien (Re)*, 2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 3; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *Bilodeau c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2009 QCCA 746, [2009] R.J.Q. 1003; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Bilodeau c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2011 CF 886; *Daoulov c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 12, 388 N.R. 54; *Timm c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 505, conf. par 2012 CAF 282, 451 N.R. 250; *Barrette c. Union canadienne, compagnie d'assurances*, 2013 QCCA 1687, [2013] R.J.Q. 1577; *France Animation s.a. c. Robinson*, 2011 QCCA 1361, [2011] R.J.Q. 1415, conf. par 2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168; *Longpré c. Thériault*, [1979] C.A. 258; *Crispino c. General Accident Insurance Company*, 2007 QCCA 1293, [2007] R.R.A. 847; *St-Yves c. Laurentienne générale, compagnie d'assurance inc.*, 1997 CanLII 10732; *Wilson c. Ministre de la Justice*, [1983] 2 C.F. 379, conf. par [1985] 1 C.F. 586; *Parrot c. Thompson*, [1984] 1 R.C.S. 57; *Dallaire c. Paul-Émile Martel Inc.*, [1989] 2 R.C.S. 419; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Thornton c. School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, [1997] R.J.Q. 2509; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, [1997] R.J.Q. 2516; *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834; *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211; *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *Human Rights Commission (Ont.) c. Brillinger* (2004), 185 O.A.C. 366; *Reynolds c. Kingston (Police Services Board)*, 2007 ONCA 375, 86 O.R. (3d) 43.

Lois et règlements cités

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 49.

- Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, ss. 2, 3, 9.
- Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12, s. 49.
- Civil Code of Lower Canada*, arts. 1053, 1054.
- Civil Code of Québec*, preliminary provision, arts. 1376, 1440, 1457, 1463, 1474, 1478, 1526, 1607, 1608, 1621, 1690, 2803, 2846, 2849.
- Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25, arts. 54.1 to 54.6, 54.4.
- Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 617.
- Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 690, Part XXI.1, 696.2, 696.3, 696.4, 696.5, 748.
- Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, ss. 596, 655.
- Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, s. 748.
- Criminal Law Amendment Act, 1968-69*, S.C. 1968-69, c. 38, s. 62.
- Criminal Law Amendment Act, 2001*, S.C. 2002, c. 13, ss. 70, 71.
- Crown Liability Act*, S.C. 1952-53, c. 30, s. 3(1).
- Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C. 1985, c. C-50, ss. 2 “liability”, 2.1 “person”, 3, 8.
- Inquiries Act*, R.S.C. 1985, c. I-11, Part I, ss. 4, 5, 11.
- International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, art. 14(6).
- Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 8.1.
- Letters Patent Constituting the Office of Governor General of Canada* (1947). In *Canada Gazette*, Part I, vol. 81, p. 3014 [reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 31].
- Police Act*, CQLR, c. P-13.1.
- Regulations Respecting Applications for Ministerial Review — Miscarriages of Justice*, SOR/2002-416, ss. 3, 4.
- Tree Protection Act*, CQLR, c. P-37.
- Code civil du Bas-Canada*, art. 1053, 1054.
- Code civil du Québec*, disposition préliminaire, art. 1376, 1440, 1457, 1463, 1474, 1478, 1526, 1607, 1608, 1621, 1690, 2803, 2846, 2849.
- Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 690, partie XXI.1, 696.2, 696.3, 696.4, 696.5, 748.
- Code criminel*, S.C. 1953-54, c. 51, art. 596, 655.
- Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 617.
- Code criminel, 1892*, S.C. 1892, c. 29, art. 748.
- Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25, art. 54.1 à 54.6, 54.4.
- Lettres patentes constituant la charge de Gouverneur général du Canada* (1947). Dans *Gazette du Canada*, partie I, vol. 81, p. 3109 [reproduites dans L.R.C. 1985, app. II, n° 31].
- Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 8.1.
- Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, S.C. 1968-69, c. 38, art. 62.
- Loi de 2001 modifiant le droit criminel*, L.C. 2002, c. 13, art. 70, 71.
- Loi sur l’application de la réforme du Code civil*, art. 2, 3, 9.
- Loi sur l’organisation policière*, L.R.Q., c. O-8.1 [rempl. 2000, c. 12, art. 353], art. 64 à 88, 71, 84, 85.
- Loi sur la police*, RLRQ, c. P-13.1.
- Loi sur la protection des arbres*, RLRQ, c. P-37.
- Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, c. C-50, art. 2 « responsabilité », 2.1 « personne », 3, 8.
- Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.C. 1952-53, c. 30, art. 3(1).
- Loi sur les enquêtes*, L.R.C. 1985, c. I-11, partie I, art. 4, 5, 11.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, art. 14(6).
- Règlement sur les demandes de révision auprès du ministre (erreurs judiciaires)*, DORS/2002-416, art. 3, 4.

Authors Cited

- Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile*, 8^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2014.
- Canada. Department of Justice. *Guidelines: Compensation for Wrongfully Convicted and Imprisoned Persons*, 1988.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. IV, 7th Sess., 21st Parl., March 26, 1953, p. 3330.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, No. 054, 1st Sess., 37th Parl., May 3, 2001, p. 3583.

Doctrine et autres documents cités

- Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile*, 8^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
- Canada. Bibliothèque du Parlement. Direction de la recherche parlementaire. « Projet de loi C-15A : Loi modifiant le Code criminel et d’autres lois », résumé législatif LS-410F, par David Goetz et Gérald Lafrenière, Division du droit et du gouvernement, 12 octobre 2001, révisé 30 septembre 2002.
- Canada. Bibliothèque du Parlement. Service de recherche. « Les condamnations injustifiées dans le système de justice pénale », étude générale BP-285F, par Philip Rosen, janvier 1992.

- Canada. Library of Parliament. Parliamentary Research Branch. “Bill C-15A: An Act to amend the Criminal Code and to amend other Acts”, Legislative Summary LS-410E, by David Goetz and Gérald Lafrenière, Law and Government Division, October 12, 2001, revised September 30, 2002.
- Canada. Library of Parliament. Research Branch. “Wrongful Convictions in the Criminal Justice System”, Background Paper BP-285E, by Philip Rosen, January 1992.
- Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. 139, No. 66, 1st Sess., 37th Parl., November 1, 2001, p. 1612.
- Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. *Droit administratif*, 6^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2010.
- Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.
- Larombière, M. L. *Théorie et pratique des obligations*, nouv. éd., t. 7. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885.
- LeBel, Louis. “La protection des droits fondamentaux et la responsabilité civile” (2004), 49 *McGill L.J.* 231.
- Manitoba. *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation*. Winnipeg: Manitoba Justice, 2001 (Commissioner: Peter deC. Cory).
- Nova Scotia. Commission of Inquiry Concerning the Adequacy of Compensation Paid to Donald Marshall, Jr. *Report of the Commissioner*. Halifax: The Commissioner, 1990 (Commissioner: Gregory T. Evans).
- Ontario. Ministry of the Attorney General. *In the Matter of Steven Truscott: Advisory Opinion on the Issue of Compensation*, by Sydney L. Robins, March 28, 2008 (online: <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/truscott>).
- Perret, Louis. “De l’impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec” (1981), 12 *R.G.D.* 121.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*. Québec: Publications du Québec, 1993.
- Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.
- Smith, A. T. H. “The Prerogative of Mercy, the Power of Pardon and Criminal Justice”, [1983] *P.L.* 398.
- Trotter, Gary T. “Justice, Politics and the Royal Prerogative of Mercy: Examining the Self-Defence Review” (2001), 26 *Queen’s L.J.* 339.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 7^e sess., 21^e lég., 26 mars 1953, p. 3520.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, n^o 054, 1^{re} sess., 37^e lég., 3 mai 2001, p. 3583.
- Canada. Ministère de la Justice. *Lignes directrices d’indemnisation des personnes condamnées et emprisonnées à tort*, 1988.
- Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. 139, n^o 66, 1^{re} sess., 37^e lég., 1^{er} novembre 2001, p. 1612.
- Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. *Droit administratif*, 6^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010.
- Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed., Toronto, Carswell, 2011.
- Larombière, M. L. *Théorie et pratique des obligations*, nouv. éd., t. 7, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885.
- LeBel, Louis. « La protection des droits fondamentaux et la responsabilité civile » (2004), 49 *R.D. McGill* 231.
- Manitoba. *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation*, Winnipeg, Manitoba Justice, 2001 (Commissioner : Peter deC. Cory).
- Nouvelle-Écosse. Commission of Inquiry Concerning the Adequacy of Compensation Paid to Donald Marshall, Jr. *Report of the Commissioner*, Halifax, The Commissioner, 1990 (Commissioner : Gregory T. Evans).
- Ontario. Ministère du procureur général. *Dans l’affaire de Steven Truscott : Avis consultatif sur la question de l’indemnisation*, par Sydney L. Robins, 28 mars 2008 (en ligne : <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/about/pubs/truscott/Default.asp>).
- Perret, Louis. « De l’impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec » (1981), 12 *R.G.D.* 121.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*, Québec, Publications du Québec, 1993.
- Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008.
- Smith, A. T. H. « The Prerogative of Mercy, the Power of Pardon and Criminal Justice », [1983] *P.L.* 398.
- Trotter, Gary T. « Justice, Politics and the Royal Prerogative of Mercy : Examining the Self-Defence Review » (2001), 26 *Queen’s L.J.* 339.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Pelletier, Bich and Bouchard JJ.A.), 2013 QCCA 1513, [2013] R.J.Q. 1451, [2013] AZ-51000894, [2013] Q.J. No. 7562 (QL), 2013 CarswellQue 13456 (WL Can.), setting aside a decision of Poulin J., 2011 QCCS 1780, [2011] R.J.Q. 794, [2011] AZ-50742270, [2013] J.Q. n° 3760 (QL), 2011 CarswellQue 3905 (WL Can.). Appeal dismissed.

Guy J. Pratte, Alexander De Zordo and Marc-André Grou, for the appellant.

Bernard Letarte and Vincent Veilleux, for the respondent.

Brian H. Greenspan and Naomi M. Lutes, for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Bernard Larocque and Jonathan Lacoste-Jobin, for the intervener Centre Pro Bono Québec.

Ranjan K. Agarwal and Nathan J. Shaheen, for the intervener Pro Bono Law Ontario.

English version of the judgment of the Court delivered by

WAGNER AND GASCON JJ. —

I. Introduction

[1] Although it receives praise from around the world, the Canadian criminal justice system is not free from the risk of miscarriages of justice. Where such situations arise — although fortunately very rare, they have serious consequences — certain remedies are available to the victims. One such remedy is the discretionary power of mercy provided for in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”), which enables the federal Minister of Justice (“Minister” or “Ministers”) to help rectify miscarriages of justice in certain cases. In this appeal, the Court is being asked for the first time to rule on the standard of conduct that applies to the exercise of this power and on the circumstances in which the federal Crown might be exposed to liability.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Pelletier, Bich et Bouchard), 2013 QCCA 1513, [2013] R.J.Q. 1451, [2013] AZ-51000894, [2013] J.Q. n° 7562 (QL), 2013 Carswell-Que 8911 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la juge Poulin, 2011 QCCS 1780, [2011] R.J.Q. 794, [2011] AZ-50742270, [2013] J.Q. n° 3760 (QL), 2011 CarswellQue 3905 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Guy J. Pratte, Alexander De Zordo et Marc-André Grou, pour l’appelant.

Bernard Letarte et Vincent Veilleux, pour l’intimé.

Brian H. Greenspan et Naomi M. Lutes, pour l’intervenante Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Bernard Larocque et Jonathan Lacoste-Jobin, pour l’intervenant le Centre Pro Bono Québec.

Ranjan K. Agarwal et Nathan J. Shaheen, pour l’intervenante Pro Bono Law Ontario.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LES JUGES WAGNER ET GASCON —

I. Introduction

[1] Même s’il est salué à travers le monde, le système de justice criminelle canadien n’est pas à l’abri du risque d’erreur judiciaire. Pour remédier à de telles situations, les victimes de ces erreurs — heureusement très rares mais aux conséquences importantes — bénéficient de certains recours. Un de ces recours consiste à faire appel au pouvoir discrétionnaire de clémence prévu au *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (« *C. cr.* »), qui permet au ministre fédéral de la Justice (« *Ministre* » ou « *Ministres* ») de faciliter la correction de ces erreurs dans certains cas. Dans ce pourvoi, la Cour est appelée à se prononcer pour la première fois sur la norme de conduite applicable à l’exercice de ce pouvoir et sur les circonstances dans lesquelles la responsabilité de l’État fédéral peut être engagée.

[2] The appellant, Réjean Hinse, was wrongly convicted of armed robbery. Under out-of-court settlements, the town of Mont-Laurier (“Mont-Laurier”) and the Attorney General of Quebec (“AGQ”) paid him a total of \$5,550,000 in compensation for this miscarriage of justice. According to Mr. Hinse, this compensation was incomplete, however, since the Ministers who had decided on his applications for mercy over the years had also committed a fault against him by failing to diligently exercise their power in his favour.

[3] The Quebec Superior Court found that a simple fault was sufficient for the Crown to be liable in respect of the Minister’s conduct. The trial judge concluded that a fault of [TRANSLATION] “institutional inertia” or “institutional indifference” on the federal government’s part had caused Mr. Hinse damage equivalent to nearly \$5.8 million. The Court of Appeal reversed that judgment, expressing the opinion that the person who exercises this power of mercy is protected by an immunity analogous to the one that applies to a Crown prosecutor in a case of malicious prosecution. Given that there was no intentional or gross fault, or even a simple fault, on the Minister’s part, it dismissed Mr. Hinse’s action against the Attorney General of Canada (“AGC”).

[4] We are of the opinion that, at the material time, the exercise of the Minister’s power of mercy was a true policy decision. The Minister was therefore protected by a qualified (or “relative”) immunity. On being presented with an application for mercy that was neither frivolous nor vexatious, the Minister had a duty to conduct a meaningful review of the application, and a breach of that duty amounting to bad faith, which encompasses serious recklessness, could expose the Crown to liability.

[5] We agree with the Court of Appeal that, on a balance of probabilities, the evidence does not support the trial judge’s inference that the Ministers violated the rules of civil liability in this case. We also agree with the judges of that court that, in any event, Mr. Hinse failed to discharge his burden of proving the requisite causal connection between the

[2] L’appelant, Réjean Hinse, a été injustement condamné pour vol à main armée. À la suite d’ententes conclues à l’amiable, la ville de Mont-Laurier (« Mont-Laurier ») et le procureur général du Québec (« PGQ ») lui ont versé une indemnité totale de 5 550 000 \$ pour cette erreur judiciaire. Selon M. Hinse, cette indemnisation n’est toutefois pas complète, puisque les Ministres qui ont eu à se prononcer sur ses demandes de clémence au fil des ans ont eux aussi commis une faute en omettant d’exercer avec diligence leur pouvoir en sa faveur.

[3] La Cour supérieure du Québec a estimé qu’une faute simple suffisait pour que soit engagée la responsabilité civile de l’État à la suite de la conduite du Ministre. Le juge du procès a conclu qu’une faute d’« inertie » ou d’« indifférence institutionnelle » du gouvernement fédéral avait causé à M. Hinse des dommages équivalant à près de 5,8 millions de dollars. La Cour d’appel a infirmé ce jugement, exprimant l’avis que le titulaire de ce pouvoir de clémence est protégé par une immunité analogue à celle dont jouissent les procureurs de la Couronne en cas de poursuites criminelles abusives. Vu l’absence de faute intentionnelle, lourde ou même simple du Ministre, elle a rejeté le recours de M. Hinse contre le procureur général du Canada (« PGC »).

[4] Nous sommes d’avis qu’à l’époque des faits pertinents l’exercice du pouvoir de clémence du Ministre constituait un véritable acte de politique générale. Il était en conséquence protégé par une immunité relative (ou « restreinte »). Saisi d’une demande de clémence qui n’était ni futile ni vexatoire, le Ministre avait l’obligation de mener un examen sérieux de cette demande, et en cas de manquement à cette obligation équivalant à de la mauvaise foi, ce qui englobe l’insouciance grave, la responsabilité de l’État pouvait être engagée.

[5] Nous sommes d’accord avec la Cour d’appel pour dire que la prépondérance de la preuve n’appuie pas l’inférence de la première juge voulant que les Ministres aient commis un manquement aux règles de la responsabilité civile en l’espèce. Nous partageons aussi l’opinion des juges d’appel selon laquelle, à tout événement, M. Hinse ne s’est pas

Ministers' actions and the alleged damage. Finally, we agree with the Court of Appeal that the damages awarded to the appellant in excess of the \$5,550,000 he had already received were inappropriate. The appeal should therefore be dismissed.

II. Background and Judicial History

[6] In September 1964, Mr. Hinse was found guilty of an armed robbery that he claimed not to have committed. He was sentenced to 15 years' imprisonment. Because a request he made for legal aid was denied, he did not appeal his conviction. However, he began to take steps to have his conviction recognized as a miscarriage of justice.

[7] In 1966, he persuaded three of the five perpetrators of the robbery to sign affidavits to clear his name. On April 24, 1967, he wrote to the Minister, seeking recognition of the miscarriage of justice of which he claimed to be a victim. This was the beginning of a correspondence that would span more than three decades. Although he was in prison at the time of the initial exchanges, Mr. Hinse was granted parole in 1969 after serving a third of his sentence.

[8] Mr. Hinse submitted three applications for mercy between 1967 and 1981. He also applied to the Governor General in Council for a pardon in 1971. All these applications were denied. In 1988, he applied to the Commission de police du Québec ("Commission de police"). Following an investigation into Mr. Hinse's allegations, the Commission de police found that his complaint was [TRANSLATION] "sufficiently troubling" and the facts gathered were "sufficiently probative" to warrant submitting a report, which it forwarded to the AGQ and the Quebec Minister of Public Security: A.R., vol. XI, at p. 36. In its report, the Commission de police said that it hoped the AGQ would intervene with the Solicitor General of Canada so that "justice will be done" to Mr. Hinse: *ibid.*, at p. 68. The Quebec Minister of Public Security sent the report to the Solicitor General of Canada on November 20, 1990. It

déchargé du fardeau qui lui incombait d'établir le lien de causalité requis entre les agissements des Ministres et le préjudice allégué. Enfin, tout comme la Cour d'appel, nous concluons que les dommages-intérêts accordés à l'appelant en sus des 5 550 000 \$ déjà versés à ce dernier sont injustifiés. Il y a donc lieu de rejeter le pourvoi.

II. Contexte et historique judiciaire

[6] En septembre 1964, M. Hinse est reconnu coupable d'un vol à main armée qu'il prétend ne pas avoir commis. Il est condamné à 15 ans d'emprisonnement. Comme on lui refuse l'aide juridique, il ne porte pas sa condamnation en appel. Il entreprend néanmoins des démarches pour faire reconnaître l'erreur judiciaire dont il se dit victime.

[7] En 1966, il convainc trois des cinq auteurs du vol de signer des déclarations sous serment l'innocentant. Le 24 avril 1967, il écrit au Ministre pour faire reconnaître l'erreur dont il se dit victime. C'est le début d'une correspondance qui s'échelonnait sur plus de trois décennies. S'il est en prison lors des premiers échanges, M. Hinse bénéficie d'une libération conditionnelle à compter de 1969, après avoir purgé le tiers de sa peine.

[8] De 1967 à 1981, M. Hinse présente trois demandes de clémence. Il présente également une demande de pardon au gouverneur général en conseil en 1971. Toutes ces demandes se soldent par des échecs. En 1988, il s'adresse à la Commission de police du Québec (« Commission de police »). Au terme d'une enquête menée pour vérifier les faits allégués par M. Hinse, la Commission de police estime la plainte de ce dernier « suffisamment troublante » et les faits recueillis « suffisamment probants » pour justifier le dépôt d'un mémoire qu'elle achemine au PGQ et au ministre de la Sécurité publique du Québec : d.a., vol. XI, p. 36. Elle y exprime le souhait que le PGQ intervienne auprès du Solliciteur général du Canada afin que « justice soit rendue » à M. Hinse : *ibid.*, p. 68. Le 20 novembre 1990, le ministre de la Sécurité publique du Québec fait parvenir ce mémoire au Solliciteur général du

was at this point that Mr. Hinse submitted a fourth application for mercy. The Minister replied that he should seek relief in the Quebec Court of Appeal, which he did.

[9] On June 8, 1994, after granting Mr. Hinse leave to file a notice of appeal and introduce fresh evidence, the Court of Appeal allowed his appeal: (1994), 64 Q.A.C. 53. But instead of entering an acquittal or ordering a new trial, the court exercised its inherent jurisdiction and directed a stay of proceedings for abuse of process, although that was not the result Mr. Hinse had requested.

[10] Mr. Hinse then appealed the case to this Court, challenging the legality and the constitutionality of the stay of proceedings. The Court denied him leave to appeal to it: [1995] 1 S.C.R. viii. Mr. Hinse refused to give up, filing an application for reconsideration. On November 30, 1995, the Court allowed his application and granted him leave to appeal: [1995] 4 S.C.R. 597. On January 21, 1997, it unanimously acquitted him in a judgment delivered from the bench, “being of the view that the evidence could not allow a reasonable jury properly instructed to find the appellant guilty beyond a reasonable doubt”: [1997] 1 S.C.R. 3, at para. 2.

[11] On February 4, 1997, Mr. Hinse sent the AGC a formal notice. On June 5, 1997, he instituted an action for an order for solidary payment against three defendants: the AGQ, the AGC and Mont-Laurier. On November 15, 2002, Mont-Laurier signed a transaction with him for a total of \$250,000. On December 2, 2010, the AGQ, too, entered into a transaction, this one for a total of \$5,300,000 in principal, interest and costs. This out-of-court settlement came more than four weeks into the hearing on the merits of the action, after the parties had presented their evidence but before they had made their oral arguments.

[12] The hearing on the merits thus ended with the AGC as the sole defendant. In respect of the AGC, Mr. Hinse alleged that the federal government had helped to perpetuate and exacerbate the damage he had suffered by failing to act diligently

Canada. C’est à ce moment que M. Hinse présente une quatrième demande de clémence. La Ministre lui répond alors de s’adresser à la Cour d’appel du Québec, ce qu’il fait.

[9] Le 8 juin 1994, après avoir autorisé M. Hinse à déposer un avis d’appel et à présenter une nouvelle preuve, la Cour d’appel accueille son pourvoi : (1994), 64 C.A.Q. 53. Toutefois, au lieu de prononcer un verdict d’acquiescement ou d’ordonner un nouveau procès, la cour invoque son pouvoir inhérent et ordonne l’arrêt des procédures pour cause d’abus, sans que M. Hinse ne lui en ait fait la demande.

[10] Celui-ci porte l’affaire devant notre Cour, contestant la légalité et la constitutionnalité de l’arrêt des procédures. La Cour lui refuse l’autorisation de se pourvoir devant elle : [1995] 1 R.C.S. viii. M. Hinse ne lâche pas prise et dépose une demande de réexamen. Le 30 novembre 1995, la Cour accueille sa demande et autorise le pourvoi : [1995] 4 R.C.S. 597. Le 21 janvier 1997, elle l’acquiesce unanimement, séance tenante, « étant d’avis que la preuve ne pourrait permettre à un jury raisonnable correctement instruit de conclure hors de tout doute raisonnable à la culpabilité de l’appelant » : [1997] 1 R.C.S. 3, par. 2.

[11] Dès le 4 février suivant, M. Hinse transmet une mise en demeure au PGC. Le 5 juin 1997, il entreprend un recours pour faire condamner solidairement trois défendeurs : le PGQ, le PGC et Mont-Laurier. Le 15 novembre 2002, Mont-Laurier signe avec lui une transaction totalisant 250 000 \$. Le 2 décembre 2010, c’est au tour du PGQ de conclure une transaction, cette fois pour un montant global de 5 300 000 \$ en capital, intérêts et frais. Ce règlement à l’amiable intervient après plus de quatre semaines d’audience sur le fond du recours, une fois la preuve close, mais avant les plaidoiries.

[12] L’audience au fond se complète donc avec le PGC comme seul défendeur. En ce qui le concerne, M. Hinse allègue que l’administration fédérale a contribué à perpétuer et exacerber son préjudice en omettant d’agir avec diligence pour reconnaître

to acknowledge and rectify the miscarriage of justice of which he had been the victim. He submitted that the conduct of the federal government [TRANSLATION] “was indicative of reprehensible carelessness, recklessness and total denial, which must be denounced and condemned [by the award of] exemplary damages”: A.R., vol. IV, at p. 31. After the settlement with the AGQ was reached, he continued to claim \$1,079,871 for his pecuniary losses and \$1,900,000 for his non-pecuniary losses, as well as \$10,000,000 in punitive damages, from the AGC.

A. *Quebec Superior Court, 2011 QCCS 1780, [2011] R.J.Q. 794*

[13] The Superior Court allowed Mr. Hinse’s action and ordered the AGC to pay him a total of almost \$5.8 million.

[14] Poulin J. began by determining that the out-of-court settlements Mr. Hinse had reached with Mont-Laurier and with the AGQ constituted an express release from the debt. Mr. Hinse therefore did not have to prove any fault on their parts. However, the federal Crown could be held liable only for the share of the damage caused by its servants: paras. 17-22; art. 1690 of the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”).

[15] Poulin J. then found that the Minister was subject to Québec’s rules of civil liability and was not protected by any immunity: paras. 62-63. She concluded that he had committed a fault of [TRANSLATION] “institutional inertia” or “institutional indifference”: paras. 33, 55 and 75-76. The Minister had had a duty to conduct a meaningful review of Mr. Hinse’s applications, but had failed to do so: paras. 71 and 73.

[16] Poulin J. was of the opinion that Mr. Hinse had proved causation by means of presumptions of fact, given that [TRANSLATION] “[a] sustained, concerted, extensive, competent and timely review of his initial efforts would surely have brought the errors to the AGC’s attention”: paras. 75 and 98. In her view, Mr. Hinse had proved the damage he had suffered. She ordered the AGC to pay him more than \$850,000 for pecuniary damage and \$1,900,000

et corriger l’erreur judiciaire dont il a été victime. Il soutient que la conduite des autorités fédérales « atteste d’une incurie, d’une insouciance et d’un déni total répréhensibles qui doivent être dénoncés et condamnés par l’octroi de dommages exemplaires » : d.a., vol. IV, p. 31. Après le règlement intervenu avec le PGQ, il continue de réclamer du PGC 1 079 871 \$ pour ses pertes pécuniaires et 1 900 000 \$ pour ses pertes non pécuniaires, ainsi que 10 000 000 \$ en dommages-intérêts punitifs.

A. *Cour supérieure du Québec, 2011 QCCS 1780, [2011] R.J.Q. 794*

[13] La Cour supérieure accueille l’action de M. Hinse et condamne le PGC à lui payer une somme de près de 5,8 millions de dollars.

[14] La juge Poulin détermine d’abord que les règlements à l’amiable conclus entre M. Hinse et Mont-Laurier et le PGQ constituent une remise de dette expresse. M. Hinse n’a donc pas à prouver une faute de leur part, mais l’État fédéral ne peut être tenu responsable que de la part du préjudice que ses préposés ont causé : par. 17-22; art. 1690 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »).

[15] Ensuite, la juge Poulin considère que le Ministre est soumis aux règles québécoises de la responsabilité civile et qu’il ne bénéficie d’aucune immunité : par. 62-63. Elle conclut qu’il a commis une faute d’« inertie » ou d’« indifférence institutionnelle » : par. 33, 55 et 75-76. Il avait le devoir de procéder à un examen sérieux des demandes de M. Hinse et il a omis de le faire : par. 71 et 73.

[16] La juge est d’avis que M. Hinse a prouvé le lien de causalité par présomption de fait, puisqu’une « étude nourrie, concertée, fouillée, compétente et contemporaine de ses premières démarches aurait, à coup sûr, fait découvrir la méprise au PGC » : par. 75 et 98. Selon la juge, M. Hinse a fait la preuve du préjudice qu’il a subi. Elle condamne le PGC à lui verser plus de 850 000 \$ au titre des dommages pécuniaires et 1 900 000 \$ au titre

for non-pecuniary damage. She also found that the AGC was guilty of unlawful and intentional interference with Mr. Hinse's right to dignity and awarded Mr. Hinse \$2,500,000 in exemplary damages. Finally, she found that the AGC's conduct at trial had amounted to an abuse of process. She ordered him to pay Mr. Hinse \$100,000 for fees he had paid to the first law firm that had represented him, as well as \$440,000 for the value of the services rendered by the second even though it had never billed him for fees, as they had entered into a *pro bono* agreement.

B. *Quebec Court of Appeal, 2013 QCCA 1513*

[17] The Court of Appeal reversed Poulin J.'s judgment. It expressed disagreement with her finding on the issue of immunity. In its view, the exercise of the Minister's power of mercy is protected by a qualified immunity: para. 141. As a result, the Crown can be held liable only if the Minister's decision was made in bad faith, and with malice: paras. 144 and 150.

[18] The Court of Appeal found that it had not been proven that the Minister had committed a fault: para. 157. The court acknowledged that it was difficult [TRANSLATION] "to accurately gauge what kind of study was conducted, because of the summary nature of the evidence adduced", but inferred nothing negative from the brevity of the Minister's decision: para. 170 (CanLII). At the time in question, the Minister was under no obligation to give reasons for his or her decisions, and good faith on his or her part had to be presumed. The Court of Appeal also rejected the view that the time it had taken the Minister to reach a decision had caused the damage: even if it were assumed that a fault had been committed, there was nothing to suggest that the miscarriage of justice would have been ascertained quickly if the Minister had acted promptly (paras. 171-72).

[19] The Court of Appeal went on to say that even if it were assumed that there had been some fault on the AGC's part, Poulin J. had failed to apportion liability among the AGC, the AGQ and Mont-Laurier for the purpose of calculating the

des dommages non pécuniaires. Elle conclut également à une atteinte illicite et intentionnelle au droit à sa dignité et lui accorde 2 500 000 \$ à titre de dommages-intérêts exemplaires. Enfin, elle estime que le PGC a abusé de son droit d'ester en justice. Elle lui ordonne de verser à M. Hinse 100 000 \$ pour les honoraires payés au premier cabinet d'avocats qui l'a représenté, et 440 000 \$ pour la valeur des services rendus par le deuxième, bien que ce dernier ne lui ait jamais facturé d'honoraires en raison d'une entente *pro bono*.

B. *Cour d'appel du Québec, 2013 QCCA 1513, [2013] R.J.Q. 1451*

[17] La Cour d'appel infirme le jugement de première instance. Elle se dit en désaccord avec la conclusion de la juge sur la question de l'immunité. À ses yeux, le pouvoir de clémence du Ministre est assorti d'une immunité relative : par. 141. Ainsi, seule une décision du Ministre empreinte de mauvaise foi, démontrant une intention malveillante, peut entraîner la responsabilité de l'État : par. 144 et 150.

[18] La Cour d'appel estime que la preuve de la faute du Ministre n'est pas établie : par. 157. Elle reconnaît la difficulté « d'évaluer avec précision la nature de l'étude faite en raison du caractère sommaire de la preuve administrée », mais elle ne tire pas d'inférence négative de la brièveté de la décision du Ministre : par. 170. À cette époque, le Ministre n'avait pas l'obligation de motiver sa décision et sa bonne foi doit être présumée. La Cour d'appel rejette aussi l'idée que les délais ayant précédé la décision du Ministre soient la cause des dommages : même en supposant l'existence d'une faute, rien n'indique que l'erreur judiciaire aurait été rapidement découverte si le Ministre avait agi promptement (par. 171-172).

[19] Par ailleurs, les juges d'appel précisent que, même dans l'hypothèse où l'on retiendrait une quelconque faute du PGC, la juge Poulin a omis de procéder au partage de responsabilité entre ce dernier, le PGQ et Mont-Laurier pour les besoins

damages: paras. 193 et seq. On the issue of punitive damages, the court found that even if a fault had been proven, there had been no unlawful and intentional interference with Mr. Hinse's fundamental rights: paras. 228-32. Finally, it rejected Poulin J.'s findings with respect to abuse of process: para. 242.

III. Issues

[20] The appeal raises several issues, which can be summarized as follows:

1. What rules of civil liability apply to the Minister's power of mercy?
2. Has the appellant shown that the Minister's conduct constituted a fault in this case?
3. If so, has the appellant proven a causal connection between the Minister's fault and the alleged damage?
4. If so, is the appellant entitled to compensatory or punitive damages and to compensation for his counsel's extrajudicial fees?

IV. Analysis

A. *Rules of Civil Liability That Apply to the Minister's Power of Mercy*

(1) Extracontractual Liability of the Crown

[21] The original legislation respecting civil liability of the federal Crown was the *Crown Liability Act*, S.C. 1952-53, c. 30, which later became the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C. 1985, c. C-50 ("C.L.P.A."). The C.L.P.A. provides that whether the federal Crown is liable for damages is governed by the law of the jurisdiction where the acts in question were committed. In Quebec, the combined effect of the C.L.P.A. and the C.C.Q. is that the federal Crown is generally subject to the rules of civil liability set out in art. 1457 C.C.Q.: *Canadian Food Inspection*

du calcul des dommages-intérêts : par. 193 et suiv. Relativement aux dommages-intérêts punitifs, les juges concluent que même si la faute avait été prouvée, il y a absence d'atteinte illicite et intentionnelle aux droits fondamentaux de M. Hinse : par. 228-232. Enfin, ils écartent les conclusions de la juge au sujet de l'abus de procédure : par. 242.

III. Questions en litige

[20] Le pourvoi soulève plusieurs questions, qui peuvent être résumées ainsi :

1. Quelles sont les règles de la responsabilité civile applicables au pouvoir de clémence du Ministre?
2. L'appellant a-t-il démontré que la conduite du Ministre était fautive en l'espèce?
3. Dans l'affirmative, l'appellant a-t-il prouvé le lien de causalité entre la faute du Ministre et le préjudice allégué?
4. Si c'est le cas, l'appellant est-il en droit de recevoir des dommages-intérêts compensatoires ou punitifs et d'être indemnisé pour les honoraires extrajudiciaires de ses avocats?

IV. Analyse

A. *Les règles de la responsabilité civile applicables au pouvoir de clémence du Ministre*

(1) La responsabilité extracontractuelle de l'État

[21] La source de la responsabilité civile de la Couronne fédérale est la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.C. 1952-53, c. 30, devenue la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, c. C-50 (« L.R.C.É. »). La L.R.C.É. précise que la responsabilité civile de l'État fédéral est régie par le droit du ressort où les actes ont été commis. Au Québec, par l'effet combiné de la L.R.C.É. et des dispositions du C.c.Q., l'État fédéral est généralement assujéti aux règles de responsabilité civile établies à l'art. 1457

Agency v. Professional Institute of the Public Service of Canada, 2010 SCC 66, [2010] 3 S.C.R. 657, at paras. 25-26. In the instant case, the Crown is alleged to be liable in respect of the fault of its servants: ss. 2 “liability” and 3(a)(i) *C.L.P.A.*

[22] However, art. 1376 *C.C.Q.* provides that the rules respecting liability set out in the *C.C.Q.* apply “to the State and its bodies, and to all other legal persons established in the public interest, subject to any other rules of law which may be applicable to them”. This Court has found, for example, that general principles or rules of public law may either prevent the general rules of civil liability from applying or substantially alter how they are applied: *Finney v. Barreau du Québec*, 2004 SCC 36, [2004] 2 S.C.R. 17, at para. 27; *Prud’homme v. Prud’homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663, at para. 31; *Canadian Food Inspection Agency*, at para. 26.

[23] The principles in question include those relating to Crown immunity, which the Court considered in *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; see also *Canadian Food Inspection Agency*, at para. 27; s. 8 *C.L.P.A.* In *Imperial Tobacco*, the Court noted that the prevailing view in Canada is that only “true” policy decisions are protected by Crown immunity. The Court explained that it is not helpful to posit a stark dichotomy between policy decisions and operational decisions, or to define policy decisions negatively as decisions that are not “operational” decisions: paras. 84-86. Although it refrained from establishing a black-and-white test, the Court concluded that core policy government decisions that are protected from suit are “decisions as to a course or principle of action that are based on public policy considerations, such as economic, social and political factors, provided they are neither irrational nor taken in bad faith”: para. 90. Policy decisions form a narrow subset of discretionary decisions. Such a decision is a considered decision that represents “a ‘policy’ in the sense of a general rule or approach, applied to a particular situation”: para. 87. To determine whether a decision is a policy decision, the role of the person who makes it may be of assistance, given

C.c.Q. : *Agence canadienne d’inspection des aliments c. Institut professionnel de la fonction publique du Canada*, 2010 CSC 66, [2010] 3 R.C.S. 657, par. 25-26. En l’espèce, la responsabilité de l’État découlerait de la faute de ses préposés : art. 2 « responsabilité » et sous-al. 3a)(i) *L.R.C.É.*

[22] L’article 1376 *C.c.Q.* prévoit cependant que le régime de responsabilité établi par le *C.c.Q.* s’applique « à l’État, ainsi qu’à ses organismes et à toute autre personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables ». Notre Cour a par exemple reconnu que des principes généraux ou des règles de droit public peuvent faire obstacle à l’application du régime général de responsabilité civile ou en modifier substantiellement les règles de fonctionnement : *Finney c. Barreau du Québec*, 2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17, par. 27; *Prud’homme c. Prud’homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663, par. 31; *Agence canadienne d’inspection des aliments*, par. 26.

[23] Parmi ces principes, mentionnons ceux relatifs à l’immunité de l’État, sur lesquels notre Cour s’est penchée dans *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; voir aussi *Agence canadienne d’inspection des aliments*, par. 27; art. 8 *L.R.C.É.* Dans *Imperial Tobacco*, la Cour souligne que, selon le point de vue majoritaire qui prévaut au Canada, seules les « véritables » décisions de politique générale sont protégées par une immunité. La Cour précise qu’il n’y a pas lieu de supposer une nette dichotomie entre les décisions de politique générale et les décisions opérationnelles, ou de définir négativement les premières comme n’étant pas des décisions de nature « opérationnelle » : par. 84-86. Sans établir de critère absolu, la Cour conclut que les décisions de politique générale fondamentale à l’égard desquelles le gouvernement est soustrait aux poursuites « se rapportent à une ligne de conduite et reposent sur des considérations d’intérêt public, tels des facteurs économiques, sociaux ou politiques, pourvu qu’elles ne soient ni irrationnelles ni prises de mauvaise foi » : par. 90. Ces décisions forment un sous-ensemble restreint de décisions discrétionnaires. Elles sont réfléchies et traduisent « une “politique générale” dans le sens d’une règle ou orientation générale appliquée dans

that employees working at the operational level are not usually involved in making policy choices: paras. 87-90.

[24] In *Imperial Tobacco*, the Court did not lay down a strict rule that only “true” core policy decisions can be protected by a qualified immunity. On the contrary, it stated that “[a] black and white test that will provide a ready and irrefutable answer for every decision in the infinite variety of decisions that government actors may produce is likely chimerical”: para. 90. Although that case concerned the federal Crown’s liability for negligence at common law, its conclusions on the issue of immunity for acts of the Crown pertained to public law, which means that they are applicable to Quebec’s rules relating to Crown liability.

[25] With these principles in mind, we must begin by characterizing the nature of the ministerial power at issue so as to determine whether it is a true core policy act to which a qualified immunity applies. Having done this, we must identify the standard of fault that applies to this power and then, after defining the nature of the duties owed by the Minister during the material period, apply this standard to the facts.

(2) Nature of the Ministerial Power at Issue

[26] In the case at bar, Poulin J. found that the Minister is subject to the rules of civil liability and is not protected by any immunity when he or she exercises the power of mercy. But the Court of Appeal held that the Minister is in fact protected by a qualified immunity, given that the power in question stems from a royal prerogative and is exercised in a policy rather than an operational capacity. In this Court, the appellant submits that the Minister acts in the context of a statutory process, not of a royal prerogative, and that the standard is the existence of a simple fault. He argues that there is a

une situation précise » : par. 87. Pour les identifier, le rôle du décideur peut se révéler pertinent, car les employés au niveau opérationnel ne participent habituellement pas à la prise de décisions de politique générale : par. 87-90.

[24] Dans *Imperial Tobacco*, la Cour n’édicte pas une règle ferme selon laquelle seules les décisions qui sont de « véritables » décisions de politique générale fondamentale sont susceptibles d’être protégées par une immunité relative. Au contraire, elle affirme qu’« [i]l serait illusoire de vouloir établir un critère absolu qui donnerait rapidement et infailliblement une réponse à l’égard de toute décision parmi la gamme infinie de celles que peuvent prendre les acteurs gouvernementaux » : par. 90. Même si cet arrêt portait sur la responsabilité de l’État canadien pour cause de négligence en common law, les conclusions sur la question de l’immunité reconnue à l’égard des actes étatiques relèvent du droit public. À ce titre, elles sont applicables aux règles québécoises en matière de responsabilité de l’État.

[25] Compte tenu de ces enseignements, il convient d’abord de qualifier la nature du pouvoir ministériel en cause afin de déterminer s’il s’agit d’un véritable acte de politique générale fondamentale bénéficiant d’une immunité relative. Cela fait, il faut identifier la norme de faute applicable à ce pouvoir et, après avoir cerné la nature des obligations auxquelles le Ministre était astreint durant la période pertinente, appliquer cette norme aux faits.

(2) La nature du pouvoir ministériel en cause

[26] En l’espèce, la juge Poulin a estimé que le Ministre est soumis aux règles de la responsabilité civile et qu’il ne bénéficie d’aucune immunité dans l’exercice de son pouvoir de clémence. La Cour d’appel a quant à elle jugé que le Ministre bénéficie d’une immunité relative, car son pouvoir relève de la prérogative royale et constitue une fonction politique et non opérationnelle. Devant nous, l’appelant soutient que la conduite du Ministre s’inscrit dans le cadre d’un processus établi par la loi, non d’une prérogative royale : la norme de la faute simple s’appliquerait. Il plaide qu’il existe une distinction

distinction between the processing of applications for mercy and the Minister's final decision. In his view, the processing of applications falls within the operational sphere and should not be protected by any immunity. As for the respondent, he supports the Court of Appeal's analysis and its conclusion.

[27] Applications for mercy are governed by the *Cr. C.* Four successive provisions applied during the material period. They are reproduced in the Appendix. It can be seen from these provisions that the discretionary nature of the Minister's power (“[t]he Minister of Justice may”) and the requirement that the Minister conduct an inquiry (“if after inquiry he is satisfied that in the circumstances”) were constants throughout this period.

[28] We agree with the Court of Appeal that the power of mercy codified in the *Cr. C.* derives from the royal prerogative of mercy. Most academic commentators are also in agreement with this. Historically, the royal prerogative of mercy has had two strands and two objectives: to show compassion by relieving an individual of the full weight of his or her sentence, and to correct miscarriages of justice such as wrongful convictions (G. T. Trotter, “Justice, Politics and the Royal Prerogative of Mercy: Examining the Self-Defence Review” (2001), 26 *Queen's L.J.* 339, at p. 344, citing A. T. H. Smith, “The Prerogative of Mercy, the Power of Pardon and Criminal Justice”, [1983] *P.L.* 398). The prerogative was incorporated into Canadian law and conferred on the Governor General by letters patent: *Attorney General for Canada v. Attorney General of the Province of Ontario* (1894), 23 S.C.R. 458, at pp. 468-69; *Letters Patent Constituting the Office of Governor General of Canada* (1947), *Canada Gazette*, Part I, vol. 81, p. 3014 (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 31).

[29] Until 2002, the second strand of the royal prerogative of mercy, that of the rectification of miscarriages of justice, was codified primarily in s. 690 *Cr. C.* Originally, in 1892, the forerunner of this provision read as follows:

entre le traitement des demandes de clémence et la décision finale du Ministre. Le traitement relèverait de la sphère opérationnelle et ne devrait être assorti d'aucune immunité. Pour sa part, l'intimé s'appuie sur l'analyse et la conclusion de la Cour d'appel.

[27] Les demandes de clémence sont régies par le *C. cr.* Quatre dispositions se sont successivement appliquées durant la période pertinente à la présente affaire. Elles sont reproduites en annexe. Nous constatons à leur lecture que le caractère discrétionnaire du pouvoir du Ministre (« le ministre de la Justice peut ») et l'enquête requise de ce dernier (« si, après enquête, il est convaincu que, dans les circonstances ») demeurent les constantes durant cette période.

[28] Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le pouvoir de clémence codifié dans le *C. cr.* tire sa source de la prérogative royale de clémence. La doctrine majoritaire en convient. Cette prérogative comportait historiquement deux volets et visait deux objectifs : premièrement, faire montre de compassion en libérant un individu du plein effet de sa peine et deuxièmement, rectifier des erreurs judiciaires telles les condamnations erronées (G. T. Trotter, « Justice, Politics and the Royal Prerogative of Mercy : Examining the Self-Defence Review » (2001), 26 *Queen's L.J.* 339, p. 344, citant A. T. H. Smith, « The Prerogative of Mercy, the Power of Pardon and Criminal Justice », [1983] *P.L.* 398). Cette prérogative a été incorporée au droit canadien et attribuée au gouverneur général par voie de lettres patentes : *Attorney General for Canada c. Attorney General of the Province of Ontario* (1894), 23 R.C.S. 458, p. 468-469; *Lettres patentes constituant la charge de Gouverneur général du Canada* (1947), *Gazette du Canada*, partie I, vol. 81, p. 3109 (reproduites dans L.R.C. 1985, app. II, n° 31).

[29] Le deuxième volet de la prérogative royale de clémence, lequel vise la rectification d'erreurs judiciaires, était, jusqu'en 2002, principalement codifié à l'art. 690 *C. cr.* À l'origine, en 1892, la disposition correspondante était rédigée ainsi :

748. If upon any application for the mercy of the Crown on behalf of any person convicted of an indictable offence, the Minister of Justice entertains a doubt whether such person ought to have been convicted, he may, instead of advising Her Majesty to remit or commute the sentence, after such inquiry as he thinks proper, by an order in writing direct a new trial at such time and before such court as he may think proper.

(*Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29*)

[30] The provision has evolved over time, but the link between the referral procedure and the concept of mercy has always remained, as can be seen from the words “upon an application for the mercy of the Crown” (*Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 596*). In *Therrien (Re)*, 2001 SCC 35, [2001] 2 S.C.R. 3, at para. 113, Gonthier J. considered the effect of a pardon, which he defined as “an expression of the sovereignty of the monarch, the result of the unilateral and discretionary exercise of the Royal prerogative of mercy or clemency”. He explained that in Canada, statutory provisions merely set out various ways to exercise this prerogative but do not limit its scope. The types of pardons include “the pardon granted after a referral for hearing or referral to a court of appeal in accordance with s. 690 of the *Code . . .* which results in a new trial or a new hearing”: *Therrien*, at para. 114.

[31] The fact that the Minister’s power derives from the royal prerogative of mercy attests to the broad discretion that is conferred on him or her. Although the fact that a decision is discretionary is not on its own sufficient to justify finding that a public law immunity applies, it is nonetheless a helpful criterion.

[32] Moreover, the various relevant provisions of the *Cr. C.* over the years were all drafted in broad and general language. They offered little guidance for the exercise of this discretion and accordingly gave the Minister a great deal of latitude. They gave the Minister the power to, *inter alia*, direct a new trial or refer the matter to the court of appeal, and left it up to the Minister to determine in what circumstances he or she should intervene:

748. Si, sur demande de la clémence de la Couronne en faveur de quelque personne convaincue d’un acte criminel, le ministre de la Justice éprouve quelque doute que cette personne aurait dû être trouvée coupable, il pourra, au lieu de recommander à Sa Majesté de faire grâce ou de commuer la sentence, après telle enquête qu’il jugera à propos, ordonner par écrit qu’un nouveau procès ait lieu à telle époque et devant telle cour qu’il jugera à propos.

(*Code criminel, 1892, S.C. 1892, c. 29*)

[30] Au fil du temps, la disposition a évolué, mais le lien entre la procédure de renvoi et la notion de clémence est toujours demeuré, comme en attestaient les mots « Sur une demande de clémence de la Couronne » (*Code criminel, S.C. 1953-54, c. 51, art. 596*). Dans l’arrêt *Therrien (Re)*, 2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 3, par. 113, le juge Gonthier a examiné la portée du pardon et a défini celui-ci comme « l’expression de la souveraineté du Roi, le résultat de l’exercice unilatéral et discrétionnaire de [la] prérogative royale de grâce ou de clémence ». Il a expliqué qu’au Canada les textes législatifs ne font que prescrire différentes façons d’exercer cette prérogative, sans pour autant en limiter la portée. Parmi les formes de pardon, on retrouve « le pardon obtenu après le renvoi à procès ou le renvoi à une cour d’appel conformément à l’art. 690 du *Code* [. . .], qui donne lieu à la tenue d’un nouveau procès ou d’une nouvelle audition » : *Therrien*, par. 114.

[31] Le fait que ce pouvoir du Ministre provienne de la prérogative royale de clémence témoigne de la large discrétion qui lui est conférée. Même si le caractère discrétionnaire d’une décision ne permet plus, à lui seul, de justifier la reconnaissance d’une immunité de droit public, il demeure un critère utile.

[32] Par ailleurs, les diverses dispositions pertinentes du *C. cr.* au fil des ans étaient toutes rédigées de façon large et générale. Elles ne balayaient guère l’exercice du pouvoir et laissaient de ce fait une grande marge de manœuvre au Ministre. Leur libellé accordait entre autres au Ministre la faculté de prescrire un nouveau procès ou de déférer la cause à la cour d’appel; le texte lui laissait le soin de déterminer dans quelles circonstances il devait intervenir :

596. The Minister of Justice may . . .

(a) direct . . . a new trial before any court that he thinks proper, if after inquiry he is satisfied that in the circumstances a new trial should be directed;

(*Criminal Code*, S.C. 1953-54)

[33] In making this discretionary decision, the Minister necessarily had to assess and weigh public policy considerations on the basis of social, political and economic factors. This power, which derived from the royal prerogative, fell outside the traditional sphere of criminal law in that it came into play after all judicial remedies had been exhausted. In exercising it, the Minister had to be careful to avoid usurping the role of the courts and short-circuiting the usual judicial process. It clearly did not constitute a new level of appeal. As the Court of Appeal noted in the case at bar, the Minister’s duties required

[TRANSLATION] . . . diverse (and often diverging) legal and social interests, ranging from the specific interest of the particular individual and a concern for justice to the preservation of the independence and integrity of the judicial system and of the stability of judgments — each of them being no less important than the others — to be weighed [in relation to] facts that are seldom clear. [para. 141]

[34] Furthermore, Part XXI.1 of the *Cr. C.*, which was introduced in 2002 by the *Criminal Law Amendment Act, 2001*, S.C. 2002, c. 13, s. 71, has as its purposes to provide greater guidance for the exercise of this power and to enhance the transparency of the process: Library of Parliament, “Bill C-15A: An Act to amend the Criminal Code and to amend other Acts”, Legislative Summary LS-410E, October 12, 2001 (“Legislative Summary”). Under the current s. 696.3(3)(a) *Cr. C.*, the Minister may now direct a new trial or refer the matter to the court of appeal “if the Minister is satisfied that there is a reasonable basis to conclude that a miscarriage of justice likely occurred”. Unlike when Mr. Hinse made his applications, s. 696.4 *Cr. C.* now sets out specific criteria on which the Minister’s decision must be based. Public policy considerations, such as certainty of judgments and judicial independence,

596. . . . le ministre de la Justice peut

a) prescrire [. . .] un nouveau procès devant une cour qu’il juge appropriée, si, après enquête, il est convaincu que, dans les circonstances, un nouveau procès devrait être prescrit;

(*Code criminel*, S.C. 1953-54)

[33] En prenant cette décision discrétionnaire, le Ministre devait nécessairement évaluer et sopeser des considérations d’intérêt public, en fonction de facteurs sociaux, politiques et économiques. Issu de la prérogative royale, ce pouvoir se situait en dehors de la sphère traditionnelle du droit criminel, en ce sens qu’il naissait après l’extinction des recours judiciaires. En l’exerçant, le Ministre devait prendre soin d’éviter d’usurper le rôle des tribunaux et de court-circuiter le processus judiciaire habituel. Il ne constituait certes pas un nouveau palier d’appel. Pour reprendre les mots de la Cour d’appel en l’espèce, le Ministre devait

. . . sopeser, au regard de faits qui sont rarement clairs, des intérêts juridiques et sociaux divers (et souvent divergents), qui vont de l’intérêt particulier de l’individu en cause et du souci de la justice à la préservation de l’indépendance et de l’intégrité du système judiciaire ainsi que de la stabilité des jugements, tous aussi importants les uns que les autres. [par. 141]

[34] On constate d’ailleurs que la partie XXI.1 du *C. cr.*, introduite en 2002 par la *Loi de 2001 modifiant le droit criminel*, L.C. 2002, c. 13, art. 71, a comme objectif d’encadrer davantage l’exercice de ce pouvoir et de rendre le processus plus transparent : Bibliothèque du Parlement, « Projet de loi C-15A : Loi modifiant le Code criminel et d’autres lois », résumé législatif LS-410F, 12 octobre 2001 (« Résumé législatif »). Suivant l’actuel al. 696.3(3)a) *C. cr.*, le Ministre peut désormais prescrire un nouveau procès ou renvoyer la cause devant la cour d’appel « s’il est convaincu qu’il y a des motifs raisonnables de conclure qu’une erreur judiciaire s’est probablement produite ». Contrairement à ce qui était le cas à l’époque des demandes de M. Hinse, l’art. 696.4 *C. cr.* énonce maintenant des critères précis sur lesquels le Ministre doit fonder sa décision. Les considérations d’intérêt public, telles la stabilité des

were taken into account when the new provisions were enacted, and their importance in the Minister's decision-making process has been reduced.

[35] Finally, because the decision maker's role may also be a relevant factor in characterizing the power in question, it should be borne in mind that the Minister, in making such policy decisions, does not act as a mere public servant working in an administrative or operational capacity. In this regard, the appellant's argument that a distinction should be drawn between the processing of applications for mercy by government employees and the Minister's decision is wrong. Such a distinction is both difficult to justify and difficult to make in practice. This power is a single power — to review a conviction — that cannot be split into two unconnected steps. Although the ministerial review process does of course require administrative support, this fact alone does not, in the case before us, justify dividing the process into distinct compartments of policy decisions and operational decisions. The decision to consider a case further or to deny an application is an integral part of the evaluation process.

[36] The history and the nature of the Minister's power of mercy lead us to find that the exercise of that power was a true core policy act at the relevant time. In light of the principles from *Imperial Tobacco*, the exercise of such a power could not therefore expose the Crown to liability unless the Minister acted irrationally or in bad faith. In the instant case, it is not necessary to consider in detail what might constitute an irrational decision by the Minister. That is not the issue Mr. Hinse raises here. He merely complains of the failure to conduct adequate reviews of his applications. What is really at issue in this case is whether the Minister conducted a meaningful review. This means that it is important to define what constitutes bad faith in Quebec civil law in the context of the case at bar.

jugements ou l'indépendance du système judiciaire, ont été prises en compte lors de l'adoption des nouvelles dispositions et occupent moins d'importance dans le processus décisionnel du Ministre.

[35] Enfin, comme le rôle du décideur peut également être un facteur pertinent pour déterminer la nature du pouvoir en question, il convient de reconnaître que le Ministre, lorsqu'il prend ces décisions de politique générale, n'agit pas en qualité de simple fonctionnaire exerçant des fonctions administratives ou opérationnelles. À ce sujet, contrairement aux prétentions de l'appelant, il n'y a pas lieu de distinguer entre le traitement des demandes de clémence par le personnel de l'administration publique et la décision du Ministre. Ce découpage est à la fois difficile à justifier et difficile à réaliser en pratique. Il s'agit d'un seul et même pouvoir — réviser une condamnation — qui ne peut être séparé en deux étapes étanches. Bien que le processus de révision ministérielle nécessite sans doute des activités de soutien administratif, ce fait à lui seul ne permet pas, dans le cas qui nous intéresse, de diviser le processus en compartiments distincts, à savoir les décisions de politique générale et les décisions de nature opérationnelle. La décision de poursuivre l'étude du dossier ou de rejeter la demande fait partie intégrante du processus d'évaluation.

[36] En raison de l'historique et de la nature du pouvoir de clémence du Ministre, nous sommes d'avis que son exercice participait d'un véritable acte de politique générale fondamentale à l'époque des faits en litige. Aux termes de l'arrêt *Imperial Tobacco*, l'exercice d'un tel pouvoir ne pouvait donc engager la responsabilité de l'État que si le Ministre agissait de façon irrationnelle ou de mauvaise foi. En l'espèce, il n'est pas nécessaire d'examiner en détail ce qui pourrait constituer une décision irrationnelle du Ministre. Ce n'est pas ce qu'invoque M. Hinse ici. Il se plaint uniquement de l'omission de réaliser une étude adéquate de ses demandes; c'est la question de l'existence d'un examen sérieux du Ministre qui est au cœur du débat. En conséquence, il importe de définir ce à quoi correspond la mauvaise foi en droit civil québécois dans le contexte de la présente affaire.

(3) Characterization of the Fault

[37] Mr. Hinse maintains that the Minister's conduct when exercising his power of mercy must be assessed against a standard of simple fault. In the alternative, he argues that the fault threshold required to lift the Crown's qualified immunity includes carelessness or serious recklessness. The AGC counters that the Crown cannot be held liable in respect of the Minister's conduct absent "bad faith or other similar conduct": R.F., at paras. 43 and 51. At the hearing in this Court, the AGC conceded that bad faith can be proven indirectly by showing conduct so blameworthy and inexplicable that it cannot be concluded that the person in question acted in good faith, since the only possible explanation is that he or she did so in bad faith. In the AGC's opinion, this is a very high threshold. A total failure by the Minister to review an application for mercy would be one example of such conduct: transcript, at pp. 77-78.

[38] The Superior Court, having found that the Minister was not protected by any immunity, decided on and applied a standard of simple fault. The Court of Appeal, being of the opinion that the Minister's actions were protected by an immunity, preferred to apply the malice standard developed in the context of the liability of Crown prosecutors for malicious prosecution. It pointed to the similarities between the Minister's duties and those of prosecutors. It did not rule definitively on the issue, however, as in its view, the appellant had not proven that a fault of any kind had been committed: paras. 150-57.

(a) *Applicable Standard of Fault Is Not Malice*

[39] In our opinion, it would be inappropriate to import the malice standard applicable to the liability of Crown prosecutors for malicious prosecution into a case concerning an application for mercy. Although there is a certain similarity between the duties discharged by the Minister in exercising his or her power of mercy and those discharged by Crown

(3) La caractérisation de la faute

[37] M. Hinse maintient que la conduite du Ministre dans l'exercice de son pouvoir de clémence doit être appréciée au regard de la norme de la faute simple. Subsidiairement, il avance que le degré de faute requis pour écarter l'immunité relative de l'État doit englober l'incurie ou l'insouciance grave. Le PGC rétorque que la responsabilité de l'État pour la conduite du Ministre n'est engagée que par la « mauvaise foi ou [. . .] une conduite s'y apparentant » : m.i., par. 43 et 51. À l'audience devant notre Cour, le PGC a concédé que la preuve de la mauvaise foi peut être établie de façon indirecte, en démontrant une conduite tellement blâmable et inexplicable que l'on ne saurait conclure à la bonne foi de son auteur, la seule explication possible étant sa mauvaise foi. Il s'agirait d'un critère très élevé. L'absence totale d'examen par le Ministre d'une demande de clémence serait un exemple d'une telle conduite : transcription, p. 77-78.

[38] Ayant conclu à l'absence d'immunité, la Cour supérieure a retenu et appliqué la norme de la faute simple. D'avis qu'une immunité protégeait les agissements du Ministre, la Cour d'appel a privilégié la norme de l'intention malveillante élaborée dans le contexte de la responsabilité des procureurs de la Couronne en cas de poursuites criminelles abusives. La cour a fait état des similitudes entre les fonctions du Ministre et celles des procureurs. Toutefois, elle n'a pas tranché définitivement la question, disant être d'avis que l'appellant n'avait pas fait la preuve d'une faute, de quelque nature que ce soit: par. 150-157.

a) *La norme de faute à retenir n'est pas celle de l'intention malveillante*

[39] Il ne nous paraît pas opportun d'importer en matière de clémence la norme de l'intention malveillante qui s'applique à l'égard de la responsabilité des procureurs de la Couronne en cas de poursuites criminelles abusives. En dépit d'une certaine analogie entre les fonctions du Ministre dans l'exercice de son pouvoir de clémence et celles des

prosecutors in exercising their discretion in criminal prosecutions, there are significant differences between the two roles.

[40] First, although it is possible, in rare cases, to hold Crown prosecutors liable for malicious prosecution, there are policy reasons that justify an extremely high threshold for success in such an action: *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339, at para. 43; *Proulx v. Quebec (Attorney General)*, 2001 SCC 66, [2001] 3 S.C.R. 9, at para. 4; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170. As a result, an action for malicious prosecution must be based on malice or on an improper purpose: *Miazga*, at paras. 56 and 81. The decision to initiate or continue criminal proceedings lies at the core of the Crown prosecutor's powers, and the principle of independence of the prosecutor's office shields prosecutors from the influence of improper political factors: *Miazga*, at para. 45; see also *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372. Prosecutors must be able to act independently of any political pressure from the government and must be beyond the reach of judicial review, except in cases of abuse of process. This independence is so fundamental to the integrity and efficiency of the criminal justice system that it is constitutionally entrenched: *Miazga*, at para. 46; *Krieger*, at paras. 30-32.

[41] The imposition of a high fault threshold thus flows from an intentional choice made to preserve a balance "between the right of individual citizens to be free from groundless criminal prosecutions and the public interest in the effective and uninhibited prosecution of criminal wrongdoing": *Miazga*, at para. 52.

[42] These policy reasons do not apply to the Minister's power of mercy, however. Although this power is a highly discretionary one, the Minister's latitude in deciding whether to exercise it is not fundamental to the integrity and efficiency of the criminal justice system *per se*. Indeed, the mercy process [TRANSLATION] "begins where the law ends": *Bilodeau v. Canada (Ministre de la Justice)*, 2009

procureurs de la Couronne dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites criminelles, il existe d'importantes différences entre les deux rôles.

[40] Premièrement, si un procureur de la Couronne peut, dans des cas par ailleurs rares, être tenu responsable de poursuites criminelles abusives, des raisons de principe justifient qu'une telle action ne soit accueillie que si elle satisfait à un critère extrêmement strict : *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339, par. 43; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, 2001 CSC 66, [2001] 3 R.C.S. 9, par. 4; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170. En conséquence, le recours pour poursuites abusives doit être fondé sur la malveillance ou l'existence d'un but illégitime : *Miazga*, par. 56 et 81. La décision d'engager ou de continuer une poursuite criminelle est au cœur de l'exercice par le procureur de la Couronne de ses pouvoirs, et le principe de l'indépendance de sa fonction le protège contre l'influence de considérations politiques inappropriées : *Miazga*, par. 45; voir aussi *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372. Le procureur doit pouvoir agir indépendamment de toute pression politique du gouvernement et être soustrait à tout contrôle judiciaire, sauf en cas d'abus de procédure. Cette indépendance est à ce point essentielle à l'intégrité et à l'efficacité du système de justice criminelle qu'elle est consacrée par la Constitution : *Miazga*, par. 46; *Krieger*, par. 30-32.

[41] Ainsi, le fait d'exiger un niveau élevé de faute découle d'un choix délibéré visant à préserver l'équilibre « entre le droit individuel à la protection contre les poursuites criminelles injustifiées et l'intérêt public résidant dans la poursuite effective et sans entrave des criminels » : *Miazga*, par. 52.

[42] En revanche, ces raisons de principe ne s'appliquent pas au pouvoir de clémence du Ministre. Bien qu'il s'agisse d'un pouvoir hautement discrétionnaire, la latitude dont dispose le Ministre dans la prise de décisions n'est pas un élément essentiel à l'intégrité et à l'efficacité du système de justice criminelle proprement dit. En fait, la procédure de clémence « commence là où le droit finit » :

QCCA 746, [2009] R.J.Q. 1003, at para. 14; see also *Thatcher v. Canada (Attorney General)*, [1997] 1 F.C. 289 (T.D.), at para. 9. Furthermore, although prosecutorial authority must be shielded from political influence, the Minister must weigh social, political and economic factors in making his or her decision. As well, the Minister's independence in the context of this decision-making process is not entrenched in the Constitution.

[43] Second, it must be borne in mind that the exercise of the royal prerogative, like the exercise of any other statutory power, can be reviewed by the courts. Ministerial decisions on applications for mercy are therefore subject to judicial review: *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; P. W. Hogg, P. J. Monahan and W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4th ed. 2011), at p. 26; see also *Bilodeau v. Canada (Minister of Justice)*, 2011 FC 886, 394 F.T.R. 235; *Daoulov v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 12, 388 N.R. 54; *Bilodeau* (QCCA); *Timm v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 505, 409 F.T.R. 8, aff'd 2012 FCA 282, 451 N.R. 250; *Thatcher*. This is generally not the case for Crown prosecutors' decisions on whether to prosecute.

[44] A comparison between the prosecutorial prerogative of Crown prosecutors and the evolution of the Minister's power of mercy under the *Cr. C.* reveals significant differences between the contents of the two prerogatives. This means that these prerogatives must be analyzed from different perspectives.

[45] Third, what is at issue in the instant case is whether the general Quebec rules of extracontractual civil liability apply to the federal Crown, as provided for in the *C.L.P.A.* Intent is not usually a prerequisite for establishing such liability. Even where gross fault is alleged, intent is not required, unlike in the case of the tort of malicious prosecution, for which intent must be proven.

Bilodeau v. Canada (Ministre de la Justice), 2009 QCCA 746, [2009] R.J.Q. 1003, par. 14; voir aussi *Thatcher v. Canada (Procureur général)*, [1997] 1 C.F. 289 (1^{re} inst.), par. 9. De plus, alors que l'exercice du pouvoir en matière de poursuites doit être à l'abri de l'influence du politique, le Ministre doit, lorsqu'il prend sa décision, soulever des considérations sociales, politiques et économiques. Par ailleurs, l'indépendance du Ministre à l'égard de ce processus décisionnel n'est pas consacrée par la Constitution.

[43] Deuxièmement, fait important à noter, l'exercice de la prérogative royale est révisable par les tribunaux au même titre que l'exercice d'un pouvoir de source législative. Les décisions du Ministre sur les demandes de clémence sont donc assujetties au contrôle judiciaire : *Operation Dismantle Inc. v. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; P. W. Hogg, P. J. Monahan et W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4^e éd. 2011), p. 26; voir aussi *Bilodeau v. Canada (Ministre de la Justice)*, 2011 CF 886; *Daoulov v. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 12, 388 N.R. 54; *Bilodeau* (QCCA); *Timm v. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 505, conf. par 2012 CAF 282, 451 N.R. 250; *Thatcher*. Ce n'est généralement pas le cas pour les décisions des procureurs de la Couronne d'intenter ou non des poursuites criminelles.

[44] La comparaison entre la prérogative du procureur de la Couronne en matière de poursuites et l'évolution du pouvoir de clémence dévolu au Ministre par le *C. cr.* révèle des différences importantes entre la teneur de chacune des prérogatives. Cela commande d'analyser ces prérogatives sous un éclairage différent.

[45] Troisièmement, la question qui se pose en l'espèce concerne l'assujettissement de l'État fédéral au régime général de responsabilité civile extracontractuelle du Québec, comme le prescrit la *L.R.C.É.* Or, l'élément d'intention n'est normalement pas un prérequis pour établir cette responsabilité. Même en cas de faute lourde, l'élément intentionnel n'est pas exigé, contrairement au délit de poursuites abusives qui, lui, inclut nécessairement cet élément.

[46] Finally, we note that the AGC did not insist on this very high standard at the hearing in this Court.

[47] It is therefore our opinion that to assess the Minister's conduct in the exercise of his power of mercy, it would be inappropriate to apply a standard of fault that limits bad faith to malice. The bad faith referred to in *Imperial Tobacco* to circumscribe the qualified immunity of the Crown for acts of political authority does not require such a result.

(b) *Applicable Standard of Fault in This Case*

[48] In Quebec civil law, the concept of bad faith is flexible, and its content varies from one area of the law to another: *Entreprises Sibeca Inc. v. Freighsburg (Municipality)*, 2004 SCC 61, [2004] 3 S.C.R. 304, at para. 25. In *Finney*, this Court defined the scope of a statutory immunity according to which the Barreau du Québec could not be prosecuted for acts carried out in good faith. The Court held that bad faith is broader than just intentional fault or a demonstrated intent to harm another: para. 37. It also encompasses serious recklessness. LeBel J. wrote the following:

... recklessness implies a fundamental breakdown of the orderly exercise of authority, to the point that absence of good faith can be deduced and bad faith presumed. The act, in terms of how it is performed, is then inexplicable and incomprehensible, to the point that it can be regarded as an actual abuse of power, having regard to the purposes for which it is meant to be exercised. [Emphasis added; para. 39.]

[49] In *Sibeca*, this Court applied the definition of bad faith from *Finney* in the context of the qualified immunity that protects a municipality when exercising its regulatory discretion. Deschamps J.'s comments on the nature of that discretion can be transposed to the instant case:

Municipalities perform functions that require them to take multiple and sometimes conflicting interests into

[46] Enfin, nous notons qu'à l'audience, le PGC n'a pas insisté sur cette norme très exigeante.

[47] En conséquence, nous sommes d'avis que pour apprécier la conduite du Ministre dans l'exercice de son pouvoir de clémence, il n'y a pas lieu d'appliquer une norme de faute qui limite la mauvaise foi à une intention malveillante. La notion de mauvaise foi à laquelle renvoie l'arrêt *Imperial Tobacco* pour cerner les limites de l'immunité relative de l'État pour ses actes de puissance publique ne l'exige pas.

(b) *La norme de faute à retenir en l'espèce*

[48] En droit civil québécois, la notion de mauvaise foi est flexible et son contenu varie selon les domaines du droit : *Entreprises Sibeca Inc. c. Freighsburg (Municipalité)*, 2004 CSC 61, [2004] 3 R.C.S. 304, par. 25. Dans *Finney*, notre Cour a défini la portée d'une immunité d'origine législative prévoyant que le Barreau du Québec ne pouvait être poursuivi pour des actes accomplis de bonne foi. Elle a reconnu que la mauvaise foi a une portée plus large que celle de la seule faute intentionnelle ou de l'existence d'une volonté affirmée de nuire à autrui : par. 37. Elle englobe notamment la notion d'insouciance grave. Selon le juge LeBel :

... l'insouciance grave implique un dérèglement fondamental des modalités de l'exercice du pouvoir, à tel point qu'on peut en déduire l'absence de bonne foi et présumer la mauvaise foi. L'acte, dans les modalités de son accomplissement, devient inexplicable et incompréhensible, au point qu'il puisse être considéré comme un véritable abus de pouvoir par rapport à ses fins. [Nous soulignons; par. 39.]

[49] La définition de mauvaise foi établie dans *Finney* a été reprise par notre Cour dans *Sibeca* dans le contexte de l'immunité relative dont bénéficie une municipalité dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de réglementation. Les remarques de la juge Deschamps sur la nature de ce pouvoir peuvent être transposées en l'espèce :

Les municipalités exercent des fonctions qui requièrent la prise en considération d'intérêts multiples, parfois

consideration. To ensure that political disputes are resolved democratically to the extent possible, elected public bodies must have considerable latitude. Where no constitutional issues are in play, it would be inconceivable for the courts to interfere in this process and set themselves up as arbitrators to dictate that any particular interest be taken into consideration. They may intervene only if there is evidence of bad faith. The onerous and complex nature of the functions that are inherent in the exercise of a regulatory power justifies incorporating a form of protection both in civil law and at common law. [para. 24]

[50] In Deschamps J.'s view, the interpretation of bad faith proposed in *Finney* is applicable both to cases in which acts were committed deliberately with intent to harm and to those in which circumstantial evidence of bad faith must be relied on: *Sibeca*, at para. 26.

[51] In our opinion, a standard of bad faith that encompasses serious recklessness as defined in *Finney* and applied in *Sibeca* is consistent with the logic of Quebec's principles of civil liability. Moreover, this standard is akin to the concept of gross fault, which includes gross recklessness: see art. 1474 *C.C.Q.*; J.-L. Baudouin, P. Deslauriers and B. Moore, *La responsabilité civile* (8th ed. 2014), at No. 1-190.

[52] This standard is of course higher than the standard of simple fault that the trial judge incorrectly applied in the case at bar. A simple fault such as a mistake or a careless act does not correspond to the concept of bad faith that defines the limits of the Crown's qualified immunity. Moreover, it would be paradoxical if the exercise of the Minister's power of mercy were subject to a reasonableness standard on judicial review while being considered from the standpoint of a simple fault in extracontractual liability.

[53] In sum, decisions of the Minister that are made in bad faith, including those demonstrating serious recklessness — as defined in *Finney* and *Sibeca* — on the Minister's part, fall outside the Crown's qualified immunity. Bad faith can be established by proving that the Minister acted deliberately with the specific intent to harm another person. It

contradictoires. Pour favoriser pleinement la résolution démocratique des conflits politiques, les corps publics élus doivent disposer d'une marge de manœuvre considérable. Hors d'un contexte constitutionnel, il serait inconcevable que les tribunaux s'immiscent dans ce processus et s'imposent comme arbitres pour dicter la prise en considération d'un intérêt particulier. Ils ne peuvent intervenir que s'il y a preuve de mauvaise foi. La lourdeur et la complexité des fonctions inhérentes à l'exercice du pouvoir de réglementation justifient l'incorporation d'une protection, tant en droit civil qu'en common law. [par. 24]

[50] Pour la juge Deschamps, l'interprétation du concept de mauvaise foi proposée dans l'affaire *Finney* permet de viser tant les cas où les actes sont délibérément accomplis dans l'intention de nuire que ceux où une preuve circonstancielle de mauvaise foi s'avère nécessaire : *Sibeca*, par. 26.

[51] Selon nous, retenir une norme de mauvaise foi englobant l'insouciance grave telle qu'elle a été définie dans l'arrêt *Finney* et reprise dans *Sibeca* s'inscrit dans la logique du régime québécois de responsabilité civile. Cette norme rejoint d'ailleurs la notion de faute lourde, laquelle comprend l'insouciance grossière : voir art. 1474 *C.c.Q.*; J.-L. Baudouin, P. Deslauriers et B. Moore, *La responsabilité civile* (8^e éd. 2014), n° 1-190.

[52] Il va de soi que cette norme se veut plus exigeante que celle de la faute simple à laquelle s'est erronément tenue la première juge en l'espèce. Une simple faute de la nature d'une erreur ou d'une imprudence cadre mal avec la notion de mauvaise foi qui forme les contours de l'immunité relative de l'État. Il serait d'ailleurs paradoxal que l'exercice du pouvoir de clémence du Ministre soit assujéti à une norme de décision raisonnable en cas de révision judiciaire et examiné sous l'angle de la faute simple en cas de responsabilité extracontractuelle.

[53] En somme, échappent à l'immunité relative de l'État les décisions prises de mauvaise foi par le Ministre, y compris celles démontrant une insouciance grave de sa part au sens établi dans les arrêts *Finney* et *Sibeca*. La mauvaise foi peut être établie par une preuve montrant que le Ministre a agi délibérément dans l'intention arrêtée de nuire à autrui.

can also be established by proof of serious recklessness that reveals a breakdown of the orderly exercise of authority so fundamental that absence of good faith can be deduced and bad faith presumed. It is with this in mind that the duty owed by the Minister when exercising his or her power of mercy must be analyzed.

(4) Minister's Duty

[54] The trial judge held that the Crown's extra-contractual liability under art. 1457 *C.C.Q.* is based on [TRANSLATION] "the breach of a duty flowing from the conduct required of a reasonable person in society": para. 32. She found that when the Minister exercises the power of mercy, he or she has a duty to react as quickly as possible when evidence of a miscarriage of justice arises: para. 68. At a minimum, this duty requires the Minister to conduct a meaningful review of applications for mercy, since he or she has the powers of a commissioner under Part I of the *Inquiries Act*, R.S.C. 1985, c. I-11: para. 71. The trial judge described the meaningful review as a "thorough" investigation (para. 95) or a "sustained, concerted [and] extensive . . . review" (para. 75).

[55] The Court of Appeal concluded that the trial judge had erred in law in defining the scope of the Minister's duty at the time of Mr. Hinse's initial application for mercy on the basis of current standards and practices: para. 165. It instead found that the scope of that duty had been correctly defined in *Thatcher*: paras. 166-68. When presented with an application for mercy that was neither frivolous nor vexatious, the Minister was required to conduct a meaningful review of it, although not a review equivalent to the one that would be expected from a police investigation or a commission of inquiry.

[56] In our opinion, the Court of Appeal was right, in defining the scope of the Minister's duty at the relevant time, to endorse the conclusions reached by the Federal Court in *Thatcher*, to mention that the Minister was under no obligation to give reasons for his or her decisions, and to point out that good faith on the Minister's part had to be presumed: para. 170.

Elle peut aussi l'être par une preuve d'insouciance grave révélant un dérèglement tellement fondamental des modalités de l'exercice du pouvoir que l'on peut en déduire l'absence de bonne foi et présumer la mauvaise foi. C'est sous cet éclairage que l'on doit analyser l'obligation qui incombe au Ministre dans l'exercice de son pouvoir de clémence.

(4) L'obligation du Ministre

[54] La première juge a décidé que c'est « la transgression d'un devoir découlant de la conduite qui s'impose à une personne raisonnable en société » qui fonde la responsabilité extracontractuelle de l'État au titre de l'art. 1457 *C.c.Q.* : par. 32. Elle a estimé que, dans l'exercice de son pouvoir de clémence, le Ministre a l'obligation de réagir le plus tôt possible devant une preuve d'erreur judiciaire : par. 68. Au minimum, cette obligation requiert du Ministre qu'il procède à un examen sérieux des demandes de clémence, puisqu'il possède tous les pouvoirs accordés à un commissaire par la partie I de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. 1985, c. I-11 : par. 71. Dans ses motifs, la juge a décrit un examen sérieux comme étant une enquête « approfondie » (par. 95) ou une « étude nourrie, concertée [et] fouillée » (par. 75).

[55] La Cour d'appel a conclu que la juge a commis une erreur de droit en déterminant, à partir des normes et pratiques actuelles, l'étendue de l'obligation qui incombait au Ministre à l'époque de la demande initiale de clémence de M. Hinse : par. 165. La cour a estimé plutôt que l'étendue de l'obligation avait été correctement cernée dans *Thatcher* : par. 166-168. En présence d'une demande de clémence qui n'était ni futile ni vexatoire, le Ministre était tenu d'en faire un examen sérieux, examen qui ne correspond cependant pas à celui attendu d'une enquête policière ou d'une commission d'enquête.

[56] À notre avis, en cernant les contours de l'obligation du Ministre à l'époque pertinente, la Cour d'appel a eu raison d'adhérer aux conclusions de la Cour fédérale dans l'affaire *Thatcher*, de rappeler que le Ministre n'avait pas l'obligation de motiver sa décision et de souligner que la bonne foi de ce dernier devait être présumée : par. 170.

[57] Mr. Hinse's applications for mercy were made to the Minister between 1967 and 1990, and the response to his final application was sent to him in April 1991, that is, before the *C.C.Q.* came into force in 1994. It will therefore be necessary to refer to the standard that was provided for in art. 1053 of the *Civil Code of Lower Canada* ("*C.C.L.C.*") (now art. 1457 *C.C.Q.*), which was in force at the time of the facts alleged against the AGC:

Every person capable of discerning right from wrong is responsible for the damage caused by his fault to another, whether by positive act, imprudence, neglect or want of skill.

[58] Under the *C.L.P.A.*, the federal Crown can be held liable not on its own account, but solely for the fault of its servants (in this case, the Minister): s. 3(a)(i). In Quebec civil law, it was art. 1054 *C.C.L.C.* — now art. 1463 *C.C.Q.* — that provided for this type of liability. However, this liability scheme was based on the same concept of fault as the one described in the general provisions on extracontractual liability, or, in this case, art. 1053 *C.C.L.C.*

[59] To define the duty owed by the Minister when exercising his or her power of mercy, we must take the *Cr. C.* and the procedure that applied at the material time into account. These factors will make it possible to establish a general definition of the scope of that duty.

[60] In finding that the Minister is protected by a qualified immunity, we noted that the *Cr. C.*'s successive provisions on mercy that applied during the relevant period (from 1967 to 1990) granted the Minister a broad discretion. Regardless of the amendments Parliament made over the years to the section of the *Cr. C.* that conferred this power on the Minister, the wording remained essentially the same: "The Minister of Justice may, upon an application for the mercy of the Crown . . ." These various sections did not include the verb "shall" in relation to the Minister's powers, and nowhere in them was any specific duty imposed on the Minister.

[57] Les demandes de clémence de M. Hinse ont été adressées au Ministre de 1967 à 1990, et la réponse à sa dernière demande lui a été envoyée en avril 1991, soit avant l'entrée en vigueur du *C.c.Q.* en 1994. Il faut donc se reporter à la norme qui était édictée à l'art. 1053 du *Code civil du Bas-Canada* (« *C.c.B.-C.* »), maintenant l'art. 1457 *C.c.Q.*, et qui était en vigueur lors des faits reprochés au PGC :

Toute personne capable de discerner le bien du mal, est responsable du dommage causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit par imprudence, négligence ou inhabileté.

[58] La *L.R.C.É.* ne permet pas de retenir la responsabilité directe de l'État fédéral, mais uniquement sa responsabilité pour la faute de ses préposés (en l'occurrence, le Ministre) : sous-al. 3a)(i). En droit civil québécois, c'est l'art. 1054 *C.c.B.-C.* — maintenant l'art. 1463 *C.c.Q.* — qui énonçait ce type de responsabilité. Ce régime de responsabilité renvoie néanmoins à la même notion de faute que celle décrite aux dispositions générales de la responsabilité extracontractuelle, soit, dans le cas qui nous occupe, l'art. 1053 *C.c.B.-C.*

[59] Afin de définir l'obligation à laquelle était tenu le Ministre dans l'exercice de son pouvoir de clémence, il faut tenir compte du *C. cr.* et de la procédure en vigueur à l'époque des faits pertinents. Ces éléments permettent de circonscrire, de façon générale, l'étendue de cette obligation.

[60] Lorsque nous avons conclu à l'existence d'une immunité relative en faveur du Ministre, nous avons relevé que les articles du *C. cr.* qui se sont succédé en matière de clémence pour la période pertinente (1967 à 1990) lui accordaient un grand pouvoir discrétionnaire. Peu importe les changements que le législateur a apportés au fil du temps à l'article du *C. cr.* qui conférait ce pouvoir au Ministre, le libellé est demeuré sensiblement le même : « Sur une demande de clémence de la Couronne [. . .] le ministre de la Justice peut . . . » Lorsqu'il réfère aux pouvoirs du Ministre, le texte des divers articles ne contient aucun verbe tel que « doit », « s'assure », etc. Nulle part dans ces articles n'est-il fait mention d'une quelconque obligation précise imposée au Ministre.

[61] We also mentioned that Parliament left it up to the Minister to decide on the circumstances in which it would be appropriate to direct a new trial or refer the matter to the court of appeal. Ideally, Parliament could have defined the types of circumstances that were relevant and given better guidance on the procedure the Minister was to follow. But it did not do so. This reflects Parliament's choice to give the Minister considerable latitude and must be taken into account when defining the scope of the Minister's duty.

[62] As we mentioned above, Parliament modified the power of mercy significantly in 2002, choosing to provide greater guidance for the exercise of the power. Since then, the Minister has been required to review applications for mercy in accordance with the *Regulations Respecting Applications for Ministerial Review — Miscarriages of Justice*, SOR/2002-416: s. 696.2 *Cr. C.* The Minister is also required to submit an annual report to Parliament in relation to such applications: s. 696.5 *Cr. C.* This change underlines the fact that there was no applicable procedural framework when Mr. Hinse made his applications for mercy. Moreover, the following appears in the Legislative Summary:

Prior to 1994, the Department of Justice took a more or less ad hoc approach to section 690 applications. There was no set procedure or designated personnel to deal with them. . . .

. . . .

In 1994, the Department of Justice instituted a number of measures to address complaints about the section 690 application process. [Emphasis added; pp. 17-18.]

[63] While the procedure to be followed is now more detailed, it does not actually require the Minister to conduct an investigation in every case. Section 3 of the *Regulations* provides that the Minister must conduct a preliminary assessment of the application. After that, the Minister is in principle required to conduct an investigation only “if [he or she] determines that there may be a reasonable basis to conclude that a miscarriage of justice likely

[61] Nous avons aussi souligné que le législateur a laissé au Ministre le soin de juger des circonstances dans lesquelles il était approprié de prescrire un nouveau procès ou de déférer la cause à la cour d'appel. Idéalement, le législateur aurait pu définir le type de circonstances pertinentes et encadrer davantage la procédure que devait suivre le Ministre. Il ne l'a pas fait. Cette formulation reflète le choix du législateur d'accorder une marge de manœuvre considérable au Ministre. Il faut en tenir compte dans la détermination de l'étendue de son obligation.

[62] Comme nous l'avons vu, le Parlement a apporté des modifications importantes au pouvoir de clémence en 2002, choisissant d'encadrer davantage son exercice. Le Ministre doit désormais examiner les demandes de clémence conformément au *Règlement sur les demandes de révision auprès du ministre (erreurs judiciaires)*, DORS/2002-416 : art. 696.2 *C. cr.* Il doit également présenter au Parlement un rapport annuel sur les demandes soumises : art. 696.5 *C. cr.* Ce changement fait ressortir l'absence d'encadrement de la procédure qui s'appliquait au moment des demandes de clémence présentées par M. Hinse. D'ailleurs, le Résumé législatif indique ceci :

Avant 1994, le Ministère traitait les demandes qui lui étaient adressées en vertu de l'article 690 selon une approche plus ou moins improvisée. Il n'existait pas de procédure établie et personne n'était affecté spécialement à ces demandes. . . .

. . . .

En 1994, le Ministère a instauré un certain nombre de mesures pour régler les plaintes relatives au processus de traitement des demandes adressées en vertu de l'article 690. [Nous soulignons; p. 18-19.]

[63] Si la procédure à suivre est aujourd'hui plus détaillée, elle n'impose pas pour autant au Ministre l'obligation de mener une enquête dans tous les cas. L'article 3 du *Règlement* précise que le Ministre doit faire une évaluation préliminaire de la demande. En principe, il doit ensuite mener une enquête seulement « s'il constate qu'il pourrait y avoir des motifs raisonnables de conclure qu'une erreur judiciaire s'est probablement produite » : art. 4 du *Règlement*.

occurred”: s. 4 of the *Regulations*. Finally, unlike with the powers the Minister had at the material time in this case, he or she now has and may exercise the powers of a commissioner under Part I of the *Inquiries Act* and the powers that may be conferred on a commissioner under s. 11 of that Act: s. 696.2(2) *Cr. C.*

[64] In light of the applicable provisions of the *Cr. C.* and of the fact that there was, at the relevant time, no established procedure to guide the Minister in exercising his or her power of mercy, we, like the Court of Appeal, agree with the conclusions of Rothstein J. (then a judge of the Federal Court — Trial Division) in *Thatcher* regarding the scope of the Minister’s duty. *Thatcher* concerned an application for judicial review of a decision to deny an application for mercy made under s. 690 *Cr. C.* and, therefore, the scope of the duty of fairness the Minister owed when exercising the power. Although that is not the issue in the instant case, Rothstein J.’s analysis of the Minister’s power was nonetheless correct, and his conclusions will be helpful in determining the scope of the Minister’s duty in the context of the Crown’s civil liability.

[65] Rothstein J. began by indicating that the mercy procedure is not the subject of legal rights, as it is initiated only after a convicted person has exhausted his or her rights: *Thatcher*, at para. 9. He then made the following observation:

That the function of the Minister of Justice under section 690 is an “exemplar of a purely discretionary act” is reflected in the wide allowance given to the Minister to exercise his discretion. There are no statutory provisions directing the Minister as to the manner in which he should exercise his discretion. There are no requirements as to the type of investigation the Minister must carry out under section 690. [para. 10]

[66] Rothstein J. pointed out that no procedure had been established and that the Minister’s decision was not subject to appeal: *Thatcher*, at para. 11. He concluded that “the Minister must act in good faith and conduct a meaningful review, provided that the application is not frivolous or vexatious”: para. 13. An application usually had to introduce some new matter “indicating it is likely that there has been a

Enfin, contrairement aux pouvoirs qu’il possédait à l’époque des faits de la présente affaire, le Ministre détient maintenant tous les pouvoirs accordés à un commissaire en vertu de la partie I de la *Loi sur les enquêtes* et ceux qui peuvent lui être accordés en vertu de l’art. 11 de cette loi : par. 696.2(2) *C. cr.*

[64] À la lumière des dispositions applicables du *C. cr.* et de l’absence, à l’époque pertinente, de procédure établie encadrant le pouvoir de clémence du Ministre, nous souscrivons, à l’instar de la Cour d’appel, aux conclusions du juge Rothstein (alors juge de la Cour fédérale, Section de première instance) dans *Thatcher* sur la portée de l’obligation du Ministre. Dans cette affaire, il s’agissait du contrôle judiciaire du rejet d’une demande de clémence formulée suivant l’art. 690 *C. cr.*, et donc, de l’étendue de l’obligation du Ministre d’agir équitablement dans l’exercice de son pouvoir. Bien que ce ne soit pas la question qui se pose en l’espèce, le juge Rothstein a néanmoins analysé avec justesse le pouvoir du Ministre et ses conclusions sont utiles pour déterminer la portée de l’obligation du Ministre pour les fins de la responsabilité civile de l’État.

[65] Le juge Rothstein a d’abord indiqué que la procédure de clémence ne fait pas l’objet de droits, mais est plutôt entreprise une fois que la personne a épuisé toutes ses voies de recours : *Thatcher*, par. 9. Il a ensuite formulé les observations suivantes :

Le fait que la fonction du ministre de la Justice en vertu de l’article 690 constitue un « archétype d’acte de nature purement discrétionnaire » se manifeste dans la grande latitude accordée au ministre dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire. Aucune disposition législative ne prévoit la façon dont le ministre devrait exercer son pouvoir discrétionnaire. Il n’y a pas d’exigence quant au type d’enquête auquel il doit procéder en vertu de l’article 690. [par. 10]

[66] Il a souligné qu’aucune procédure n’est établie et que la décision du Ministre est sans appel : *Thatcher*, par. 11. Il a conclu que « le ministre doit agir de bonne foi et procéder à un examen sérieux pourvu que la demande ne soit ni futile ni vexatoire » : par. 13. Une demande doit habituellement soulever des questions nouvelles « susceptibles d’indiquer qu’il y a eu erreur judiciaire » :

miscarriage of justice”: para. 14. Rothstein J. stated that the applicant had no general right to disclosure of what the Minister or his officials had considered in their review: para. 13. However, the applicant was entitled to disclosure of any new information uncovered by the Minister’s investigation: para. 14.

[67] Finally, Rothstein J. wrote:

Exceptionally, as a result of new information that is substantial and would provide a reasonable basis for a finding of miscarriage of justice, the Minister may find it necessary to consider material in police or prosecution files. In such a case, the material, or at least the gist of the material the Minister or his officials review, if not already known by the applicant, would have to be disclosed to him. But there is no general obligation on the Minister to review police and prosecution files or to disclose those files merely because of a request by a convicted person. [Emphasis added.]

(*Thatcher*, at para. 15)

[68] It is our opinion that, for the purpose of establishing liability under the Quebec rules of extracontractual liability, the Minister’s duty can be defined in terms of a meaningful review of an application for mercy. What a meaningful review entails must be understood in light of Rothstein J.’s comments. It is not the extensive and thorough review referred to by Poulin J. As well, this review is clearly not intended to be equivalent to a new level of appeal. And it is inappropriate to compare the Minister’s review to a police investigation or to the work of a commission of inquiry. On the other hand, a slapdash investigation could hardly be described as a meaningful one either. It goes without saying that, as the AGC agreed at the hearing, a total failure to conduct a meaningful review of an application that is neither frivolous nor vexatious would constitute a breach of the Minister’s duty. In addition, as we concluded above that it is inappropriate to draw a distinction between the processing of an application for mercy and the Minister’s decision with respect to that application, these two aspects of the power of mercy are intrinsically linked. The duty to conduct a meaningful review therefore

par. 14. Le juge Rothstein a affirmé que le demandeur ne dispose pas d’un droit général à la communication des éléments dont le Ministre ou ses fonctionnaires ont tenu compte dans leur examen : par. 13. Cependant, il a le droit d’obtenir les renseignements nouveaux révélés par l’enquête du Ministre : par. 14.

[67] Enfin, le juge Rothstein a écrit ce qui suit :

À titre exceptionnel, lorsqu’il existe de nombreux renseignements nouveaux susceptibles de fournir un fondement raisonnable de conclure à une erreur judiciaire, le ministre peut juger nécessaire d’examiner des documents dans les dossiers de la police ou du poursuivant. Dans un tel cas, les documents ou tout au moins l’essentiel des documents que le ministre ou ses fonctionnaires examinent — lorsque le requérant n’en est pas déjà au courant — devraient lui être divulgués. Cependant, le ministre n’a aucune obligation générale d’examiner les dossiers de la police et du poursuivant tout simplement parce qu’une personne déclarée coupable a présenté une demande. [Nous soulignons.]

(*Thatcher*, par. 15)

[68] Nous sommes d’avis qu’aux fins de détermination de la responsabilité extracontractuelle sous le régime québécois, l’obligation du Ministre se définit en fonction du sérieux apporté à l’examen de la demande de clémence. Cet examen doit s’entendre au sens que suggère le juge Rothstein. Un examen sérieux se distingue de l’étude fouillée et approfondie à laquelle se réfère la juge Poulin. Il va de soi que cet examen ne se veut pas non plus l’équivalent d’un nouveau palier d’appel. Dans la même veine, il n’est pas opportun de comparer l’enquête du Ministre à une enquête policière ou au travail d’une commission d’enquête. En revanche, une enquête bâclée ne saurait guère davantage être qualifiée de sérieuse. Il va sans dire que l’absence totale d’examen sérieux d’une demande qui n’est ni futile ni vexatoire constitue un manquement à l’obligation du Ministre, comme en a d’ailleurs convenu le PGC à l’audience. De plus, comme nous avons conclu qu’il n’y a pas lieu d’établir une distinction entre le traitement d’une demande de clémence et la décision du Ministre sur cette demande, ces deux aspects du pouvoir de clémence sont intrinsèquement liés. L’obligation d’examen sérieux emporte

entails a duty to make a decision in good faith on the basis of the evidence uncovered by that review. Finally, we would add that at the time, the Minister did not have to document his or her investigation or give any reasons whatsoever for his or her discretionary decision. This fact will be important for our assessment of the evidence that has been submitted.

[69] Since we have concluded that the Minister is protected by a qualified immunity when exercising his or her power of mercy, only a breach of the Minister's duty that amounts to bad faith or serious recklessness could expose the Crown to liability. In short, the evidence had to show that the Minister had acted in bad faith or with serious recklessness in conducting the required review of Mr. Hinse's applications for mercy.

B. *Evidence of Fault in This Case*

[70] Although the basis for the Crown's extracontractual liability in respect of the Minister's conduct is governed by the *C.C.L.C.*, it is the *C.C.Q.* that governs the rules of evidence and procedure in this case: ss. 2 and 3 of the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code* (see also the second para. of s. 9). Article 2803 *C.C.Q.* provides that "[a] person seeking to assert a right shall prove the facts on which his claim is based." The onus was therefore on Mr. Hinse to prove fault on the AGC's part, damage he himself had suffered, and a causal connection between the two: see J.-C. Royer and S. Lavallée, *La preuve civile* (4th ed. 2008), at No. 158.

[71] In this case, there is no direct evidence regarding the quality of the Minister's review. The appellant's argument was based on proof by presumption of fact, and the trial judge relied on this argument to conclude that the Minister had not conducted a meaningful review. Article 2846 *C.C.Q.* provides that "[a] presumption is an inference drawn by the law or the court from a known fact to an unknown fact." Regarding presumptions of fact, art. 2849 *C.C.Q.* provides that courts may, at their discretion, take such presumptions into account, but only if they are "serious, precise and concordant". These modifiers can be defined as follows:

donc celle de prendre une décision de bonne foi en fonction des éléments révélés par cet examen. Il convient enfin d'ajouter qu'à l'époque le Ministre n'avait pas à documenter son enquête ou à motiver sa décision discrétionnaire de quelque façon que ce soit. Cet élément a son importance dans notre évaluation de la preuve offerte.

[69] Puisque nous avons conclu à l'existence d'une immunité relative en faveur du Ministre dans l'exercice de son pouvoir de clémence, seul un manquement à son obligation équivalant à de la mauvaise foi ou à de l'insouciance grave pouvait entraîner la responsabilité de l'État. En somme, la preuve devait démontrer qu'il y avait eu mauvaise foi ou insouciance grave de sa part dans l'examen des demandes de clémence de M. Hinse auquel il était tenu.

B. *Preuve de la faute en l'espèce*

[70] Si le *C.c.B.-C.* dicte le fondement de la responsabilité extracontractuelle de l'État pour la conduite du Ministre, c'est le *C.c.Q.* qui régit les règles de preuve et de procédure de l'affaire : art. 2 et 3 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* (voir aussi le deuxième al. de l'art. 9). Aux termes de l'art. 2803 *C.c.Q.*, « [c]elui qui veut faire valoir un droit doit prouver les faits qui soutiennent sa prétention. » Il appartenait donc à M. Hinse d'établir la faute du PGC, le préjudice qu'il a subi, ainsi que le lien de causalité entre les deux : voir J.-C. Royer et S. Lavallée, *La preuve civile* (4^e éd. 2008), n^o 158.

[71] En l'espèce, il n'existe pas de preuve directe de la qualité de l'examen du Ministre. L'appellant s'en est remis à une preuve par présomption de fait et la juge de première instance s'est fondée sur celle-ci pour conclure à l'absence d'examen sérieux du Ministre. L'article 2846 *C.c.Q.* édicte que « [l]a présomption est une conséquence que la loi ou le tribunal tire d'un fait connu à un fait inconnu. » Pour ce qui est des présomptions de fait, l'art. 2849 *C.c.Q.* prévoit que les tribunaux ont discrétion pour tenir compte de celles-ci, mais seulement si elles sont « graves, précises et concordantes ». Ces qualificatifs peuvent être définis ainsi :

[TRANSLATION] Presumptions are serious when the connection between the known fact and the unknown fact is such that the existence of one establishes the existence of the other in a clear and obvious manner. . . .

Presumptions are precise when the conclusions that flow from the known fact tend to establish the contested unknown fact in a direct and specific manner. If it were also possible to draw different and even contrary results, to infer the existence of various and contradictory facts, the presumptions would not be precise in nature and would give rise only to doubt and uncertainty.

Finally, they are concordant, whether or not they each spring from a common or different source, when they tend[, as a whole and in how they accord with one another,] to establish the fact to be proven. . . . If, on the contrary, they contradict each other . . . and cancel each other out, they are no longer concordant, and create only doubt in the magistrate’s mind. [Emphasis added.]

(M. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations* (new ed. 1885), vol. 7, at p. 216, reproduced in *Barrette v. Union canadienne, compagnie d’assurances*, 2013 QCCA 1687, [2013] R.J.Q. 1577, at para. 33; *France Animation s.a. v. Robinson*, 2011 QCCA 1361, at para. 120 (CanLII), quoting *Longpré v. Thériault*, [1979] C.A. 258, at p. 262.)

[72] Thus, [TRANSLATION] “[a] presumption of fact cannot be deduced from a pure hypothesis, from speculation, from vague suspicions or from mere conjecture”: Royer and Lavallée, at No. 842, citing *Crispino v. General Accident Insurance Company*, 2007 QCCA 1293, [2007] R.R.A. 847. An unknown fact will not be proven if the known facts cause another fact that is inconsistent with the fact the plaintiff wants to prove to be more or less likely, or if they do not reasonably rule out another possible cause of the damage he or she suffered: see, e.g., *Crispino*. However, it is not necessary to rule out every other possibility: Royer and Lavallée, at No. 842; see also *St-Yves v. Laurentienne générale, compagnie d’assurance inc.*, 1997 CanLII 10732 (Que. C.A.).

[73] After reviewing the steps taken by Mr. Hinse and the authorities’ responses, Poulin J. concluded

Les présomptions sont graves, lorsque les rapports du fait connu au fait inconnu sont tels que l’existence de l’un établit, par une induction puissante, l’existence de l’autre. . . .

Les présomptions sont précises, lorsque les inductions qui résultent du fait connu tendent à établir directement et particulièrement le fait inconnu et contesté. S’il était également possible d’en tirer les conséquences différentes et même contraires, d’en inférer l’existence de faits divers et contradictoires, les présomptions n’auraient aucun caractère de précision et ne feraient naître que le doute et l’incertitude.

Elles sont enfin concordantes, lorsque, ayant toutes une origine commune ou différente, elles tendent, par leur ensemble et leur accord, à établir le fait qu’il s’agit de prouver. [. . .] Si, au contraire, elles se contredisent [. . .] et se neutralisent, elles ne sont plus concordantes, et le doute seul peut entrer dans l’esprit du magistrat. [Nous soulignons.]

(M. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations* (nouv. éd. 1885), t. 7, p. 216, repris dans *Barrette c. Union canadienne, compagnie d’assurances*, 2013 QCCA 1687, [2013] R.J.Q. 1577, par. 33; *France Animation s.a. c. Robinson*, 2011 QCCA 1361, [2011] R.J.Q. 1415, par. 120, représentant *Longpré c. Thériault*, [1979] C.A. 258, p. 262.)

[72] Ainsi, « [u]ne présomption de fait ne peut être déduite d’une pure hypothèse, de la spéculation, de vagues soupçons ou de simples conjectures » : Royer et Lavallée, n° 842, citant *Crispino c. General Accident Insurance Company*, 2007 QCCA 1293, [2007] R.R.A. 847. Le fait inconnu ne sera pas prouvé si les faits connus rendent plus ou moins vraisemblable un autre fait incompatible avec celui que le demandeur désire prouver, ou s’ils ne permettent pas d’exclure raisonnablement une autre cause possible d’un dommage subi : voir, notamment, *Crispino*. Il n’est cependant pas nécessaire d’exclure toute autre possibilité : Royer et Lavallée, n° 842; voir aussi *St-Yves c. Laurentienne générale, compagnie d’assurance inc.*, 1997 CanLII 10732 (C.A. Qc).

[73] Après examen des démarches entreprises par M. Hinse et des réponses des autorités, la juge

that [TRANSLATION] “the federal government’s conduct was marked by institutional indifference”: para. 55. She made the following points, *inter alia*, in this regard:

- despite the multiple and urgent distress calls Mr. Hinse sent out, no one really listened to him, no one helped him, no one looked into his allegations, no one tried to validate them;
- even though he was acquitted by this Court in 1997, and despite the Quebec government’s proposal, the federal government refused to compensate him in accordance with the *Guidelines: Compensation for Wrongfully Convicted and Imprisoned Persons* (1988) (“*Guidelines*”); and
- the AGC contested Mr. Hinse’s action firmly and vigorously for more than 13 years, thereby perpetuating the miscarriage of justice (paras. 57 and 59-60).

[74] Poulin J. then expressed the opinion that [TRANSLATION] “the federal government is liable for the faults committed by its servants and agents, manifested primarily in their indifference toward him”: para. 61. In this regard, she notably criticized the federal government for a number of actions:

- it let more than a year and a half go by and did not respond to the appellant’s first application for review until it had received the third letter from the appellant or his spouse;
- it created confusion in the instructions it gave them;
- it misled the appellant by referring him to the provincial authorities on several occasions;
- it deliberately caused the appellant to lose precious time;
- it repeatedly asked the appellant to tell his story; and

Poulin a conclu que « la conduite du gouvernement fédéral est empreinte d’indifférence institutionnelle » : par. 55. Elle a notamment relevé ceci :

- malgré les multiples et pressants S.O.S. que M. Hinse lance, personne ne l’écoute vraiment, personne ne l’assiste, personne ne vérifie ses allégations, personne ne tente de les valider;
- malgré son acquittement par notre Cour en 1997, le gouvernement fédéral refuse de l’indemniser selon les *Lignes directrices d’indemnisation des personnes condamnées et emprisonnées à tort* (1988) (« *Lignes directrices* »), et ce, malgré la proposition du gouvernement du Québec;
- le PGC conteste avec fermeté et vigueur pendant plus de 13 ans l’action intentée par M. Hinse, perpétuant ainsi le déni de justice (par. 57 et 59-60).

[74] Elle a ensuite exprimé l’avis que « le gouvernement fédéral est responsable des fautes qu’ont commises ses préposés et ses mandataires qui se sont principalement traduites par l’indifférence dont ils ont fait preuve à son égard » : par. 61. À ce sujet, elle a entre autres reproché un certain nombre de faits au gouvernement fédéral :

- avoir laissé s’écouler plus d’un an et demi et attendu la troisième lettre de l’appellant, ou de son épouse, avant de répondre à sa première demande de révision;
- avoir semé la confusion dans les directives qu’il leur donnait;
- avoir induit l’appellant en erreur en le référant à plusieurs reprises aux autorités provinciales;
- avoir fait perdre à l’appellant un temps précieux, et ce, en toute conscience;
- avoir demandé de façon répétitive à l’appellant de raconter son histoire;

- it forwarded documents the appellant had sent to it to third parties who were not involved in his case (para. 63).

[75] Moreover, Poulin J. expressed the opinion that the AGC had had a duty to react as quickly as possible to Mr. Hinse’s application for mercy, as a wrongful conviction is a flagrant example of a miscarriage of justice: para. 68. In her view, the Minister [TRANSLATION] “had at the very least a duty to conduct a meaningful review of Hinse’s review applications simply because he ‘has and may exercise the powers of a commissioner under Part I of the Inquiries Act’”: para. 71, quoting s. 696.2(2) *Cr. C.* She added that the Minister should, in exercising his power, have taken into account certain concerns raised in an article published in 1992, in which Philip Rosen describes the procedure followed when an application for mercy is sent to the Minister: para. 72, citing Library of Parliament, “Wrongful Convictions in the Criminal Justice System”, Background Paper BP-285E, January 1992, at pp. 10-11. Poulin J. observed that this exercise had “clearly” not been undertaken in this case, which amounts to a fault of omission: para. 73.

[76] She concluded her remarks regarding fault as follows:

[TRANSLATION] The evidence that Hinse adduced by presumption of fact satisfies the Court that the AGC’s wrongful inaction compounded his suffering. . . . Institutional inertia exacerbated and extended it by perpetuating the impact of the criminal past that the whole of society had attached to Hinse for a robbery he had not committed, whereas the AGC was the only one in a position to remedy the injustice.

That, it should be repeated, is where his fault lies. [paras. 75-76]

[77] The Court of Appeal found that the Minister had had a duty to conduct a meaningful review of Mr. Hinse’s case, because the affidavits submitted by Mr. Hinse had indicated that a miscarriage of justice may have occurred. The court acknowledged that it was difficult [TRANSLATION] “to accurately

- avoir transmis à des tiers, étrangers à son dossier, des documents envoyés par l’appelant (par. 63).

[75] Par ailleurs, la juge s’est dite d’avis que le PGC avait l’obligation de réagir le plus tôt possible à la demande de clémence de M. Hinse, car une condamnation sans fondement est un exemple flagrant de déni de justice : par. 68. Selon elle, le Ministre « se devait à tout le moins de procéder à un examen sérieux des demandes de révision que Hinse a présentées du seul fait qu’il “possède tous les pouvoirs accordés à un commissaire en vertu de la partie I de la Loi sur les enquêtes” » : par. 71, citant le par. 696.2(2) *C. cr.* Elle a ajouté que, dans l’exercice de son pouvoir, le Ministre aurait dû être guidé par certaines préoccupations recensées dans un article publié en 1992, où Philip Rosen décrit la procédure suivie lorsqu’une demande de clémence est acheminée au Ministre : par. 72, se référant à la Bibliothèque du Parlement, « Les condamnations injustifiées dans le système de justice pénale », étude générale BP-285F, janvier 1992, p. 11-12. La juge a indiqué que cet exercice n’a « de toute évidence » pas été effectué en l’espèce, ce qui constitue une faute d’omission : par. 73.

[76] Enfin, elle a conclu ainsi ses observations sur la faute :

La preuve que Hinse a présentée par présomption de faits convainc le Tribunal que l’inaction fautive du PGC a décuplé sa souffrance. [. . .] L’inertie institutionnelle l’a exacerbée et l’a prorogée en faisant perdurer l’impact du passé criminel que toute la société avait accolé à Hinse pour un vol qu’il n’avait pas perpétré alors que le PGC était le seul a [*sic*] pouvoir remédier à l’injustice.

Là, réitérons-nous, se situe sa faute. [par. 75-76]

[77] La Cour d’appel a pour sa part reconnu que le Ministre devait procéder à une étude sérieuse du dossier de M. Hinse, puisque les affidavits soumis par ce dernier indiquaient la possibilité d’une erreur judiciaire. La cour a reconnu la difficulté « d’évaluer avec précision la nature de l’étude faite

gauge what kind of study was conducted, because of the summary nature of the evidence adduced”, but nevertheless inferred nothing negative from that: para. 170. At the time in question, the Minister had not been under an obligation to give reasons for his or her decisions, and good faith on his or her part was presumed. In the court’s view, the evidence in the record did not justify the trial judge’s inferring from the refusals Mr. Hinse had met with that the Ministers had not conducted a meaningful review or had acted maliciously: para. 177. The Court of Appeal pointed out that when Mr. Hinse had made his applications, he had not yet exhausted his legal remedies, and that at his trial, Judge Côté had made some very harsh comments regarding his credibility: paras. 168-69. Finally, the court stated that, even if it considered the handling of all Mr. Hinse’s applications globally, it could not identify any wrongful conduct: para. 183.

[78] The appellant submits that the trial judge did not err in law in defining the meaningful review standard. In his view, it can be seen from *Thatcher* and from *Wilson v. Minister of Justice*, [1983] 2 F.C. 379 (T.D.), aff’d [1985] 1 F.C. 586 (C.A.), that in those cases, Department of Justice officials had conducted exhaustive investigations and reviews, and [TRANSLATION] “[t]he contrast between the work carried out in those cases and the total absence of any documentation and/or any information showing any enquiry whatsoever carried out by the AGC in this case is striking”: A.F., at para. 58 (emphasis deleted). The respondent contends that the trial judge erred in law by reviewing the Minister’s conduct on the basis of the provisions of the *Cr. C.* that came into force in 2002 and the practices followed in the 1990s. She should have conducted this review on the basis of the standards that applied at the time of the acts in question. The respondent relies on the conclusions reached in *Thatcher* to himself conclude that the Minister’s conduct in the case at bar was not wrongful.

[79] We are of the opinion that the trial judge not only erred in finding that no immunity whatsoever applied to the Minister’s exercise of his power, but also made several errors regarding the scope of the

en raison du caractère sommaire de la preuve administrée », mais elle n’en a pas pour autant tiré d’inférence négative : par. 170. À cette époque, le Ministre n’avait pas l’obligation de motiver sa décision et sa bonne foi était présumée. Selon la cour, vu la preuve au dossier, la juge de première instance ne pouvait inférer des refus auxquels s’était heurté M. Hinse que les Ministres ne s’étaient pas livrés à un examen sérieux, ou qu’ils avaient agi de manière malveillante : par. 177. La Cour d’appel a souligné qu’à l’époque des demandes M. Hinse n’avait pas épuisé ses recours judiciaires et que, lors de son procès, le juge Côté avait tenu des propos très durs à propos de sa crédibilité : par. 168-169. Enfin, la cour a précisé que, même en considérant de manière globale le traitement de toutes les demandes de M. Hinse, elle ne pouvait y voir un comportement fautif : par. 183.

[78] Pour l’appellant, la première juge n’a commis aucune erreur de droit dans l’élaboration de la norme de l’examen sérieux. Il ressort des décisions *Thatcher* et *Wilson c. Ministre de la Justice*, [1983] 2 C.F. 379 (1^{re} inst.), conf. par [1985] 1 C.F. 586 (C.A.), que, dans ces affaires, les fonctionnaires du ministère de la Justice ont effectué un travail d’enquête et d’examen exhaustif. Or, « [l]e contraste entre le travail effectué dans ces affaires et l’absence totale de documentation et/ou d’informations démontrant une quelconque enquête du PGC dans le présent dossier est saisissant » : m.a., par. 58 (soulignement omis). Pour l’intimé, la juge a commis une erreur de droit en examinant la conduite du Ministre sur la base des dispositions du *C. cr.* entrées en vigueur en 2002 et des pratiques suivies durant les années 1990. Elle aurait dû effectuer cet examen en fonction des normes applicables au moment des gestes reprochés. L’intimé se fonde sur les conclusions de l’affaire *Thatcher* pour conclure que la conduite du Ministre en l’espèce n’est pas fautive.

[79] Nous sommes d’avis qu’en plus de sa conclusion erronée sur l’absence de toute immunité applicable à l’égard de l’exercice par le Ministre de son pouvoir, la juge d’instance a commis plusieurs

Minister's duty, and that those errors led her to conclude, incorrectly, that the Minister had committed a fault. We will discuss the errors in question first, before turning to the determinative issue of the allegation that the Minister failed to conduct a meaningful review.

(1) Anachronism in the Scope of the Minister's Duty

[80] The Court of Appeal was right to find that Poulin J. had erred in considering the powers of a commissioner under the *Inquiries Act* as a basis for determining whether the review conducted by the Minister was a meaningful one. Those powers were not conferred on the Minister until 2002, when Parliament reformed the procedure in respect of applications for mercy. As the Court of Appeal pointed out, this anachronism had distorted Poulin J.'s analysis of the nature of the meaningful review the Minister was required to conduct, as she had found that the Minister had [TRANSLATION] "extremely broad" latitude in this regard and could seek assistance from the RCMP, from local police forces and from forensic scientists or other experts: para. 71, citing Rosen, at p. 11. As was established in *Thatcher*, however, the Minister would be required to consult the files of the prosecutor or of the police only in exceptional circumstances. In our opinion, requiring the Minister to assume the role of a police investigator or to enlist the aid of such investigators or any other experts would have been even less appropriate.

[81] Similarly, as the Court of Appeal observed, the 1992 study by Philip Rosen could be helpful, but not determinative, in the analysis of the Minister's conduct: para. 165. Although Rosen briefly reviewed the history of the Minister's power, his study was really limited to s. 690 *Cr. C.*, the Department of Justice's "present practice" (i.e. the one followed since 1985), problems with that practice, and proposals for change. But s. 690 *Cr. C.* did not come into force until 1988, whereas Mr. Hinse made the first three of his applications before that date. As for the fourth application, which he made in 1990, it is enough at this point to note that Mr. Hinse did not meet with a firm refusal from the Minister then in office; rather,

erreurs sur la portée de l'obligation de ce dernier, erreurs qui l'ont par la suite amenée à conclure, à tort, qu'il avait commis une faute. Nous traiterons d'abord de ces erreurs, avant de nous pencher sur la question déterminante de l'allégation d'absence d'examen sérieux de la part du Ministre.

(1) Anachronisme dans la portée de l'obligation du Ministre

[80] La Cour d'appel a eu raison de conclure que la juge Poulin a erronément évalué le caractère sérieux de l'examen fait par le Ministre en fonction des pouvoirs accordés à un commissaire en vertu de la *Loi sur les enquêtes*. Ces pouvoirs n'ont été conférés au Ministre qu'en 2002, lorsque le Parlement a procédé à la réforme des demandes de clémence. Tout comme le signale la Cour d'appel, cet anachronisme a faussé l'analyse de la juge sur la nature de l'examen sérieux que devait mener le Ministre, celle-ci considérant qu'il bénéficiait d'une latitude « extrêmement vaste » et qu'il pouvait faire appel à la GRC, au service de police local et à des scientifiques médico-légaux ou autres experts : par. 71, citant Rosen, p. 11. Or, tel qu'il a été établi dans *Thatcher*, le Ministre ne devait consulter les dossiers du poursuivant ou de la police que dans des circonstances exceptionnelles. À notre avis, le Ministre devait encore moins se transformer en enquêteur de police ou faire appel à de tels enquêteurs ou à de quelconques experts.

[81] De même, comme l'a relevé la Cour d'appel, l'étude préparée par Philip Rosen en 1992 pouvait être utile, mais non déterminante, dans l'analyse de la conduite du Ministre : par. 165. En effet, malgré un rapide historique du pouvoir du Ministre, l'étude ne porte réellement que sur l'art. 690 *C. cr.*, sur la « pratique actuelle » au sein du Ministère (soit celle depuis 1985), ainsi que sur les problèmes reliés à celle-ci et les propositions de modifications. Or, l'article 690 *C. cr.* n'est entré en vigueur qu'en 1988 et M. Hinse a fait ses trois premières demandes avant cette date. Quant à sa quatrième demande, présentée en 1990, il suffit pour l'instant de souligner que M. Hinse ne s'est pas buté à un refus ferme de la

the Minister asked Mr. Hinse to seek relief directly from the Quebec Court of Appeal, and to contact her again if he was unsuccessful: A.R., vol. XI, at p. 75.

[82] In his study, Rosen discussed problems with the Department of Justice’s “present practice” that the lawyers of certain applicants had denounced. Those problems confirm some of the criticisms of the Minister made by Mr. Hinse and the trial judge, which included the following (pp. 13-14):

- a lack of established rules of procedure;
- issues with respect to the types of evidence and documents collected by the Department and the nature of the report submitted to the Minister;
- concerns about the fact that applicants or their counsel were not advised of adverse findings and allowed to make further legal or evidentiary responses before the investigation report was submitted to the Minister; and
- the Minister’s response to an application for mercy, which might not provide the reasons for rejecting the application in sufficient detail.

(2) Confusion of the Minister’s Conduct With That of the AGC

[83] Furthermore, Poulin J. sometimes confused the Minister’s actions with those of the AGC. Thus, she faulted the AGC for vigorously contesting Mr. Hinse’s action and for asserting in his oral argument that there was no evidence showing beyond a reasonable doubt that Mr. Hinse had not committed the crime: paras. 60, 64 and 66. Although the AGC is the Minister’s representative for the purposes of this proceeding, it is important to distinguish the conduct of the former from that of the latter. It is the Minister’s conduct that must be reviewed to determine whether the federal Crown is civilly liable. In the part of her judgment dealing with fault, the

Ministre de l’époque; celle-ci lui a plutôt demandé de s’adresser directement à la Cour d’appel du Québec et de la recontacter en cas de refus : d.a., vol. XI, p. 75.

[82] L’étude de Rosen fait justement état de problèmes que décriaient les avocats de certains demandeurs relativement à la « pratique actuelle » au sein du Ministère. Ces problèmes confirment quelques-uns des reproches faits par M. Hinse et la juge de première instance à l’endroit du Ministre, notamment (p. 13-14) :

- l’absence de règles de procédure bien établies;
- les interrogations sur le genre de preuves et de documents que réunit le Ministère et sur la nature du rapport remis au Ministre;
- les préoccupations sur le fait que les constatations défavorables faites par le Ministère ne sont pas communiquées aux avocats ou demandeurs, et qu’il ne leur est pas permis d’y répondre par d’autres arguments sur le droit ou par la communication d’autres preuves avant que le rapport de l’enquête ne soit remis au Ministre;
- la lettre de réponse du Ministre à la demande de clémence, laquelle peut ne pas indiquer suffisamment en détail les motifs de rejet.

(2) La confusion entre la conduite du Ministre et celle du PGC

[83] Par ailleurs, la juge Poulin confond parfois les actions du Ministre avec celles du PGC. Elle reproche ainsi au PGC d’avoir contesté avec vigueur l’action entreprise par M. Hinse et d’avoir affirmé, lors de sa plaidoirie, qu’aucune preuve ne démontrait hors de tout doute que M. Hinse n’avait pas commis le crime : par. 60, 64 et 66. Bien que le PGC soit le représentant du Ministre pour les besoins du litige, il importe de distinguer la conduite du premier de celle du second. C’est la conduite du Ministre qu’il convient d’examiner pour trancher la question de la responsabilité civile de l’État fédéral. Dans la partie de son jugement portant sur la faute, la juge

judge should have confined her analysis to the Minister's conduct. If the criticisms levelled against the AGC regarding the conduct of the litigation are at all relevant, it is only for the purpose of determining whether there was an abuse of process, which is an issue that must be considered separately.

(3) Federal Crown's Obligation to Compensate

[84] Canada has recognized that it is desirable to compensate victims of miscarriages of justice. In particular, it acceded to the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171 ("ICCPR"), which provides, in art. 14(6):

When a person has by a final decision been convicted of a criminal offence and when subsequently his conviction has been reversed or he has been pardoned on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice, the person who has suffered punishment as a result of such conviction shall be compensated according to law, unless it is proved that the non-disclosure of the unknown fact in time is wholly or partly attributable to him.

(Entry into force, March 23, 1976; accession by Canada, May 19, 1976.)

[85] However, Canada has not enacted legislation to incorporate the ICCPR into Canadian domestic law. There is no legislation establishing an obligation for the federal government or the provinces to compensate victims of miscarriages of justice, nor is there any legislation establishing a right to such compensation. The federal and provincial governments did adopt the *Guidelines* in 1988. The *Guidelines* establish a set of criteria that a wrongfully convicted person must meet to be entitled to compensation. In addition to fixing the maximum amount of such compensation, they require, *inter alia*, that the person first receive a statement to the effect that he or she is innocent: a free pardon or the quashing of a guilty verdict is not, on its own, sufficient. The *Guidelines* are not binding legislation, however, and have never been regarded as such: see, e.g., S. L. Robins, *In the Matter of Steven Truscott: Advisory Opinion on the Issue of Compensation*, March 28, 2008 (online), at pp. 18-23.

aurait dû se limiter à analyser la conduite de celui-ci. Les reproches adressés au PGC sur la conduite du litige ne sont pertinents — si tant est qu'ils le sont — qu'aux fins de détermination de la présence ou non d'abus de procédure, une question qui doit être examinée séparément.

(3) L'obligation d'indemnisation de l'État fédéral

[84] Le Canada reconnaît qu'il est souhaitable d'indemniser les personnes victimes d'erreurs judiciaires. Il a notamment adhéré au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171 (« PIDCP »), lequel prévoit ce qui suit au par. 14(6) :

Lorsqu'une condamnation pénale définitive est ultérieurement annulée ou lorsque la grâce est accordée parce qu'un fait nouveau ou nouvellement révélé prouve qu'il s'est produit une erreur judiciaire, la personne qui a subi une peine à raison de cette condamnation sera indemnisée, conformément à la loi, à moins qu'il ne soit prouvé que la non-révélation en temps utile du fait inconnu lui est imputable en tout ou partie.

(Entrée en vigueur, 23 mars 1976; adhésion du Canada, 19 mai 1976.)

[85] Toutefois, le Canada n'a pas adopté de loi incorporant le PIDCP au droit interne canadien. Il n'existe aucune loi obligeant les gouvernements fédéral ou provinciaux à indemniser une victime d'erreur judiciaire, ni aucune loi établissant le droit à une telle indemnisation. Les gouvernements fédéral et provinciaux ont bien adopté, en 1988, les *Lignes directrices*. Ces lignes établissent une série de critères auxquels la personne injustement condamnée doit satisfaire pour avoir droit à une indemnité. En plus de fixer le montant maximal de l'indemnité susceptible d'être versée, elles exigent notamment que la personne ait reçu une déclaration de son innocence : un pardon absolu ou une annulation d'un verdict de culpabilité n'est pas suffisant en soi. Les *Lignes directrices* n'ont toutefois pas force exécutoire et n'ont jamais été traitées comme telles : voir, notamment, S. L. Robins, *Dans l'affaire de Steven Truscott : Avis consultatif sur la question de l'indemnisation*, 28 mars 2008 (en ligne), p. 17-21.

[86] As a result, the *Guidelines* did not require the federal government to compensate Mr. Hinse, particularly given that his “factual innocence” had not been proven. Moreover, Quebec had decided not to compensate the appellant for this very reason: examination on discovery of D. Grégoire, May 28, 2009, R.R., vol. II, at pp. 89-90, 94-96 and 99. The trial judge therefore could not hold this against the AGC when assessing the alleged fault.

(4) Refusal Based on the Earlier Applications

[87] The trial judge faulted the federal authorities for denying subsequent applications on the basis of the original refusal:

[TRANSLATION] Even though they had fresh evidence establishing that he was the victim of a miscarriage of justice, the federal authorities based their subsequent refusals on the rejection of the initial application. [Footnotes omitted; para. 74.]

[88] In support of this conclusion, she relied on the following excerpts from the examination of Kerry Scullion, Director and General Counsel for the Criminal Conviction Review Board of the Department of Justice, who represented the AGC:

- Do you know what the federal government did after that?
- If he’s repeating the same claims that he made in the previous applications, probably not much. There would be no further reviews if the same material is being put forward in support of subsequent applications as what was put forward in past applications that were denied. It probably wouldn’t go any further than somebody having reviewed what was done in the past and a letter written back saying . . . I mean you have to look at it to see if there is something new as to what was maintained in the previous ones, but other than that, that would be the extent of it. It looks like something was written back to him possibly.

[86] En conséquence, le gouvernement fédéral n’était pas tenu par les *Lignes directrices* d’indemniser M. Hinse, d’autant plus que l’« innocence de fait » de ce dernier n’avait pas été établie. Le Québec avait d’ailleurs décidé de ne pas indemniser l’appelant pour cette raison : interrogatoire préalable de D. Grégoire, 28 mai 2009, d.i., vol. II, p. 89-90, 94-96 et 99. Il s’ensuit que la juge ne pouvait retenir cet élément à l’encontre du PGC dans son évaluation de la faute reprochée.

(4) Le refus basé sur les demandes précédentes

[87] La juge de première instance a reproché aux autorités fédérales d’avoir fondé les refus ultérieurs sur le refus initial :

Malgré qu’elles aient en main les nouveaux éléments qui établissent qu’il est l’objet d’une erreur judiciaire, les autorités fédérales fondent sur le rejet initial les refus ultérieurs qu’elles lui donnent. [Notes en bas de page omises; par. 74.]

[88] Au soutien de cette conclusion, elle s’est appuyée sur les extraits suivants de l’interrogatoire de Kerry Scullion, Directeur et avocat général du Groupe de la révision des condamnations criminelles du ministère de la Justice, représentant du PGC :

[TRADUCTION]

- Savez-vous ce que le gouvernement fédéral a fait par la suite?
- Si [M. Hinse] répétait les mêmes prétentions qu’il avait formulées dans les demandes précédentes, probablement pas grand-chose. On ne procéderait pas à une révision additionnelle si les éléments présentés au soutien des demandes subséquentes sont les mêmes que ceux qui appuyaient les demandes antérieures qui ont été refusées. Ça se limiterait probablement à l’examen par quelqu’un de ce qui a été fait auparavant et à l’envoi d’une lettre indiquant [. . .] Je veux dire, il faut examiner la demande pour voir s’il y a quelque chose de nouveau par rapport à ce qui a été soutenu dans les demandes précédentes, mais outre cela, ça n’irait pas plus loin. Il semble qu’on lui ait possiblement répondu par écrit.

- So basically, Mr. Hinse’s request is once again turned down?
- Yes. There would have been nothing new from the last request. [Emphasis added.]

(A.R., vol. VII, at pp. 164-65)

[89] In our opinion, the comments the trial judge attributed to the AGC’s representative must be qualified. It is true that the AGC’s representative stated that if Mr. Hinse had submitted new applications to the Minister without raising any new facts or evidence, then the subsequent refusals would very likely have been due to the first refusal.

[90] With respect, however, these statements do not establish that, in the instant case, the Ministers failed to consider what was described as fresh evidence. It should be borne in mind that the Minister’s duty is owed in respect only of serious applications and that such an application will usually arise from some new matter indicating that it is likely there has been a miscarriage of justice: *Thatcher*, at para. 14. Absent exceptional circumstances, the Minister may deny a new application for mercy on the basis of previous refusals if the new application does not introduce any new facts or issues.

(5) Fault of Institutional Inertia or Indifference

[91] At trial, Mr. Hinse linked the fault allegedly committed by the federal authorities to what his counsel described as [TRANSLATION] “institutional indifference”: paras. 33, 40 and 52. Poulin J. summarized Mr. Hinse’s position in this regard as follows:

[TRANSLATION] More specifically, he submits that the government acted wrongfully toward him for over 40 years by failing to act as a competent, prudent and diligent authority would have done, given that it knew or ought to have known about the miscarriage of justice of which he was the unfortunate victim and that it could not therefore have been unaware that its failure to act was exacerbating the damage Hinse was sustaining. [para. 33]

- Donc, essentiellement, la demande de M. Hinse est une fois de plus rejetée?
- Oui. Aucun élément nouveau n’aurait été présenté depuis la demande précédente. [Nous soulignons.]

(d.a., vol. VII, p. 164-165)

[89] À notre avis, il convient de nuancer les propos attribués au représentant du PGC par la juge. En effet, celui-ci précise bien que, si M. Hinse a présenté de nouvelles demandes au Ministre sans toutefois soulever de nouveaux faits ou de nouvelles preuves, le premier refus explique fort probablement les refus subséquents.

[90] Avec égards, ces propos n’établissent pas qu’en l’espèce les Ministres auraient négligé de considérer de soi-disant nouvelles preuves. Rappelons que seules des demandes sérieuses déclenchent l’obligation du Ministre et que de telles demandes dépendent habituellement de l’existence de questions nouvelles susceptibles d’indiquer qu’il y a eu erreur judiciaire : *Thatcher*, par. 14. Sauf circonstances exceptionnelles, le Ministre peut se fonder sur des refus précédents pour refuser une nouvelle demande de clémence qui ne démontre pas de fait nouveau ou de question nouvelle.

(5) La faute d’inertie ou indifférence institutionnelle

[91] Au procès, M. Hinse a articulé la faute reprochée aux autorités fédérales autour de ce que ses avocats ont appelé « l’indifférence institutionnelle » : par. 33, 40 et 52. La juge Poulin résume ainsi la position de M. Hinse à ce sujet :

Plus précisément, il soutient que pendant plus de 40 ans, le gouvernement fédéral aurait été fautif à son égard en omettant d’agir comme une autorité compétente, prudente et diligente aurait dû le faire, étant entendu qu’il connaissait ou aurait dû connaître l’erreur judiciaire dont il était la malheureuse victime et, partant, qu’il ne pouvait pas ignorer que son inaction aggravait le préjudice que Hinse subissait. [par. 33]

Although Poulin J. referred to specific, time-limited wrongful actions, she ultimately characterized the AGC's fault as one of "institutional inertia" (para. 75; see also para. 209) or "institutional indifference" (paras. 55, 89, 149 and 203), as if there were one continuous fault that subsumed the individual actions of the successive Ministers. In her view, this "institutional inertia" had exacerbated and extended the duration of the miscarriage of justice of which Mr. Hinse was the victim, and that was the essence of the AGC's fault: paras. 75-76.

[92] To thus characterize the fault as one of "institutional inertia" or "institutional indifference" amounted to accusing the federal Crown itself of a fault. But under the *C.L.P.A.*, the federal Crown cannot be held liable for its own actions, but is only liable in respect of the fault of its servants (in this case, the Minister): s. 3(a)(i). The trial judge erred in approaching the issue of the federal Crown's civil liability from the perspective of a fault of institutional inertia or indifference. She should instead have analyzed the individual conduct of each of the successive Ministers acting in his or her capacity as a servant of the federal Crown.

(6) Alleged Failure to Conduct a Meaningful Review

[93] Regarding the alleged failure to conduct meaningful reviews of Mr. Hinse's applications for mercy, we will begin by pointing out that Poulin J. erred in law first in finding that a simple fault on the Minister's part had exposed the Crown to liability. She then erred in law a second time when she determined that the Minister's duty at the relevant time was to conduct a [TRANSLATION] "sustained, concerted [and] extensive . . . review" or a "thorough investigation": paras. 75 and 95. Her finding of fault on the Minister's part must be attributed to these two errors. The analysis of Mr. Hinse's applications must be reconsidered in light of both the duty the Ministers owed at the relevant time and the applicable standard of civil fault.

[94] Before doing so, we must make two preliminary remarks. First, given the scope of the meaningful review the Minister was required to conduct,

Bien que la juge relève des actions fautives précises et limitées dans le temps, elle qualifie au final la faute du PGC d'« inertie institutionnelle » (par. 75; voir aussi par. 209) ou d'« indifférence institutionnelle » (par. 55, 89, 149 et 203), comme s'il s'agissait d'une faute continue subsumant les comportements individuels des Ministres successifs. Selon elle, cette « inertie institutionnelle » a exacerbé et prolongé l'erreur dont M. Hinse a été victime, et c'est là que se situe la faute du PGC : par. 75-76.

[92] Qualifier ainsi la faute d'« inertie » ou d'« indifférence institutionnelle » équivaut à reprocher une faute à l'État fédéral lui-même. Or, la *L.R.C.É.* ne permet pas de retenir la responsabilité directe de l'État fédéral, mais uniquement sa responsabilité pour la faute de ses préposés (en l'occurrence, le Ministre) : sous-al. 3a)(i). Le fait d'aborder la question de la responsabilité civile de l'État fédéral sous l'angle d'une faute d'inertie ou d'indifférence institutionnelle était erroné. La première juge devait plutôt analyser la conduite individuelle de chacun des Ministres qui se sont succédé et qui agissaient en tant que préposés de l'État fédéral.

(6) L'allégation d'absence d'examen sérieux

[93] Quant à l'allégation d'absence d'examen sérieux des demandes de clémence de M. Hinse, précisons d'abord qu'en concluant que le Ministre engageait la responsabilité de l'État par une faute simple, la juge Poulin a commis une première erreur de droit. Elle en a commis une deuxième en considérant qu'à l'époque pertinente le Ministre avait l'obligation de mener une « étude nourrie, concertée, fouillée » ou une « enquête approfondie » : par. 75 et 95. La conclusion de faute du Ministre à laquelle elle est parvenue est nécessairement imputable à ces deux erreurs. Nous devons reprendre l'analyse des demandes de M. Hinse au regard tant de l'obligation qui s'imposait aux Ministres à l'époque pertinente que de la norme de faute civile applicable.

[94] Avant de passer à l'étude de ces demandes, deux remarques préliminaires s'imposent. Premièrement, compte tenu de la portée de l'examen

the appellant is wrong to compare the reviews conducted in his case to the ones conducted in *Thatcher* and *Wilson*. Mr. Hinse submits that [TRANSLATION] “[t]he contrast between the work carried out in those cases and the total absence of any documentation and/or any information showing any enquiry whatsoever carried out by the AGC in this case is striking”: A.F., at para. 58 (emphasis deleted). He points out that in *Thatcher*, counsel for the Department prepared a draft investigative summary that included the trial evidence, the appellate proceedings, the material provided by the applicant, and other information gathered during the investigation. Counsel sent this summary to the applicant’s lawyer, who had a chance to make further submissions, and the Minister rendered a detailed 73-page decision.

[95] In the case at bar, Mr. Hinse had the opportunity to introduce any new facts or evidence he wished to present in order to flesh out his applications for mercy. The federal authorities asked him several times to provide specific facts to support his application. Mr. Hinse had a “reasonable opportunity to state his case”: *Thatcher*, at para. 13. This being said, it should be borne in mind that under the law as it then stood, the Minister was under no obligation to provide Mr. Hinse with an investigative summary or to give reasons for his or her decision.

[96] In *Wilson*, there had been newspaper reports suggesting that members of the jury had been involved in improprieties. The provincial attorney general had therefore ordered a police investigation, which led him to conclude that no offences had been committed. Mr. Wilson submitted an application for mercy, and federal officials asked him several times for additional information that was needed. The Minister ultimately refused to exercise his power of mercy in Mr. Wilson’s favour. In his refusal letter, he stated that he had reviewed Mr. Wilson’s submissions, information obtained in the provincial attorney general’s investigation, and other information gathered in the course of inquiries made at his own request.

sérieux que devait mener le Ministre, l’appelant a tort de comparer son cas aux examens effectués dans les affaires *Thatcher* et *Wilson*. M. Hinse maintient que « [l]e contraste entre le travail effectué dans ces affaires et l’absence totale de documentation et/ou d’informations démontrant une quelconque enquête du PGC dans le présent dossier est saisissant » : m.a., par. 58 (soulignement omis). Il fait valoir que, dans *Thatcher*, les avocats du Ministère ont rédigé un sommaire d’enquête préliminaire incluant la preuve présentée au procès, les procédures d’appel, les documents fournis par le demandeur ainsi que d’autres renseignements recueillis pendant l’enquête. Ils ont fait parvenir ce sommaire à l’avocat du demandeur, lequel a pu déposer des arguments supplémentaires, et le Ministre a rendu une décision détaillée de 73 pages.

[95] En l’espèce, M. Hinse a eu l’opportunité d’apporter tous les nouveaux faits ou éléments de preuve qu’il souhaitait pour étoffer ses demandes de clémence. Les autorités fédérales lui ont demandé à plusieurs reprises de fournir avec précision les faits à l’appui de sa demande. M. Hinse a joui d’une « possibilité raisonnable d’exposer sa cause » : *Thatcher*, par. 13. Cela dit, rappelons que sous le régime qui existait alors, le Ministre n’avait pas l’obligation de fournir un sommaire d’examen à M. Hinse, ni de rendre une décision motivée.

[96] Dans l’affaire *Wilson*, des articles de journaux laissaient entendre que des membres du jury avaient commis des irrégularités. Le procureur général provincial avait en conséquence ordonné la tenue d’une enquête policière, puis finalement conclu qu’aucune infraction n’avait été commise. M. Wilson a fait une demande de clémence et les fonctionnaires fédéraux lui ont réclamé à plusieurs reprises l’information additionnelle nécessaire. Le Ministre a en définitive refusé d’exercer son pouvoir de clémence en sa faveur. Dans sa lettre de refus, il a précisé avoir étudié les arguments de M. Wilson, les renseignements obtenus par suite de l’enquête du procureur général de la province ainsi que les autres renseignements recueillis au cours d’enquêtes effectuées à sa demande.

[97] At that time, however, absent exceptional circumstances, the Minister was under no obligation to consult the files of the prosecutor or the police, let alone to contact other sources or to organize any investigation whatsoever. The fact that the Minister decided to do so in Mr. Wilson's case does not mean that he should have done the same in Mr. Hinse's case. It is important to note that the Minister had a broad discretion in exercising his or her power of mercy. It was open to the Minister to take special or additional measures if he or she deemed it appropriate to do so. But that could not create a legitimate expectation that he or she was to do so in every case.

[98] The second remark concerns the appellant's argument that there is no documentary or testimonial evidence attesting to any review whatsoever having been conducted in his case. In his oral argument in this Court, counsel for the appellant noted that his client had demanded that the AGC turn over any documents confirming that a meaningful review had been conducted in his case, and that he was told that he had been provided with all the documentation there was. His client had therefore done all that he could, because only the Minister could really prove what sort of review he had conducted: transcript, at pp. 19-20. In the absence of such evidence, counsel argued, the trial judge was right to find that there had been no review.

[99] It should be pointed out, however, that in this situation, the burden of proof was on Mr. Hinse. It was therefore up to him to establish the Minister's fault, that is, a breach equivalent to bad faith or serious recklessness in the review of the applications for mercy. He could of course present evidence by presumption of fact that would lead the court to infer that a meaningful review had not been conducted, or that one had been conducted in bad faith or with serious recklessness. Nevertheless, that burden was on him, and it was up to him to discharge it. This is particularly significant as regards Mr. Hinse's first application. At the hearing, counsel for the appellant and counsel for the respondent agreed that the key period for determining whether the Crown is liable

[97] Or, à l'époque, sauf circonstances exceptionnelles, le Ministre n'avait pas l'obligation de consulter les dossiers du poursuivant ou de la police. Il avait encore moins l'obligation de communiquer avec d'autres sources ou d'organiser quelque enquête que ce soit. Le fait que le Ministre ait décidé d'agir de la sorte dans le dossier de M. Wilson ne signifie pas qu'il aurait dû faire de même dans celui de M. Hinse. Il faut rappeler que le Ministre disposait d'une grande discrétion dans l'exercice de son pouvoir de clémence. Il lui était loisible de prendre des mesures particulières ou additionnelles lorsqu'il estimait à propos de le faire. Cela ne pouvait toutefois créer d'expectative légitime qu'il devait agir de la sorte dans tous les cas.

[98] La deuxième remarque concerne l'argument de l'appellant selon lequel il n'y a aucune preuve documentaire ou testimoniale attestant quelque étude que ce soit de son dossier. Lors de sa plaidoirie devant notre Cour, son avocat a souligné que son client avait exigé du PGC tout document confirmant une étude sérieuse de son dossier, et qu'on lui avait assuré que tout ce qui existait lui avait été fourni. En conséquence, son client ne pouvait rien faire de plus, car seul le Ministre pouvait véritablement faire la preuve de l'étude qu'il avait menée : transcription, p. 19-20. En l'absence d'une telle preuve, la première juge aurait donc eu raison de conclure qu'il n'y avait pas eu étude.

[99] Cependant, il faut rappeler que le fardeau de la preuve repose ici sur les épaules de M. Hinse. C'est donc à lui qu'il incombe d'établir la faute du Ministre, soit un manquement équivalant à de la mauvaise foi ou à de l'insouciance grave dans l'examen des demandes de clémence. Il peut certes présenter une preuve par présomption de fait qui amènerait le tribunal à inférer l'absence d'examen sérieux ou encore la présence de mauvaise foi ou d'insouciance grave dans le cadre de l'examen effectué. Cela demeure toutefois son fardeau et il lui appartient de s'en décharger. Cette constatation revêt une importance particulière pour la première demande de M. Hinse. À l'audience, tant l'avocat de l'appellant que celui de l'intimé ont reconnu que

in respect of the Minister's conduct is the period of that first application.

(a) *The 1967 Application*

[100] We will limit our review to a summary of the initial correspondence between Mr. Hinse and the federal authorities. Mr. Hinse sent his first application for mercy to the Minister on July 19, 1967. He proclaimed his innocence and stated that he had identified the five people who actually committed the crime. Three of them had agreed to sign affidavits, which he had photocopied and enclosed with his application. The affidavits of Yvon Savard and Laurent Beausoleil were identical, so we will reproduce only that of Mr. Savard:

[TRANSLATION] I, Yvon Savard, hereby admit that I was one of the perpetrators of the armed robbery committed on December 14, 1961 at the residence of Mr. and Mrs. Henriot Grenier, of Mont-Laurier.

Consequently, I solicit the attention of the appropriate person so that I may be called to testify in the case of Réjean Hinse and exonerate him of that crime, of which I know, beyond a doubt, he is innocent.

(A.R., vol. VI, at p. 152)

[101] The affidavit of Claude Levasseur was different:

[TRANSLATION] I, Claude Levasseur, hereby admit that I know the facts of what happened during the robbery committed on December 14, 1961 at the residence of Mr. and Mrs. Henriot Grenier, of Mont-Laurier.

Consequently, I solicit the attention of the appropriate person so that I may be called to testify in the case of Réjean Hinse and exonerate him of that crime, of which I know, beyond a doubt, he is innocent. [Emphasis added.]

(A.R., vol. VI, at p. 155)

[102] Mr. Hinse had also identified the other two perpetrators of the robbery: Georges Beaulieu and Léopold Véronneau. But he explained that they had refused categorically to sign any statement

la période clé pour statuer sur la responsabilité de l'État pour la conduite du Ministre est celle de cette première demande.

a) *La demande de 1967*

[100] Nous nous contenterons de résumer les grandes lignes de la correspondance initiale entre M. Hinse et les autorités fédérales. Le 19 juillet 1967, M. Hinse transmet sa première demande de clémence au Ministre. Il clame son innocence et affirme avoir identifié les cinq véritables auteurs du crime. Trois d'entre eux ont accepté de signer des déclarations sous serment, dont il joint des photocopies à sa demande. Comme les déclarations de M. Yvon Savard et de M. Laurent Beausoleil sont identiques, nous reproduisons uniquement celle du premier :

Par la présente : Je, Yvon Savard, reconnais être un des auteurs d'un vol à main armée commis le 14 décembre 1961, à la demeure résidentielle de M. et M^{me} Henriot Grenier de Mont-Laurier.

Par conséquent je sollicite l'attention de qui de droit pour être appelé à témoigner dans la cause de Réjean Hinse pour l'innocenter de ce crime duquel je le sais hors de tout doute innocent.

(d.a., vol. VI, p. 152)

[101] Celle de M. Claude Levasseur est différente :

Par la présente : Je, Claude Levasseur, reconnais être au courant des faits qui se sont produits lors d'un vol commis le 14 décembre 1961, à la résidence de M. et M^{me} Henriot Grenier de Mont-Laurier.

Par conséquent je sollicite l'attention de qui de droit pour être appelé à témoigner dans la cause de Réjean Hinse pour l'innocenter de ce crime duquel je le sais hors de tout doute innocent. [Nous soulignons.]

(d.a., vol. VI, p. 155)

[102] M. Hinse identifie également les deux autres auteurs du vol, soit M. Georges Beaulieu et M. Léopold Véronneau. Il précise qu'ils refusent catégoriquement de signer quelque déclaration que

whatsoever and would refuse to testify even if they were offered court protection.

[103] J. A. Bélisle acknowledged receipt of the application on behalf of the Director of the Criminal Law Section on July 28, 1967. That same day, Mr. Bélisle wrote to Quebec's Deputy Minister of Justice, asking the latter to send him the police reports. Mr. Hinse's file then remained inactive for more than a year after being sent to the Canadian Penitentiary Service, which did not return it to the federal Department of Justice. It was Mr. Hinse's spouse who, by writing to the Minister in September 1968, caused the loss of the file to be discovered, and the file itself to be reactivated.

[104] A series of letters were then exchanged, between the office of the Deputy Solicitor General of Canada and the Criminal Law Section of the Department of Justice in particular. In addition, the Quebec government sent [TRANSLATION] "certain documentation" to the Minister in April 1969: A.R., vol. X, at p. 78. Mr. Bélisle asked his Quebec counterpart about the possibility that they [TRANSLATION] "compare [their] files at a future date": *ibid.*, at p. 75.

[105] On March 12, 1971, Mr. Hinse applied to the Governor General in Council for a free pardon under s. 655 *Cr. C.* (now s. 748 *Cr. C.*), continuing to proclaim his innocence. On March 30 of that same year, J. L. Cross of the Privy Council Office wrote to the Solicitor General of Canada. He enclosed the conclusions of the Special Committee of the Privy Council that had reviewed Mr. Hinse's application for a pardon. The following is an excerpt from those conclusions:

It is our opinion that subject did not provide us with sufficient fresh facts that were not available at the time of the trial and that could have been a basis to prove his innocence under the royal prerogative of mercy.

However, it is suggested that the case be referred to your department for further study in this matter based on our above inquiry, and for the Minister's approval as to whether Mr. Hinse should be given a new trial.

(A.R., vol. X, at p. 83)

ce soit et refuseront de témoigner même si la protection de la cour leur est offerte.

[103] Le 28 juillet 1967, M. J. A. Bélisle accuse réception de la demande au nom du directeur de la Section de droit pénal. Le même jour, M. Bélisle écrit au sous-ministre de la Justice du Québec pour lui demander de lui communiquer les rapports de police. Le dossier de M. Hinse demeure ensuite inactif pendant plus d'un an, car il est envoyé au Service canadien des pénitenciers, qui ne le retourne pas au ministère fédéral de la Justice. C'est l'épouse de M. Hinse qui, en écrivant au Ministre en septembre 1968, provoque la découverte de la perte du dossier et sa réactivation.

[104] S'ensuit une série de lettres, notamment entre le bureau du Solliciteur général adjoint du Canada et la Section de droit pénal au ministère de la Justice. En avril 1969, le gouvernement québécois transmet également une « certaine documentation » au Ministre : d.a., vol. X, p. 78. M. Bélisle demande à son homologue québécois de « confronter [leurs] dossiers à une date prochaine » : *ibid.*, p. 75.

[105] Le 12 mars 1971, M. Hinse fait une demande de pardon absolu au gouverneur général en conseil en vertu de l'art. 655 *C. cr.* (aujourd'hui l'art. 748 *C. cr.*) et continue de clamer son innocence. Le 30 mars de la même année, M. J. L. Cross du Bureau du Conseil privé écrit au Solliciteur général du Canada. Il y joint les conclusions du Comité spécial du Conseil privé qui a étudié la demande de pardon de M. Hinse, dont voici un extrait :

[TRADUCTION] À notre avis, le sujet ne nous a pas présenté suffisamment de faits nouveaux qui n'étaient pas disponibles au moment du procès et qui auraient pu permettre d'établir son innocence en vertu de la prérogative royale de la clémence.

Toutefois, nous suggérons que le dossier soit renvoyé à votre ministère pour plus ample examen sur la base de l'analyse qui précède, et pour que le ministre décide si M. Hinse doit bénéficier d'un nouveau procès.

(d.a., vol. X, p. 83)

[106] In October 1971, Mr. Hinse obtained two additional affidavits, one from Jean-Claude Pressé and the other from Laurent Beausoleil. They are almost identical:

[TRANSLATION] I hereby declare that on or about September 10, 1961, I was one of the passengers in the vehicle of Laurent Beausoleil (a 1957 Buick) when said vehicle was searched and its passengers were checked by officer Arthur Scott of the municipality of Mont-Laurier.

I declare that, besides me, there were: Laurent Beausoleil, Hugues Duval and Léopold Véronneau.

I wish to attest to the fact that neither Réjean Hinse nor André Lavoie was in the vehicle or was with us on that day.

(A.R., vol. X, at p. 85)

[107] Mr. Hinse sent these affidavits to the National Parole Board, which forwarded them to the federal Minister of Justice in November. On December 22, 1971, S. F. Sommerfeld, Director of the Criminal Law Section, informed the National Parole Board of the Minister's refusal in the following words:

[TRANSLATION] We have carefully reviewed the file of Réjean Hinse and have come to the conclusion that a new trial should not be granted in this matter.

(A.R., vol. X, at p. 102)

[108] The National Parole Board forwarded this response to Mr. Hinse on February 10, 1972. This response was not unrelated to the result of Mr. Hinse's parallel application for a free pardon. The Special Committee of the Privy Council was of the opinion that there was not enough fresh evidence to conclude that Mr. Hinse was innocent, but nevertheless suggested that his case be submitted to the Minister.

[109] In our opinion, this documentary evidence negates the trial judge's inference that there had been no review whatsoever of Mr. Hinse's initial

[106] En octobre 1971, M. Hinse obtient deux déclarations sous serment supplémentaires, l'une de M. Jean-Claude Pressé et l'autre de M. Laurent Beausoleil. Celles-ci sont presque identiques :

Par la présente, je déclare que le ou vers le 10 septembre 1961, j'étais un des passagers dans la voiture de Laurent Beausoleil, (de marque Buick 1957) lorsqu'est survenu une fouille de la dite voiture et la vérification de ses passagers effectuées par l'agent Arthur Scott de la municipalité de Mont-Laurier.

Je déclare qu'il y avait outre moi; Laurent Beausoleil, Hugues Duval et Léopold Véronneau.

Je tiens à attester le fait que ni Réjean Hinse, ni André Lavoie ne se trouvait alors dans le véhicule ou avec nous lors de cette journée.

(d.a., vol. X, p. 85)

[107] M. Hinse envoie ces déclarations à la Commission nationale des libérations conditionnelles, qui les transmet, en novembre, au ministère fédéral de la Justice. Le 22 décembre 1971, M. S. F. Sommerfeld, directeur de la Section du droit pénal, informe la Commission nationale des libérations conditionnelles du refus du Ministre en ces termes :

Nous avons soigneusement étudié le dossier de Monsieur Réjean Hinse et nous en sommes venus à la conclusion qu'il n'y a pas lieu à accorder un nouveau procès dans cette affaire.

(d.a., vol. X, p. 102)

[108] Le 10 février 1972, la Commission nationale des libérations conditionnelles communique cette réponse à M. Hinse. Cette réponse n'est pas étrangère au traitement de la demande parallèle de pardon absolu de M. Hinse. Le Comité spécial du Conseil privé était d'avis qu'il n'existait pas suffisamment de faits nouveaux pour conclure à l'innocence de M. Hinse, mais suggérait toutefois que son cas soit soumis au Ministre.

[109] À notre avis, cette preuve documentaire fait échec à l'inférence de la juge de première instance voulant qu'il y ait eu absence totale d'examen

application for mercy. Although there are only a few documents in the record, they nevertheless attest to the fact that a certain review was conducted and that certain actions were taken in this regard. As the Court of Appeal stated, given that the Minister was under no obligation to give reasons for his decision at that time, it is inappropriate to draw a negative inference from the summary nature of the Minister's file in this matter.

[110] Moreover, the record contains minutes of hearing that record an admission by the parties regarding the production of determinative documents:

[TRANSLATION] The parties admitted the following with regard to all the documents in respect of which they make admissions for the purposes of production:

- they are certified copies of the originals;
- if the person who signed a document were to testify, he or she would confirm having written the document in question and having sent it to its recipient, who received it, if such is the case; and
- finally, he or she would confirm that the document is proof of the truth of its content.

(Minutes from the hearing of November 9, 2010, A.R., vol. IV, at p. 57)

[111] One of the documents to which this admission applied was a letter sent to Mrs. Hinse in January 1969 by Mr. Bélisle on behalf of the Director of the Criminal Law Section in which Mr. Bélisle wrote:

[TRANSLATION] Rest assured that we will contact you [regarding your husband's application] in the near future, as we are currently conducting an extensive review of this case. [Emphasis added.]

(A.R., vol. X, at p. 62)

[112] Another document to which the admission applied was a letter in which Mr. Sommerfeld, the Director of the Criminal Law Section, forwarded

de la demande de clémence initiale de M. Hinse. Bien que les écrits au dossier soient peu nombreux, ils attestent néanmoins un certain examen et certaines démarches effectuées en ce sens. Comme l'indique la Cour d'appel, comme le Ministre n'avait pas l'obligation de motiver sa décision à l'époque, il n'y a pas lieu de tirer d'inférence négative de l'aspect sommaire du dossier du Ministre à ce sujet.

[110] Par ailleurs, la preuve au dossier contient également les procès-verbaux d'audience qui font état d'une admission des parties sur la production de documents décisifs :

Les parties admettent ce qui suit à l'égard de tous les documents sur lesquels ils font une admission pour les fins de production :

- il s'agit de copie de documents conformément [*sic*] aux originaux;
- si le signataire venait témoigner, il confirmerait avoir écrit le document en cause et l'avoir transmis à son destinataire qui l'aurait reçu le cas échéant;
- il confirmerait finalement que le document fait foi de son contenu.

(Procès-verbal en cours d'audience du 9 novembre 2010, d.a., vol. IV, p. 57)

[111] L'un des documents visés par l'admission est une lettre de janvier 1969 adressée à M^{me} Hinse par M. Bélisle, au nom du directeur de la Section de droit pénal, dans laquelle il écrit ceci :

Soyez assurée que nous communiquerons avec vous [au sujet de la demande de votre mari] dans un avenir rapproché puisque nous sommes présentement à faire étude approfondie de ce dossier. [Nous soulignons.]

(d.a., vol. X, p. 62)

[112] Un autre document visé par cette admission est la lettre de M. Sommerfeld, directeur de la Section du droit pénal, qui transmet le refus du Ministre à

the Minister's refusal to the National Parole Board. In it, Mr. Sommerfeld said the following: [TRANSLATION] "We have carefully reviewed the file of Réjean Hinse . . ." (A.R., vol. X, at p. 102). By their admission, therefore, the parties had acknowledged that if Mr. Bélisle and Mr. Sommerfeld were to testify, they would have confirmed that these letters were proof of the truth of their content — in short, that as Mr. Bélisle and Mr. Sommerfeld had understood the facts, an extensive and careful review of Mr. Hinse's case was under way at the time in question. The trial judge did not mention this admission. It is true that the obligation to give reasons for judgments does not imply that a judge must address every little detail of a case. However, given the state of the documentary evidence in the record, the trial judge should have considered this admission before inferring that no review had been conducted. Taken together with the other relevant evidence that we have just discussed, it did not support her inference that a review had not been undertaken.

[113] The probative value of this admission is enhanced by the fact that the appellant, for reasons known only to him, asked merely to examine a single representative of the AGC and did not specifically summon the decision makers who had played a role in the review of his applications for mercy: R.R., vol. I, at p. 16. Moreover, when the appellant began his action, he concentrated his efforts on the suit against the AGQ and Mont-Laurier, no doubt because it was they who were primarily responsible for the damage he had suffered.

[114] If we disregard the inferences drawn from the presumptions of fact on which Mr. Hinse relies, we must find that, on a balance of probabilities, the evidence does not support his assertion that the Minister failed to conduct a meaningful review of his initial application. The appellant has also failed to prove, on a balance of probabilities, that the Minister acted in bad faith or with serious recklessness in reviewing his application. Although he points to the fact that the Minister misplaced his file for a period of time, this fact cannot be equated with bad faith or serious recklessness. The review of the application stretched over several years from the time it was received until the time the Minister

la Commission nationale des libérations conditionnelles. Dans cette lettre, M. Sommerfeld affirme ce qui suit : « Nous avons soigneusement étudié le dossier de Monsieur Réjean Hinse . . . » (d.a., vol. X, p. 102). Par leur admission, les parties ont ainsi reconnu que, si MM. Bélisle et Sommerfeld venaient témoigner, ils affirmeraient que ces lettres faisaient foi de leur contenu, bref, que, selon la compréhension des faits de ces derniers, une étude approfondie et soignée du dossier de M. Hinse était alors en cours. La première juge ne traite pas de cette admission. Il est vrai que l'obligation de motiver les jugements n'implique pas qu'un juge doive traiter de tous les moindres détails du litige. Cependant, vu l'état de la preuve documentaire au dossier, la juge se devait de considérer cette admission avant de pouvoir inférer une absence d'examen. Appréciée avec les autres éléments pertinents que nous venons de relever, cette admission ne militait pas en faveur de l'inférence d'absence d'examen que la juge a tirée.

[113] Cette admission s'avère d'autant plus probante que l'appellant, pour des raisons qui lui appartiennent, s'est contenté de demander au PGC d'interroger un seul de ses représentants, sans assigner de façon particulière les décideurs qui ont joué un rôle dans ses demandes de clémence : d.i., vol. I, p. 16. Au début de son recours, l'appellant a d'ailleurs concentré ses efforts sur la poursuite envers le PGQ et Mont-Laurier, sans doute parce qu'ils sont les principaux responsables du préjudice qu'il a subi.

[114] Sans les inférences tirées des présomptions de fait sur lesquelles M. Hinse s'appuie, force est de constater que la prépondérance de la preuve n'était pas son assertion d'absence d'examen sérieux de sa demande initiale par le Ministre. L'appellant n'a pas non plus démontré de façon prépondérante que le Ministre a fait preuve de mauvaise foi ou d'insouciance grave dans l'examen de sa demande. Même s'il lui reproche d'avoir perdu son dossier pendant un certain temps, ce fait ne saurait être assimilé à de la mauvaise foi ou à de l'insouciance grave. L'examen de la demande s'est échelonné sur plusieurs années, de sa réception jusqu'à la réponse définitive du Ministre. En dépit du délai reproché,

gave his final answer. Despite the delay at issue, an analysis of the circumstances does not support the conclusion that the Minister acted in bad faith or with serious recklessness. Here again, the burden of proof was on Mr. Hinse. We cannot find that he discharged it.

(b) *The Other Applications*

[115] The appellant submitted a second application for mercy on July 23, 1980. This application was only three paragraphs long. On December 30 of that same year, a special adviser to the Minister informed Mr. Hinse that his application had been denied because it contained only [TRANSLATION] “vague allegations of mistaken identification that occurred during [his] trial”, and because after reading Judge Omer Côté’s judgment, the Department had “found nothing to support [his] affirmation”: A.R., vol. X, at p. 108.

[116] A week later, on January 6, 1981, Mr. Hinse submitted a third application to the Minister. On January 22, the special adviser to the Minister asked him to set out in writing, and in detail, the grounds that he intended to raise in support of his application for mercy, as well as all the contacts he had had with other judicial and political authorities. The adviser stated that [TRANSLATION] “it is essential that you disclose the new facts that lead you to request an interview with the Minister”: A.R., vol. X, at p. 111. Mr. Hinse sent the Minister a more detailed letter on March 9, 1981.

[117] As the Court of Appeal observed, most of the facts Mr. Hinse alleged in that letter were the same as the ones that had been set out in his 1967 application, the exception being allegations with respect to an identification error made by officer Scott and to the conduct of counsel and of the judge at his trial. First, Mr. Hinse claimed that Mr. Véronneau — with whom he had been jointly tried — had retained a criminal lawyer [TRANSLATION] “who had close ties to Judge Omer Côté” and who had previously defended Mr. Beaulieu, Mr. Levasseur and Mr. Savard in another case: A.R., vol. XI, at p. 10. This lawyer allegedly recommended to these three individuals that they not testify for the defence, and

l’analyse des circonstances n’appuie pas la conclusion que le Ministre a agi avec mauvaise foi ou a fait preuve d’insouciance grave. Là encore, le fardeau d’apporter cette preuve incombait à M. Hinse. Nous ne pouvons conclure qu’il s’en est acquitté.

b) *Les autres demandes*

[115] Le 23 juillet 1980, l’appelant fait une deuxième demande de clémence, qui ne compte que trois paragraphes. Le 30 décembre 1980, le conseiller spécial du Ministre annonce à M. Hinse que sa demande est rejetée, parce qu’elle ne contient que « des allégations vagues concernant une erreur d’identité survenue lors de [son] procès », et qu’après consultation du jugement du juge Omer Côté, le Ministère « n’[a] rien trouvé qui pourrait étoffer [son] affirmation » : d.a., vol. X, p. 108.

[116] Une semaine plus tard, le 6 janvier 1981, M. Hinse présente une troisième demande au Ministre. Le 22 janvier, le conseiller spécial du Ministre lui demande d’exposer par écrit et en détail les motifs qu’il désire invoquer à l’appui de sa demande de clémence, ainsi que toutes les démarches effectuées auprès des différentes autorités judiciaires et politiques. Le conseiller précise qu’« il est indispensable que vous révéliez les nouveaux faits qui vous poussent à réclamer une entrevue avec le Ministre » : d.a., vol. X, p. 111. Le 9 mars 1981, M. Hinse envoie une lettre plus détaillée au Ministre.

[117] Comme l’a constaté la Cour d’appel, la plupart des faits allégués dans cette lettre par M. Hinse sont les mêmes que ceux figurant dans sa demande de 1967, à l’exception d’allégations relatives à la mauvaise identification par l’agent Scott et à la conduite des avocats et du juge pendant son procès. D’abord, M. Hinse affirme que M. Véronneau — avec qui il subissait un procès conjoint — aurait fait appel à un criminaliste « lié de près au juge Omer Côté » et qui avait déjà défendu MM. Beaulieu, Levasseur et Savard dans une autre affaire : d.a., vol. XI, p. 10. Ce criminaliste aurait recommandé à ces derniers de ne pas témoigner pour la défense et aurait ainsi réussi à faire acquitter M. Véronneau.

this enabled him to have Mr. Véronneau acquitted. Next, Mr. Hinse explained that officer Scott had had an excellent lead from the outset. Upon arriving at the scene of the crime, he had made a connection with a search he had undertaken two months earlier when he had stopped four suspicious individuals in a car with its lights turned off at about 10:00 p.m. in front of the victims' house. Those four individuals were Mr. Beausoleil, Mr. Véronneau, Mr. Duval and Mr. Pressé. According to Mr. Hinse, Mr. Beausoleil and Mr. Duval had confided to him that officer Scott had also taken down the name of André Lavoie, since the vehicle was registered in his name. Mr. Hinse said that at the trial, officer Scott had referred to his notes from that initial arrest and that he had been "shocked" to hear the officer testify that he had been the fifth occupant of the car even though his name did not appear in the officer's notebook: *ibid.*, at p. 11.

[118] On September 23, 1981, the special adviser responded to Mr. Hinse as follows:

[TRANSLATION] I regret to inform you that, despite the additional explanations you gave to the Minister, your case is not one that justifies his intervention. Indeed, the Minister of Justice exercises his power of intervention in exceptional circumstances only, and no such circumstances were revealed in the thorough examination of your file.

(A.R., vol. XI, at p. 16)

[119] Finally, several years later, the appellant retained a lawyer who, in November 1990, sent a fourth application for mercy to the Minister of the day. The lawyer explained that the Commission de police had conducted an investigation and prepared a report, which he enclosed with his letter. In reply, the Minister acknowledged that the report [TRANSLATION] "describes fresh evidence highly deserving of consideration": A.R., vol. XI, at p. 75. However, she expressed the opinion that the issues raised by the Commission de police could also be heard by the Quebec Court of Appeal without this task having to be imposed on it under s. 690 *Cr. C.* The Minister invited Mr. Hinse's lawyer to contact her again

Ensuite, M. Hinse explique que l'agent Scott détenait au départ une excellente piste d'enquête. En arrivant sur les lieux du crime, il aurait fait le rapprochement avec une perquisition qu'il avait effectuée deux mois auparavant, alors qu'il avait arrêté quatre suspects dans une automobile aux phares éteints vers 22 h devant la maison des victimes. Ces quatre personnes étaient MM. Beausoleil, Véronneau, Duval et Pressé. Selon des confidences que M. Hinse aurait reçues de MM. Beausoleil et Duval, l'agent Scott aurait aussi noté le nom d'André Lavoie, car le véhicule était enregistré au nom de ce dernier. M. Hinse dit que, lors du procès, l'agent Scott s'est reporté à ses notes concernant cette première arrestation et que, à son « grand désarroi », l'agent a témoigné que M. Hinse était le cinquième occupant de la voiture, sans que son nom apparaisse dans son calepin : *ibid.*, p. 11.

[118] Le 23 septembre 1981, le conseiller spécial répond à M. Hinse en ces termes :

Je suis au regret de vous informer que, malgré les explications supplémentaires que vous avez fait parvenir au Ministre, votre cas n'en est pas un qui justifie son intervention. En effet, le ministre de la Justice n'exerce son pouvoir d'intervention que dans des circonstances exceptionnelles et l'étude approfondie de votre dossier ne révèle pas l'existence de telles circonstances.

(d.a., vol. XI, p. 16)

[119] Enfin, quelques années plus tard, l'appellant confie sa cause à un avocat qui fait parvenir, en novembre 1990, une quatrième demande de clémence à la Ministre de l'époque. L'avocat explique que la Commission de police a mené une enquête et rédigé un mémoire, qu'il joint à sa lettre. En réponse, la Ministre reconnaît que le mémoire « fait état de nouveaux éléments de preuve qui méritent amplement d'être considérés » : d.a., vol. XI, p. 75. Elle est toutefois d'avis que les questions soulevées par la Commission de police peuvent tout aussi bien être examinées par la Cour d'appel du Québec, sans qu'il ne soit nécessaire de lui imposer cette tâche en vertu de l'art. 690 *C. cr.* La Ministre invite

should the Court of Appeal refuse to consider his case.

[120] As in the case of the first application for mercy, we find that none of the Ministers who considered the three subsequent applications acted in bad faith or with serious recklessness. Mr. Hinse cannot reasonably argue that the Minister failed to conduct a meaningful review in respect of any of those applications. The relevant correspondence shows the opposite to be true. Nor has the requisite element of bad faith or serious recklessness been proven. Regarding Mr. Hinse's second application (1980), which was very brief and contained no new evidence or legal arguments, it was open to the Minister to find it frivolous and to reject it on that basis. As for the third application, as the Court of Appeal wrote, [TRANSLATION] “[g]iven that Mr. Hinse did not go into much detail, the new allegations, based on vague irregularities committed by the police officers, attorneys and trial judge, could have struck the Minister as being of little consequence”: para. 181. In the case of the fourth application (1990), the Minister justified her decision by noting that the Court of Appeal could agree on its own to consider the case without her having to intervene. This was a reasonable attitude to adopt, particularly since the Minister did not reject Mr. Hinse's application outright, but asked him to contact her again should the Court of Appeal refuse to consider his case. It should be noted that an application for mercy is an exceptional remedy that is available only after the applicant's legal rights have been exhausted: *Thatcher*, at para. 9.

[121] In short, after a proper analysis of the Ministers' conduct based on the duty they owed and the applicable standard of fault, we cannot conclude that Mr. Hinse has discharged his burden, namely that of proving that the Ministers acted in bad faith or with serious recklessness in dealing with his applications for mercy. Our analysis could end with this finding, but like the Court of Appeal, we believe that some comments on causation and damages are in order.

l'avocat de M. Hinse à la recontacter advenant un refus de la Cour d'appel.

[120] Tout comme pour la première demande de clémence, nous concluons qu'aucun Ministre n'a fait preuve de mauvaise foi ou d'insouciance grave en ce qui a trait à ces trois demandes subséquentes. Quant à chacune de celles-ci, M. Hinse ne peut raisonnablement soutenir qu'il y a eu absence d'examen sérieux du Ministre. La correspondance pertinente témoigne du contraire. La preuve de mauvaise foi ou d'insouciance grave qui est requise n'est pas davantage établie. La deuxième demande de M. Hinse (1980), très succincte et sans éléments de preuve ni arguments juridiques nouveaux, pouvait paraître futile aux yeux du Ministre, ce qui justifiait son rejet. En ce qui concerne la troisième demande, comme l'a écrit la Cour d'appel, « [v]u le peu de détails fournis par M. Hinse, ces nouvelles allégations fondées sur de vagues irrégularités commises par les policiers, les avocats et le juge du procès pouvaient paraître de peu de poids aux yeux du ministre » : par. 181. Quant à la quatrième demande (1990), la Ministre a justifié sa décision par la possibilité que la Cour d'appel accepte de se saisir elle-même de la demande sans son intervention. Il s'agit là d'une attitude raisonnable, d'autant plus que la Ministre n'a pas opposé un refus ferme à M. Hinse et lui a demandé de la recontacter advenant un refus de la Cour d'appel. Faut-il le rappeler, la demande de clémence constitue un recours extraordinaire, qui ne peut être exercé qu'après l'épuisement des recours légaux : *Thatcher*, par. 9.

[121] Somme toute, lorsque nous analysons le comportement des Ministres correctement en fonction de l'obligation qui s'imposait à eux et de la norme de faute applicable, nous ne pouvons conclure que M. Hinse s'est acquitté du fardeau qui lui incombait, à savoir établir que les Ministres avaient fait preuve de mauvaise foi ou d'insouciance grave lors du traitement de ses demandes de clémence. Vu ce constat, notre analyse pourrait s'arrêter ici, mais, à l'instar de la Cour d'appel, nous estimons que des remarques sur le lien de causalité et les dommages s'imposent.

C. *Causation*

[122] The trial judge concluded that Mr. Hinse had proven causation, once again by means of presumptions of fact. In her view, [TRANSLATION] “[a] sustained, concerted, extensive, competent and timely review of his initial efforts would surely have brought the errors to the AGC’s attention”: para. 75. Her finding on causation was based primarily on the 1990 report of the Commission de police: because the Commission de police had concluded that a miscarriage of justice had occurred, a meaningful review by the Minister should logically have led to the same result. In light of the nine years that had elapsed between the time when Mr. Hinse contacted the Commission de police (1988) and the date of his acquittal by this Court (1997), the trial judge found that Mr. Hinse could have been acquitted in the mid-1970s were it not for the AGC’s fault: paras. 77 and 97.

[123] We agree with the Court of Appeal that, even if it were assumed that the Minister failed to conduct a meaningful review between 1967 and 1972, it was not possible to conclude that such a review would inevitably have led to the discovery of the irregularities brought to light in 1990 by the report of the Commission de police. A comparison of the information in that report with the information that was available when Mr. Hinse made his initial application to the Minister reveals two crucial pieces of evidence that could not, in all likelihood, have been discovered at that time.

[124] According to the evidence in the record, it was not until November 1988, when Mr. Hinse wrote to the Commission de police, that he provided [TRANSLATION] “for the first time certain crucial details that would guide the work of Commissioner Fourcaudot”: C.A. decision, at para. 65. The report of the Commission de police shows that the most significant facts that emerged from the investigation were officer Scott’s recantation of his testimony and, to a lesser degree, the willingness of the true perpetrators of the crime to co-operate with the investigator in 1989 and 1990.

C. *Le lien de causalité*

[122] La première juge a conclu que M. Hinse avait prouvé le lien causal là encore par présomption de fait. Selon elle, « [u]ne étude nourrie, concertée, fouillée, compétente et contemporaine de ses premières démarches aurait, à coup sûr, fait découvrir la méprise au PGC » : par. 75. La juge a fondé sa conclusion sur la causalité principalement sur le mémoire de la Commission de police de 1990 : puisque celle-ci avait conclu qu’il y avait eu erreur judiciaire, une enquête sérieuse du Ministre aurait logiquement dû mener au même résultat. Tenant compte des neuf années écoulées entre le moment où M. Hinse a contacté la Commission de police (1988) et la date de son acquittement par notre Cour (1997), la juge a estimé que M. Hinse aurait pu être acquitté dès le milieu des années 1970, n’eût été la faute du PGC : par. 77 et 97.

[123] Tout comme la Cour d’appel, nous sommes d’avis que, même en supposant que le Ministre ait omis d’effectuer un examen sérieux entre 1967 et 1972, il n’était pas possible de conclure qu’un tel examen aurait inévitablement mené à la découverte des irrégularités mises en lumière en 1990 par le mémoire de la Commission de police. Une comparaison entre l’information relatée dans ce mémoire et celle disponible lors de la demande initiale de M. Hinse au Ministre révèle en effet que deux éléments cruciaux n’auraient pu, en toute vraisemblance, être découverts à l’époque.

[124] Selon la preuve au dossier, ce n’est qu’en novembre 1988, lorsqu’il écrit à la Commission de police, que M. Hinse fournit « pour la première fois certains détails cruciaux qui orienteront le travail du commissaire Fourcaudot » : décision C.A., par. 65. Le mémoire de la Commission de police montre que les éléments les plus significatifs qui ressortent de l’enquête menée sont la rétractation du témoignage de l’agent Scott et, dans une moindre mesure, la volonté des auteurs véritables du crime de collaborer avec l’enquêteur en 1989 et 1990.

[125] Where the perpetrators of the crime are concerned, it should be noted that after they had signed their affidavits in 1966, Mr. Beausoleil, Mr. Savard and Mr. Levasseur refused to co-operate further with the police. In the second set of affidavits signed in 1971, Mr. Pressé and Mr. Beausoleil merely attested to their having been in the car that was searched by officer Scott in Mont-Laurier on September 10, 1961, and to the fact that Mr. Lavoie and Mr. Hinse had not been in it. They made no declarations about the robbery committed in December of that same year of which Mr. Hinse had been found guilty. At the time of the investigation carried out by Mr. Fourcaudot in 1989, Mr. Beausoleil added [TRANSLATION] “many details” about the events, and Mr. Véronneau, although he had refused to sign an affidavit, ended up stating that Mr. Hinse [TRANSLATION] “wasn’t even there”: A.R., vol. XI, at pp. 54 and 53.

[126] Even more importantly, the investigator received a call from Mr. Duval, who was then living in the Dominican Republic, in 1990. Mr. Duval revealed for the first time several details regarding the conspiracy and the robbery, stating that Mr. Hinse was in no way involved. He subsequently sent the investigator a letter confirming this information. However, the police report of September 12, 1966, prepared by an officer named Bourgeois (officer in charge of the Sûreté du Québec detachment at Mont-Laurier), indicated that Mr. Duval had provided the police with information about the robbery and that he was supposed to be questioned further. Mr. Duval was never questioned after that.

[127] This “oversight” can perhaps be explained by a comment made by Mr. Duval in his conversation with the investigator in 1990 that he knew officer Bourgeois quite well at the time, as the latter had taken part in some chain letter schemes he was operating. This is why Mr. Duval [TRANSLATION] “was never bothered by the police, even though he believed that they knew he was behind the robbery”: A.R., vol. XI, at p. 56. Officer Bourgeois had played an important role in the initial investigation, particularly in the identification of Mr. Hinse by the victims of the robbery.

[125] En ce qui concerne les auteurs du crime, il convient de rappeler qu’après avoir signé leur déclaration sous serment en 1966, MM. Beausoleil, Savard et Levasseur refusent par la suite de collaborer avec la police. Dans la deuxième série de déclarations sous serment de 1971, MM. Pressé et Beausoleil attestent simplement leur présence et l’absence de MM. Lavoie et Hinse dans la voiture ayant fait l’objet de la fouille effectuée par l’agent Scott à Mont-Laurier le 10 septembre 1961. Ils ne disent rien quant au vol commis en décembre de la même année et pour lequel M. Hinse a été déclaré coupable. En 1989, à l’occasion de l’enquête menée par M. Fourcaudot, M. Beausoleil ajoute « maints détails » sur les événements, et M. Véronneau, même s’il refuse de signer une déclaration, finit par préciser que M. Hinse « n’était même pas là » : d.a., vol. XI, p. 54 et 53.

[126] Plus important encore, en 1990, l’enquêteur reçoit un appel de M. Duval, qui demeure désormais en République dominicaine. Ce dernier révèle pour la première fois plusieurs détails au sujet du complot et du vol, déclarant que M. Hinse n’était aucunement impliqué. M. Duval envoie par la suite à l’enquêteur une lettre confirmant ces informations. Pourtant, le rapport de police du 12 septembre 1966, rédigé par l’agent Bourgeois (responsable du poste de la Sûreté du Québec à Mont-Laurier), indiquait que M. Duval avait fourni des renseignements à la police concernant le vol, et qu’il devait être questionné davantage. M. Duval n’a jamais été interrogé par la suite.

[127] Cet « oubli » s’explique peut-être par l’affirmation de M. Duval, durant sa conversation avec l’enquêteur en 1990, selon laquelle il connaissait bien à l’époque l’agent Bourgeois qui participait à ses entreprises de chaînes de lettres. Ainsi, M. Duval « ne fut jamais inquiété par la police, bien qu’il croit qu’elle le savait être l’instigateur du vol » : d.a., vol. XI, p. 56. L’agent Bourgeois avait joué un rôle important lors de l’enquête initiale, notamment pour l’identification de M. Hinse par les victimes du vol.

[128] Nevertheless, the evidence does not support an assertion that Mr. Duval would have been prepared to incriminate himself in this way or to co-operate with the police (or the Minister) at the time of the initial police investigation, or at the time of Mr. Hinse's first application for mercy. This information was in fact highly incriminating. As the AGC points out, these statements were ultimately made from the Dominican Republic, a country with which Canada does not have an extradition treaty.

[129] Moreover, the particular focus of the report of the Commission de police is on officer Scott's recantation of his testimony. This is clear from both the language used and the number of pages dedicated to this subject. Out of the report's 35 pages, the role of officer Scott takes up approximately 9, whereas the analysis of each of the other exculpatory factors rarely exceeds 2 pages. The officer's testimony had [TRANSLATION] "made a strong impression" on the trial judge, because he had declared under oath, without any hesitation, that he had seen Mr. Hinse among the individuals in the car he had stopped on September 10, 1961: A.R., vol. XI, at p. 56. This declaration contradicted Mr. Hinse's version of the facts. The officer testified that he had known Mr. Hinse for a long time and swore categorically that Mr. Hinse had been in Mont-Laurier that day. It was not until his third meeting with the investigator of the Commission de police, on July 31, 1990, that officer Scott admitted he might have been mistaken.

[130] It should be mentioned that officer Scott had difficulty identifying the exact year in which he had started having doubts about his testimony. He said it may have been around 1974 or 1975, after a friend of Mr. Duval's (Yves Chalifoux) and Mr. Duval himself both told him he was wrong. It was these conversations that in all likelihood sowed a doubt in his mind, and that doubt finally surfaced during the investigation of the Commission de police. On this point, too, it cannot be assumed that officer Scott would have recanted his testimony earlier.

[131] As a result, even if the Minister had decided to conduct a more extensive investigation at

[128] Par contre, la preuve ne permet pas de soutenir que M. Duval aurait été prêt à s'incriminer de cette façon ou à collaborer avec la police (ou le Ministre) à l'époque de l'enquête policière initiale ou de la première demande de clémence de M. Hinse. En effet, il s'agissait d'informations hautement incriminantes. Comme le souligne le PGC, ces déclarations ont en définitive été faites en République dominicaine, un pays avec lequel le Canada n'a pas conclu de traité d'extradition.

[129] Par ailleurs, la pièce maîtresse du mémoire de la Commission de police est la rétractation par l'agent Scott de son témoignage. Cela ressort autant du langage utilisé que du nombre de pages consacrées à cette question. Des 35 pages du mémoire, le rôle joué par l'agent Scott en occupe environ 9, tandis que l'analyse de chacun des autres facteurs disculpatoires dépasse rarement 2 pages. Le témoignage de l'agent avait « fait lourde impression » dans l'esprit du juge du procès, car il avait déclaré sous serment, sans aucune hésitation, avoir vu M. Hinse parmi les personnes à bord de la voiture interceptée le 10 septembre 1961 : d.a., vol. XI, p. 56. Cette déclaration contredisait la version des faits de M. Hinse. L'agent a témoigné qu'il connaissait M. Hinse depuis longtemps et il a juré, catégoriquement, que ce dernier était à Mont-Laurier à cette date. Ce n'est que lors de sa troisième rencontre avec l'enquêteur de la Commission de police, le 31 juillet 1990, que l'agent Scott a admis qu'il s'était peut-être trompé.

[130] Il convient de signaler que l'agent Scott a éprouvé de la difficulté à indiquer l'année précise où il s'est mis à douter de son témoignage. Il avance que ce ne serait que vers 1974 ou 1975, après qu'un ami de M. Duval (Yves Chalifoux) et M. Duval lui-même lui aient tous deux affirmé qu'il s'était trompé. Ce sont ces conversations qui ont vraisemblablement semé un doute dans son esprit, doute qui a finalement fait surface lors de l'enquête de la Commission de police. Là encore, on ne peut présumer que l'agent Scott aurait renié son témoignage plus tôt.

[131] En conséquence, même si le Ministre avait décidé de mener une enquête plus poussée lors de

the time of Mr. Hinse's first application, there is no evidence that officer Scott would have recanted his testimony then, as he did later, or that the individuals involved in the robbery would have been inclined to answer the Minister's questions. It is highly likely that, 20 years after the events, these individuals agreed to co-operate with the authorities because they had less to fear, or because they no longer had anything to lose.

[132] Also, Poulin J.'s assertion that the Minister's investigation should [TRANSLATION] "surely" have led to the same result as the report of the Commission de police is based on assumptions and inferences that are not supported by any analysis. It is well established that, even where a fault has been committed, the person who committed it cannot be held liable for damage that was not related to the fault. Rather, the damage must have been a logical, direct and immediate consequence of the fault (art. 1053 *C.C.L.C.*; *Parrot v. Thompson*, [1984] 1 S.C.R. 57, at p. 71; *Dallaire v. Paul-Émile Martel Inc.*, [1989] 2 S.C.R. 419; Baudouin, Deslauriers and Moore, at No. 1-683).

[133] Furthermore, as the Commission de police explained in a letter to Mr. Hinse, it [TRANSLATION] "may, at the written request of a citizen, investigate the conduct of municipal police or Sûreté du Québec officers if the citizen provides sufficient grounds for his or her request": A.R., vol. XI, at p. 23. In the case at bar, the Commission de police instructed an investigator to conduct an investigation in accordance with the *Act respecting police organization*, R.S.Q., c. O-8.1, ss. 64 to 88 (later replaced by the *Police Act*, CQLR, c. P-13.1 (S.Q. 2000, c. 12, s. 353)). Under that Act, the investigator had the power to enter any police station and examine any documents or other effects relating to the complaint. He could also require of any person any information or document he considered necessary. Moreover, all persons were prohibited from hindering his work in any manner whatever, deceiving him through concealment or by making a false declaration, refusing to furnish him with information or a document relating to the complaint, refusing to allow him to make a copy of such a document, or concealing or destroying such a document: ss. 71, 84 and 85 of the *Act respecting police organization*.

la première demande de M. Hinse, il n'y a aucune preuve démontrant qu'à cette époque l'agent Scott aurait fait la même rétractation ou que les personnes impliquées dans le vol auraient été disposées à répondre aux questions du Ministre. Il est fort probable que, 20 ans après les événements, ces personnes ont accepté de collaborer avec les autorités parce qu'elles avaient moins à craindre, ou encore parce qu'elles n'avaient plus rien à perdre.

[132] Aussi, lorsque la juge Poulin affirme que l'enquête du Ministre aurait dû mener « à coup sûr » au même résultat que le mémoire de la Commission de police, cela relève de suppositions et d'inférences qu'aucune analyse n'appuie. Il est acquis que, même en présence d'une faute, l'auteur de l'acte fautif ne peut être tenu responsable d'un dommage sans relation avec cette faute : le dommage doit avoir été la conséquence logique, directe et immédiate de la faute (art. 1053 *C.c.B.-C.*; *Parrot c. Thompson*, [1984] 1 R.C.S. 57, p. 71; *Dallaire c. Paul-Émile Martel Inc.*, [1989] 2 R.C.S. 419; Baudouin, Deslauriers et Moore, n° 1-683).

[133] Du reste, comme l'explique la Commission de police dans une lettre adressée à M. Hinse, cet organisme « peut, sur demande écrite d'un citoyen, enquêter sur la conduite de policiers municipaux ou de la Sûreté du Québec, si celui-ci donne des raisons suffisantes à l'appui de sa demande » : d.a., vol. XI, p. 23. Ici, la Commission de police a confié à un enquêteur le mandat d'enquêter conformément à la *Loi sur l'organisation policière*, L.R.Q., c. O-8.1, art. 64 à 88 (par la suite remplacée par la *Loi sur la police*, RLRQ, c. P-13.1 (L.Q. 2000, c. 12, art. 353)). En vertu de cette loi, l'enquêteur avait le pouvoir de pénétrer dans un poste de police et d'y examiner les documents et effets reliés à la plainte. Il pouvait aussi requérir de toute personne tout renseignement et tout document qu'il estimait nécessaire. Il était interdit d'entraver son travail de quelque façon que ce soit, de le tromper par réticence ou fausse déclaration, de refuser de lui fournir un renseignement ou document relatif à la plainte ou de refuser de lui laisser prendre copie de ce document, de cacher ou détruire un tel document : art. 71, 84 et 85 de la *Loi sur l'organisation policière*.

[134] In this case, the report of the Commission de police indicates that the investigator

[TRANSLATION] [f]or several months . . . focused his efforts on building up a huge file: he met with numerous individuals and collected their stories; he searched through the records of several courthouses and examined all the documents he could lay his hands on; and, finally, he reported his findings to the Commission.

(A.R., vol. XI, at p. 35)

[135] However, it is clear that the Minister did not have those same powers at the material times. It was not until 2002 that the Minister was given the powers of a commissioner under the *Inquiries Act*, including the power to summon witnesses and to compel them to testify and to produce documents: s. 696.2(2) *Cr. C.*; ss. 4 and 5 of the *Inquiries Act*. These new powers were deemed necessary because of the inefficiency of the existing review process: *House of Commons Debates*, vol. 137, No. 054, 1st Sess., 37th Parl., May 3, 2001, at p. 3583; *Debates of the Senate*, vol. 139, No. 66, 1st Sess., 37th Parl., November 1, 2001, at p. 1612.

[136] A distinction must therefore be made between the investigation conducted by the Commission de police from 1988 to 1990 and the meaningful review of an application for mercy that the Minister was required to conduct in the late 1960s. At that time, the Minister had neither the power nor the duty to compel witnesses to testify, to require the production of documents, or to review police or prosecution files, which would have enabled him or her to build up a file as extensive and exhaustive as the one amassed by the Commission de police. On this point, we cannot accept Mr. Hinse's argument that officer Scott might have retracted his testimony sooner had the Minister confronted him with certain evidence that discredited it. The Minister was not required to take such action; he was simply required to consider Mr. Hinse's application in good faith and to determine on the basis of the file submitted to him whether additional information was needed or intervention was appropriate. The evidence does not establish that at the time of the first application, the Minister would probably have discovered the key

[134] En l'espèce, le mémoire de la Commission de police indique que l'enquêteur a

[p]endant plusieurs mois, [. . .] consacré ses énergies à la constitution d'un dossier fort volumineux : il a rencontré de nombreuses personnes et recueilli leurs versions; il a effectué des recherches dans les archives de plusieurs Palais de justice et scruté tous les documents sur lesquels il avait pu mettre la main; enfin, il a fait rapport à la Commission.

(d.a., vol. XI, p. 35)

[135] Or, il est clair que le Ministre ne possédait pas ces mêmes pouvoirs à l'époque pertinente. Ce n'est qu'en 2002 qu'il a obtenu les pouvoirs d'un commissaire en vertu de la *Loi sur les enquêtes*, dont celui d'assigner des témoins et de les contraindre à témoigner et à produire des documents : par. 696.2(2) *C. cr.*; art. 4 et 5 de la *Loi sur les enquêtes*. Ces nouveaux pouvoirs ont été jugés nécessaires à la lumière de l'inefficacité du processus de révision existant : *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, n° 054, 1^{re} sess., 37^e lég., 3 mai 2001, p. 3583; *Débats du Sénat*, vol. 139, n° 66, 1^{re} sess., 37^e lég., 1^{er} novembre 2001, p. 1612.

[136] Il faut donc faire une distinction entre l'enquête de la Commission de police de 1988 à 1990 et l'examen sérieux d'une demande de clémence auquel le Ministre était tenu à la fin des années 1960. Ce dernier n'avait alors ni le pouvoir ni l'obligation de contraindre des personnes à témoigner, d'exiger la production de documents ou d'examiner des dossiers de la police ou du poursuivant, ce qui lui aurait permis de constituer un dossier aussi volumineux et exhaustif que celui de la Commission de police. Sur ce point, nous ne pouvons retenir l'argument de M. Hinse selon lequel l'agent Scott aurait pu rétracter son témoignage plus tôt si le Ministre l'avait confronté à certains éléments de preuve qui discréditaient son témoignage. Le Ministre n'avait pas l'obligation d'effectuer de telles démarches; il avait simplement l'obligation d'examiner de bonne foi la demande de M. Hinse et d'évaluer, à la lumière du dossier présenté, la nécessité d'obtenir des renseignements supplémentaires ou l'opportunité d'intervenir. La preuve n'établit pas que le Ministre aurait probablement découvert, à l'époque de la

evidence uncovered by the investigator of the Commission de police 20 years later. The burden of proving that the Minister would probably have done so was on Mr. Hinse, and it was up to him to discharge this burden.

[137] In this regard, Poulin J. did not really explain her reasoning on the issue of causation, but merely stated that the facts set out in her reasons, which Mr. Hinse had proven by means of presumptions of fact, established a causal connection: para. 98. However, it is clear from her reasons that her finding that the miscarriage of justice would have been ascertained quickly if the AGC had acted promptly and competently (para. 97) is based on the erroneous premise that the Minister, like the investigator of the Commission de police, had a duty to conduct a thorough investigation. Because Poulin J., in so doing, drew inferences and made findings of fact that were not supported by the evidence, the Court of Appeal was justified in intervening: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 22; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401, at para. 4. It has therefore not been proven that the alleged failure, namely the failure to conduct a meaningful review or to conduct one more expeditiously, was the probable cause of the failure to discover the miscarriage of justice in Mr. Hinse's case. To conclude otherwise would be to rely on mere conjecture or remote hypotheticals. A court's conclusion with respect to civil liability cannot be based on speculation such as this.

D. Damages

[138] In our opinion, the Court of Appeal was also right to intervene on the issue of damages. There was an overriding error in the trial judge's analysis. She failed to take into account the requirement that the liability be apportioned solidarily, and to establish the amounts being awarded on the basis of the actual liability of each of the solidary debtors. As the Court of Appeal noted, [TRANSLATION] "to every extent that more than one solidary debtor could be liable for the heads of claim, Mr. Hinse's

première demande, les éléments clés découverts par l'enquêteur de la Commission de police 20 ans plus tard. Le fardeau de démontrer que le Ministre aurait probablement trouvé ces éléments reposait sur les épaules de M. Hinse et il lui appartenait de s'en acquitter.

[137] À ce chapitre, la juge Poulin explicite peu son raisonnement sur la causalité; elle se contente d'affirmer que les faits soulevés dans son jugement — que M. Hinse a prouvés par présomption de fait — établissent le lien de causalité : par. 98. Or, il ressort de ses motifs que sa conclusion selon laquelle l'erreur judiciaire aurait rapidement été découverte si le PGC avait agi promptement et avec compétence (par. 97) est fondée sur la prémisse erronée que le Ministre avait l'obligation de mener une enquête approfondie, à l'instar de l'enquêteur de la Commission de police. Puisque, ce faisant, la juge a tiré des inférences et des conclusions factuelles non étayées par la preuve, l'intervention de la Cour d'appel était justifiée : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 22; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401, par. 4. Il s'ensuit qu'il n'a pas été établi que l'omission reprochée, à savoir l'omission de faire un examen sérieux ou de procéder plus promptement à un tel examen, aurait constitué la cause probable du défaut de découvrir l'erreur judiciaire dont M. Hinse a été victime. Conclure autrement reviendrait à se fonder sur de simples conjectures ou des hypothèses lointaines. De telles spéculations ne sauraient justifier un tribunal de conclure à la responsabilité civile.

D. Les dommages

[138] À notre avis, la Cour d'appel a aussi eu raison d'intervenir sur la question des dommages. L'analyse de la juge du procès était entachée d'une erreur déterminante. Elle a fait défaut de tenir compte de la solidarité et de fixer les montants accordés en fonction de la responsabilité respective de chacun des débiteurs solidaires. Comme le souligne la Cour d'appel, « dans toute la mesure où des postes de réclamation pouvaient relever de la responsabilité de plus d'un débiteur solidaire, les

releases made it necessary to examine the causal faults and apportion liability”: para. 189. Mr. Hinse should have borne the shares of the solidary debtors he had released: arts. 1526 and 1690 *C.C.Q.*

[139] The trial judge addressed the issue of damages as if the Minister were the only party to commit a fault and as if the damage sustained by Mr. Hinse was due solely to the Minister’s [TRANSLATION] “institutional inertia”: paras. 75-77. Indeed, rather than fixing the damages amounts that could be specifically attributed to the AGC, she simply relied on Mr. Hinse’s claims:

[TRANSLATION] Furthermore, since, following the transaction entered into between the AGQ and Hinse, the latter amended his proceeding so as to claim from the AGC only the portion he had attributed to [the AGC] on the basis of the various heads of damage he raised, the Court will examine, for the purpose of this proceeding and in compliance with the provisions quoted above, only the applications that are in line with this new reality and that concern solely the AGC. [para. 22]

[140] Thus, except in the case of the punitive damages, the trial judge awarded the amounts being claimed on the assumption that Mr. Hinse had correctly limited them to the amounts that solely concerned the AGC. However, the apportionment of the liability of Mr. Hinse’s various co-debtors had to be determined on the basis of the seriousness of each one’s fault: art. 1478 *C.C.Q.* The trial judge could not simply rely on the apportionment suggested by Mr. Hinse; her role as the arbiter of damages required that she herself fix each debtor’s share of the liability.

[141] In addition to this overriding error, which skews the amounts awarded under all the heads of damages, the grounds for each of those amounts were also flawed.

(1) Pecuniary Damage

[142] Poulin J. ordered the AGC to pay a total of \$855,229.61 in respect of pecuniary damage. This amount seems excessive, given that the AGQ had already paid \$1,100,000 under this head pursuant to the transaction entered into with Mr. Hinse. At the

remises consenties par M. Hinse rendaient nécessaires l’examen des fautes causales et le partage des parts de responsabilité » : par. 189. M. Hinse aurait dû supporter la part des débiteurs solidaires qu’il a libérés : art. 1526 et 1690 *C.c.Q.*

[139] La juge de première instance a abordé la question des dommages comme si le Ministre était le seul fautif et que le préjudice de M. Hinse ne découlait que de son « inertie institutionnelle » : par. 75-77. De fait, au lieu de déterminer les montants des dommages-intérêts précisément imputables au PGC, la juge s’en est simplement remise aux revendications de M. Hinse :

Comme, de plus, à la suite de la transaction conclue entre le PGQ et Hinse, ce dernier a amendé sa procédure afin de ne réclamer au PGC que la portion qu’il lui attribue selon les différents chefs de dommages qu’il invoque, pour les fins du présent débat, respectant les dispositions plus haut citées, le Tribunal n’analysera que les demandes adaptées à cette nouvelle réalité et qui ne concernent que le PGC. [par. 22]

[140] À l’exception des dommages-intérêts punitifs, elle a ainsi accordé les sommes réclamées en supposant que M. Hinse les avait correctement limitées à ce qui concerne le PGC uniquement. Or, la part de responsabilité des divers codébiteurs de M. Hinse devait s’évaluer en fonction de la gravité de leur faute respective : art. 1478 *C.c.Q.* La juge ne pouvait pas s’en tenir simplement à la répartition suggérée par M. Hinse; son rôle d’arbitre des dommages-intérêts exigeait qu’elle fixe elle-même la part de responsabilité de chacun.

[141] Au-delà de cette erreur déterminante, qui fausse tous les chefs de dommages accordés, les fondements à l’appui de chacun étaient en outre déficients.

(1) Dommages pécuniaires

[142] La juge Poulin a condamné le PGC à verser un total de 855 229,61 \$ au titre des dommages pécuniaires. Ce montant paraît démesuré compte tenu de la somme de 1 100 000 \$ déjà versée à ce chapitre par le PGQ aux termes de la transaction

very least, the onus was on Mr. Hinse to show that the payments concerned distinct heads of compensation. He did not do so. Moreover, when the amounts awarded are broken down, it is clear that there was no justification for the amounts being claimed.

[143] The amount of \$127,214 awarded for a loss of income by Mr. Hinse that resulted from his retiring at age 60 instead of at 65 is unjustified. In Quebec law, only an injury which is an immediate and direct consequence of a wrongful act gives rise to an entitlement to damages: art. 1607 *C.C.Q.* This was a personal decision on Mr. Hinse's part. There is no direct connection between the Ministers' conduct and his decision. Poulin J. erred in awarding damages under this head of claim.

[144] Poulin J. ordered the AGC to pay Mr. Hinse \$193,660.88 under the head of claim for fees and costs incurred in respect of the proceedings he brought in the Court of Appeal and the Supreme Court between 1990 and 1997. She was wrong to do so. Even if the Minister had granted one of Mr. Hinse's applications, he would have either ordered a new trial or referred the matter to the Court of Appeal. In short, Mr. Hinse would have had to pay these fees anyway. This is not damage that resulted from the alleged faults.

[145] Poulin J. awarded \$500,000 for investigation costs, wasted time and effort, photocopies, transcripts, travel, postage, etc. The Court of Appeal correctly found that wasted time and efforts expended to obtain justice are inconveniences that are inherent in the efforts of anyone who is involved in legal proceedings: para. 215. Unless there has been an abuse of process, these are not heads of damage under which Mr. Hinse can seek compensation. Moreover, they fall under non-pecuniary damage, given that there is no evidence of lost income. Since Poulin J. awarded a separate amount in respect of non-pecuniary damage, this resulted in double recovery.

intervenue entre ce dernier et M. Hinse. Au minimum, il appartenait à M. Hinse de démontrer que les sommes visaient des compensations distinctes. Il ne l'a pas fait. La ventilation des sommes accordées révèle d'ailleurs que rien ne justifiait les montants réclamés.

[143] Le montant de 127 214 \$ pour les pertes de revenus de M. Hinse en raison de son départ à la retraite à 60 au lieu de 65 ans est injustifié. En droit québécois, seul le préjudice qui est une suite immédiate et directe d'un acte fautif est susceptible de réparation : art. 1607 *C.c.Q.* Il s'agit ici d'une décision personnelle de M. Hinse. Il n'y a pas de lien direct entre la conduite des Ministres et cette décision. La juge Poulin a fait erreur en faisant droit à ce chef de réclamation.

[144] La juge Poulin a condamné le PGC à verser à M. Hinse un montant de 193 660,88 \$ à l'égard du chef de réclamation lié aux honoraires et dépens engagés pour ses démarches en Cour d'appel et en Cour suprême de 1990 à 1997. Elle a eu tort. Même si le Ministre avait acquiescé à l'une des demandes de M. Hinse, il aurait soit ordonné un nouveau procès, soit renvoyé l'affaire devant la Cour d'appel. Bref, M. Hinse aurait dû, de toute façon, payer ces honoraires. Ils ne constituent pas un dommage découlant des fautes reprochées.

[145] La juge Poulin a accordé 500 000 \$ pour frais d'enquête, perte de temps, efforts, photocopies, transcriptions, déplacements, timbres, etc. La Cour d'appel a, à bon droit, estimé que la perte de temps et les efforts déployés pour obtenir justice sont des inconvénients inhérents aux efforts de quiconque est entraîné dans une démarche judiciaire : par. 215. À moins d'abus du droit d'ester en justice, ce ne sont pas des chefs de dommages pour lesquels M. Hinse peut demander l'indemnisation. Qui plus est, ils font partie des dommages non pécuniaires vu l'absence de preuve de pertes de revenus. Puisque la juge Poulin a accordé une indemnité séparée pour les dommages non pécuniaires, il y a eu double indemnisation à cet égard.

(2) Non-pecuniary Damage

[146] In the *Andrews* trilogy, this Court set an upper limit of \$100,000 for non-pecuniary losses resulting from a serious bodily injury: *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Thornton v. School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267; *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287. This limit applies in the common law provinces and Quebec alike. Relying on its own decision in *France Animation*, the Court of Appeal applied the limit in the instant case. But when it rendered its decision, the Court of Appeal did not have the benefit of this Court's judgment in *Cinar*, which confirmed that the limit is inapplicable to damages for non-pecuniary loss that do not stem from bodily injury: *Cinar Corporation v. Robinson*, 2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168, at para. 97. This being said, even if the Court of Appeal erred on this point, the trial judge had nonetheless erred in awarding an amount under this head of damages.

[147] Poulin J., after comparing the amount — \$1,900,000 — claimed by Mr. Hinse for non-pecuniary damage with the amounts granted in the Marshall, Proulx, Sophonow, Milgaard and Truscott cases, ordered the AGC to pay him the exact amount he sought, expressing the opinion that it was [TRANSLATION] “not excessive”: para. 198. In *Cinar*, this Court reiterated that to properly assess the amounts to be awarded, a court should compare the case at hand with other analogous cases in which amounts were awarded for non-pecuniary damage: paras. 105-6. In the case at bar, the comparisons made were shaky and did not justify a quantum of that magnitude.

[148] In the case of Donald Marshall Jr., a royal commission was struck to review the case in 1989. In his report submitted in 1990, Justice Evans valued the amount to compensate for non-pecuniary losses at \$225,000, to which were added \$158,000 in interest, for a total of \$383,000 in compensation. Mr. Marshall, who had been convicted of murder in 1971, had spent 11 years in prison (between the ages of 17 and 28) and had been acquitted in 1983:

(2) Dommages non pécuniaires

[146] Dans la trilogie *Andrews*, notre Cour a fixé un plafond de 100 000 \$ pour les pertes non pécuniaires résultant d'un préjudice corporel important : *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Thornton c. School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287. Ce plafond s'applique tant dans les provinces de common law qu'au Québec. En se fondant sur sa propre décision dans *France Animation*, la Cour d'appel a appliqué ce plafond en l'espèce. Or, lorsqu'elle s'est prononcée, la Cour d'appel n'avait pas eu le bénéfice de notre arrêt dans *Cinar*, dans lequel nous avons confirmé que le plafond ne s'applique pas aux pertes non pécuniaires qui découlent d'un préjudice autre que corporel : *Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168, par. 97. Cela dit, même si la Cour d'appel a commis une erreur sur ce point, l'allocation d'un montant sous ce chef de dommages par la première juge était néanmoins mal fondée.

[147] Après avoir comparé le montant réclamé par M. Hinse au titre des dommages non pécuniaires, soit 1 900 000 \$, aux sommes accordées dans les affaires Marshall, Proulx, Sophonow, Milgaard et Truscott, la juge Poulin a condamné le PGC à lui verser exactement le montant demandé, exprimant l'avis qu'il n'était « pas exagéré » : par. 198. Dans *Cinar*, notre Cour a réitéré que, pour évaluer adéquatement les sommes à accorder, le tribunal doit comparer l'affaire dont il est saisi à d'autres affaires analogues où des sommes ont été accordées au titre des dommages non pécuniaires : par. 105-106. Or, en l'espèce, les comparaisons retenues étaient boiteuses et ne justifiaient pas une somme de cette ampleur.

[148] Dans le cas de Donald Marshall, fils, une commission royale a été constituée en 1989 pour examiner l'affaire. Dans son rapport de 1990, le juge Evans a estimé le montant visant à compenser le préjudice moral à 225 000 \$, auquel s'ajoutent des intérêts de 158 000 \$, pour une indemnité totale de 383 000 \$. M. Marshall, qui avait été déclaré coupable de meurtre en 1971, avait passé 11 ans en prison (de l'âge de 17 à 28 ans) et avait été acquitté en

G. T. Evans, Commission of Inquiry Concerning the Adequacy of Compensation Paid to Donald Marshall, Jr., *Report of the Commissioner* (1990); *In the Matter of Steven Truscott*, at p. 48; C.A. decision, at paras. 221-22; Sup. Ct. decision, at para. 184.

[149] In the Proulx case, Mr. Proulx had been convicted of murder on November 10, 1991, and was acquitted on August 20, 1992: *Proulx v. Québec (Procureur général)*, [1997] R.J.Q. 2509 (Sup. Ct.). He sued the AGQ for \$1,443,000 in damages. In 1997, Letarte J. awarded him \$250,000 in compensation for non-pecuniary damage: [1997] R.J.Q. 2516 (Sup. Ct.), at p. 2524.

[150] In the inquiry regarding Thomas Sophonow, the Honourable Peter Cory recommended in 2001 the payment in compensation of approximately \$2,600,000, including interest, of which \$1,750,000 would be for non-pecuniary damage. Mr. Sophonow had undergone three trials and spent nearly four years in prison after being unjustly charged with murder. The liability for payment of the compensation was to be apportioned among the city (Winnipeg), the province (Manitoba) and the federal government: P. deC. Cory, *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation* (2001); C.A. decision, at para. 222; Sup. Ct. decision, at para. 184.

[151] In the Milgaard case, a total of \$10,000,000 was paid to Mr. Milgaard in 2008 following the settlement of two civil liability suits. The exact apportionment of liability among the levels of government is unknown. Mr. Milgaard had been charged with murder in 1970 and had spent 23 years in prison. He had been shot during one of two escape attempts and had suffered abuse while incarcerated: *In the Matter of Steven Truscott*, at p. 49.

[152] Finally, in the Truscott case, Justice Robins recommended in 2008 that a payment of \$6,500,000 be made to Mr. Truscott, who had been convicted of murder at the age of 14 and sentenced to death by hanging. Mr. Truscott, who was the subject of

1983 : G. T. Evans, Commission of Inquiry Concerning the Adequacy of Compensation Paid to Donald Marshall, Jr., *Report of the Commissioner* (1990); *Dans l'affaire de Steven Truscott*, p. 45; décision C.A., par. 221-222; décision C.S., par. 184.

[149] Dans l'affaire Proulx, M. Proulx avait été déclaré coupable de meurtre le 10 novembre 1991 puis acquitté le 20 août 1992 : *Proulx c. Québec (Procureur général)*, [1997] R.J.Q. 2509 (C.S.). Il a poursuivi le PGQ en dommages-intérêts, réclamant la somme de 1 443 000 \$. En 1997, le juge Letarte lui a accordé une indemnité de 250 000 \$ pour les dommages non pécuniaires : [1997] R.J.Q. 2516 (C.S.), p. 2524.

[150] Dans l'enquête sur Thomas Sophonow, l'honorable Peter Cory a recommandé en 2001 une indemnité d'environ 2 600 000 \$, incluant les intérêts, dont 1 750 000 \$ au titre des dommages moraux. M. Sophonow avait subi trois procès et passé près de quatre années en prison, après avoir été accusé injustement de meurtre. La responsabilité à l'égard du paiement de l'indemnité devait être partagée entre la ville (Winnipeg), la province (Manitoba) et le gouvernement fédéral : P. deC. Cory, *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow : The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation* (2001); décision C.A., par. 222; décision C.S., par. 184.

[151] Dans l'affaire Milgaard, un montant de 10 000 000 \$ a été versé à M. Milgaard en 2008 au terme du règlement de deux poursuites en responsabilité civile. On ignore la part exacte de responsabilité supportée par les divers ordres de gouvernement. M. Milgaard avait été accusé de meurtre en 1970 et avait passé 23 ans en prison. Il avait été blessé par balle lors de l'une de ses deux tentatives d'évasion et avait subi de mauvais traitements pendant son incarcération : *Dans l'affaire de Steven Truscott*, p. 46.

[152] Enfin, dans l'affaire Truscott, le juge Robins a recommandé en 2008 qu'un paiement de 6 500 000 \$ soit versé à M. Truscott. Ce dernier avait été déclaré coupable de meurtre à l'âge de 14 ans et condamné à mort par pendaison. M. Truscott, qui

an unprecedented reference to this Court, had spent 10 years in prison and had finally been on parole for almost 40 years, living under an assumed name. Justice Robins felt that, in the circumstances, Mr. Truscott should be paid \$250,000 per year of incarceration and \$100,000 per year on parole. Given that both levels of government had been involved in the case virtually from the beginning, Justice Robins was of the opinion that they should share the costs of the compensation equally: *In the Matter of Steven Truscott*, at p. 56.

[153] As the Court of Appeal pointed out, the amounts granted in the Marshall, Sophonow and Truscott cases were made further to the recommendations of advisory bodies. They did not result from judicial awards and were based on considerations that are very different from those on which damages are based: C.A. decision, at para. 222. Only the compensation assessed in *Proulx* was the result of a judicial process. What is more, all these cases can be distinguished from the case at bar in that they involved the much more serious crime of murder and in that the period of incarceration was longer in almost all of them.

[154] Moreover, we note that under the transaction between the AGQ and Mr. Hinse, the latter was paid only \$1,100,000 under this head of damages, whereas he had been claiming \$3,000,000 in this regard from the AGQ and the AGC, for which they were to be solidarily liable. We realize that care must be taken in comparing amounts agreed to in transactions with amounts resulting from judicial awards. Nevertheless, in this case, Mr. Hinse and the AGQ fixed the amount under this head of damages in their agreement after each side had made its case. In the circumstances of this case, we have difficulty seeing why the federal government should be ordered to pay more in respect of non-pecuniary damage than the amount paid by the province. Even if the Minister had committed a fault, we find it hard to justify finding that such a fault would be as serious as, or even more serious than, the ones committed by Mont-Laurier and the AGQ with regard to the arrest, the police investigation and the

a fait l'objet d'un renvoi sans précédent devant notre Cour, avait passé 10 ans en prison et avait finalement vécu en liberté conditionnelle pendant près de 40 ans sous un nom d'emprunt. Le juge Robins a estimé que, dans les circonstances, il convenait de verser à M. Truscott 250 000 \$ par année d'incarcération et 100 000 \$ par année en libération conditionnelle. Étant donné que les deux ordres de gouvernement étaient concernés pratiquement depuis le début, le juge Robins a considéré que les deux devaient assumer à parts égales le coût de l'indemnité : *Dans l'affaire de Steven Truscott*, p. 53.

[153] Comme le note la Cour d'appel, les sommes accordées dans les affaires Marshall, Sophonow et Truscott font suite aux recommandations d'organes consultatifs. Elles ne résultent pas de condamnations judiciaires et elles reposent sur des considérations très différentes de celles qui sont à la base de l'adjudication de dommages-intérêts : décision C.A., par. 222. Seule l'indemnité fixée dans *Proulx* découle d'un processus judiciaire. De surcroît, tous ces cas se distinguent de la présente affaire du fait qu'ils impliquent le crime beaucoup plus grave de meurtre et que, dans presque chacun d'eux, la période d'incarcération a été plus longue.

[154] Par ailleurs, nous constatons que, suivant les termes de la transaction, le PGQ n'a versé à M. Hinse qu'un montant de 1 100 000 \$ pour ce chef de dommages, alors que celui-ci en réclamait 3 000 000 \$ à ce titre du PGQ et du PGC, solidairement. Nous reconnaissons qu'il faut faire preuve de prudence en comparant les montants fixés à la suite de transactions à ceux résultant de condamnations judiciaires. Néanmoins, dans ce cas-ci, M. Hinse et le PGQ ont chiffré le montant lié à ce chef de dommages dans leur entente, et ce, une fois la preuve close de part et d'autre. Nous voyons mal pourquoi le gouvernement fédéral devrait être condamné à payer des dommages-intérêts en compensation du préjudice non pécuniaire plus élevés que ceux versés par la province dans les circonstances de ce dossier. Même s'il y avait eu faute du Ministre, il nous apparaît difficile de justifier en quoi cette faute serait de gravité égale ou même supérieure à celles commises par Mont-Laurier et le PGQ en ce

criminal prosecution that led to Mr. Hinse's wrongful conviction and imprisonment. At the very most, such a fault would have prolonged the damage already caused by the town and the AGQ.

[155] In our opinion, therefore, an order that the AGC pay \$1,900,000 after the AGQ had paid \$1,100,000 under the same head of damages would be disproportionate. In a civil liability case, the court's primary objective is to compensate the plaintiff for damage he or she has suffered, not to punish the debtor.

(3) Punitive Damages

(a) *Reference in the C.L.P.A. to Provincial Law*

[156] Poulin J. ordered the AGC to pay Mr. Hinse \$2,500,000 in punitive damages under s. 49 of the *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12 ("Charter"). Section 3 *C.L.P.A.* provides that the federal Crown is liable for damages for which, if it were a person, it would be liable for the purpose of assessing damage caused by the fault of a servant of the Crown. According to s. 2 *C.L.P.A.*, "liability" means "extracontractual civil liability" in the Quebec context. It must therefore be determined whether this reference in the *C.L.P.A.* encompasses the remedy of punitive damages provided for in the *Charter*. This question does not appear to have been answered by the courts. We are of the opinion that it must be answered in the affirmative.

[157] First, when Parliament enacted the *Crown Liability Act*, the predecessor to the *C.L.P.A.*, in 1953, the intention was "to make the federal crown liable to the full extent to which a person in a private capacity would be liable under the provincial law": *House of Commons Debates*, vol. IV, 7th Sess., 21st Parl., March 26, 1953, at p. 3330; see also s. 3(1) of the *Crown Liability Act*. Under the *C.L.P.A.*, the Crown continues to be liable for damages for which, if it were a person, it would be liable in respect of damage caused by the fault of a servant of the Crown, the word "person" meaning a natural person of full age and capacity: ss. 3 and 2.1.

qui concerne l'arrestation, l'enquête policière et la poursuite criminelle qui ont mené à la condamnation et l'incarcération injustifiée de M. Hinse. Tout au plus, cette faute n'aurait eu pour effet que de prolonger le préjudice déjà causé par la ville et le PGQ.

[155] Condamner le PGC à verser 1 900 000 \$, alors que le PGQ a versé 1 100 000 \$ pour ce même chef de dommages, nous apparaît en conséquence démesuré. L'objectif premier d'une décision judiciaire en matière de responsabilité civile est d'indemniser le demandeur pour le préjudice subi, non de punir le débiteur.

(3) Domages-intérêts punitifs

a) *Le renvoi au droit provincial dans la L.R.C.É.*

[156] La juge Poulin a condamné le PGC à verser 2 500 000 \$ à M. Hinse à titre de dommages-intérêts punitifs en vertu de l'art. 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (« Charte »). En matière de responsabilité, l'art. 3 *L.R.C.É.* assimile l'État fédéral à une personne aux fins d'évaluation du préjudice causé par la faute de ses préposés. Aux termes de l'art. 2 de cette loi, la « responsabilité » s'entend de la « responsabilité civile extracontractuelle » au Québec. Il faut donc déterminer si ce renvoi par la *L.R.C.É.* englobe le recours en dommages-intérêts punitifs prévu par la *Charte*. Cette question ne semble pas avoir été tranchée par la jurisprudence. Nous sommes d'avis qu'il faut y répondre par l'affirmative.

[157] Premièrement, en 1953, le Parlement a adopté la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, l'ancêtre de la *L.R.C.É.*, avec l'objectif « de rendre la Couronne fédérale aussi pleinement responsable que peut l'être une personne qui, à titre de particulier, serait responsable sous le régime de la loi provinciale » : *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 7^e sess., 21^e lég., 26 mars 1953, p. 3520; voir aussi le par. 3(1) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*. Suivant la *L.R.C.É.*, en matière de responsabilité, l'État continue d'être assimilé à une personne pour le dommage causé par la faute de ses préposés, le mot « personne » s'entendant d'une personne physique majeure et capable : art. 3 et 2.1.

[158] Second, as can be seen from the language used in the *C.L.P.A.* and from its bijural nature, Parliament has referred to the applicable provincial law in very general terms: extracontractual civil liability in Quebec and liability in tort in any other province. Even before 1953, this Court [TRANSLATION] “had already held that the suppletive law in delict and in tort is the law of the place where the right of action arose”: P. Garant, with the collaboration of P. Garant and J. Garant, *Droit administratif* (6th ed. 2010), at p. 913. The applicable provincial law to which the *C.L.P.A.* refers includes not only the relevant articles of the *C.C.Q.*, but also all the provincial statutes that modify the liability law of the province where the cause of action arose, including the *Charter*: see s. 8.1 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21; Hogg, Monahan and Wright, at p. 436.

[159] Third, although it is true that there is a “purist” view according to which the concept of punitive damages does not exist in the traditional civil law (see, e.g., *Chaput v. Romain*, [1955] S.C.R. 834, at p. 841; Baudouin, Deslauriers and Moore, at No. 1-373), the awarding of such damages has been permitted in Quebec civil law in certain circumstances for many years: see, e.g., the *Tree Protection Act*, CQLR, c. P-37. In addition, at the time of the reform of the *C.C.Q.*, the draft *Civil Code of Québec* provided that punitive damages could be widely awarded in cases involving gross or intentional fault: Baudouin, Deslauriers and Moore, at No. 1-373. Although the legislature ultimately abandoned this idea, punitive damages are now referred to in art. 1621 *C.C.Q.*, but they remain an exceptional remedy given that they can be awarded only where they are expressly provided for by law: *de Montigny v. Brossard (Succession)*, 2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64, at para. 48; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345, at para. 20.

[160] In our opinion, the scheme established by the *Charter* in this regard can be seen as complementing the rules of extracontractual liability. The

[158] Deuxièmement, comme en témoigne le libellé de la *L.R.C.É.* et sa formulation bijuridique, le législateur fédéral renvoie au droit provincial applicable en termes très généraux : il s’agit de la responsabilité civile extracontractuelle au Québec et de la responsabilité délictuelle dans les autres provinces. Même avant 1953, notre Cour « avait déjà jugé que le droit supplétif en matière délictuelle est celui du lieu où le droit d’action a pris naissance » : P. Garant, avec la collaboration de P. Garant et J. Garant, *Droit administratif* (6^e éd. 2010), p. 913. Le droit provincial applicable auquel se réfère la *L.R.C.É.* inclut non seulement les articles pertinents du *C.c.Q.*, mais aussi toutes les lois provinciales modifiant le droit de la responsabilité de la province où la cause d’action est née, y compris la *Charte* : voir art. 8.1 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21; Hogg, Monahan et Wright, p. 436.

[159] Troisièmement, il est vrai que, selon une certaine vision « puriste », le droit civil traditionnel ne reconnaît pas les dommages-intérêts punitifs : voir, p. ex., *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834, p. 841; Baudouin, Deslauriers et Moore, n° 1-373. Par contre, le droit civil québécois permet depuis plusieurs années d’accorder de tels dommages-intérêts dans certaines circonstances : voir, notamment, la *Loi sur la protection des arbres*, RLRQ, c. P-37. De plus, lors de la réforme du *C.c.Q.*, l’avant-projet du *Code civil du Québec* prévoyait que des dommages-intérêts punitifs pouvaient être attribués généralement en cas de faute lourde ou intentionnelle : Baudouin, Deslauriers et Moore, n° 1-373. Même si le législateur a finalement abandonné cette idée, la notion de dommages-intérêts punitifs se retrouve dorénavant à l’art. 1621 *C.c.Q.*, mais ils conservent un caractère exceptionnel puisqu’ils ne peuvent être accordés que si une loi l’autorise expressément : *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64, par. 48; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, par. 20.

[160] À notre avis, le régime établi à cet égard par la *Charte* peut être considéré comme un complément des règles de responsabilité extracontractuelle.

Charter [TRANSLATION] “has the effect of complementing the protection afforded by the Civil Code by creating a new remedy that enables victims to claim punitive damages that are not available under the [Civil] Code”: L. Perret, “De l’impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec” (1981), 12 *R.G.D.* 121, at p. 170.

[161] Thus, the scheme of punitive damages provided for in s. 49 of the *Charter* is not distinct from and inconsistent with the rules of extracontractual civil liability. Rather, they contribute to this area of the law without being totally subsumed by it. The two sets of rules intersect at several levels, but the remedy under s. 49 is not entirely subordinate to the conditions for civil liability. It can constitute an autonomous scheme that creates remedies that are not based in civil liability: *de Montigny*, at para. 44; *Cinar*, at para. 124; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 SCC 30, [2004] 1 S.C.R. 789, at para. 26.

[162] Before the *Charter* came into force in 1976, fundamental rights were protected by the civil liability provisions of the *C.C.L.C.* And [TRANSLATION] “the civil law concept of fault is an extremely flexible one that affords protection to individuals in all spheres”: Perret, at p. 124; L. LeBel, “La protection des droits fondamentaux et la responsabilité civile” (2004), 49 *McGill L.J.* 231, at p. 235. In the instant case, the alleged wrongful conduct essentially occurred before the *C.C.Q.* came into force. The preliminary provision of the *C.C.Q.* now expressly provides that the *C.C.Q.*, “in harmony with the Charter . . . and the general principles of law, governs persons, relations between persons, and property”. The *C.C.L.C.* lacked equivalents for both the preliminary provision and art. 1621 of the *C.C.Q.*, but we are nevertheless of the opinion that this does not affect our analysis. Although these provisions attest to the relationship between the *Charter* and the *C.C.Q.*, they do not create that relationship and are therefore not essential to our conclusion.

La *Charte* « a pour effet de compléter la protection offerte par le Code civil en créant un nouveau recours permettant à la victime de réclamer des dommages punitifs que n’offre pas le Code [civil] » : L. Perret, « De l’impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec » (1981), 12 *R.G.D.* 121, p. 170.

[161] Ainsi, le régime de dommages-intérêts punitifs prévu à l’art. 49 de la *Charte* n’est pas distinct du régime de la responsabilité civile extracontractuelle et incompatible avec celui-ci. Il contribue plutôt à ce droit, mais ne se confond pas totalement avec celui-ci. Les deux régimes se recoupent à plusieurs niveaux, mais le recours de l’art. 49 n’est pas entièrement subordonné aux conditions de la responsabilité civile. Il peut constituer un régime autonome donnant lieu à des réparations qui ne relèvent aucunement de la responsabilité civile : *de Montigny*, par. 44; *Cinar*, par. 124; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789, par. 26.

[162] Avant l’entrée en vigueur de la *Charte* en 1976, c’était le régime de la responsabilité civile du *C.c.B.-C.* qui protégeait les droits fondamentaux, et, « en droit civil, la notion de faute est une notion extrêmement flexible, qui permet d’assurer la protection des individus dans tous les domaines » : Perret, p. 124; L. LeBel, « La protection des droits fondamentaux et la responsabilité civile » (2004), 49 *R.D. McGill* 231, p. 235. En l’espèce, le comportement fautif allégué s’est déroulé pour l’essentiel avant l’entrée en vigueur du *C.c.Q.* Il est vrai que la disposition préliminaire du *C.c.Q.* prévoit maintenant expressément que ce dernier « régit, en harmonie avec la Charte [. . .] et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens ». Néanmoins, nous sommes d’avis que l’absence d’équivalent de la disposition préliminaire ou de l’art. 1621 *C.c.Q.* dans le *C.c.B.-C.* n’affecte pas notre analyse. Bien qu’elles témoignent du rapport entre la *Charte* et le *C.c.Q.*, ces dispositions ne le créent pas et ne sont donc pas essentielles à notre conclusion.

[163] For these reasons, we conclude that the reference in the *C.L.P.A.* to provincial law encompasses the remedy of punitive damages provided for in the *Charter*. We would add that since punitive damages are also available in the law of the common law provinces, this conclusion favours a more uniform application of the law of Crown liability across the country. Having resolved this preliminary issue, we will now consider whether it was appropriate to award such damages in this case.

(b) *Award of Punitive Damages*

[164] Section 49 of the *Charter* provides that, “[i]n case of unlawful and intentional interference, the tribunal may, in addition, condemn the person guilty of it to punitive damages.” This Court explained what “unlawful and intentional interference” means in *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l’hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211:

Consequently, there will be unlawful and intentional interference within the meaning of the second paragraph of s. 49 of the *Charter* when the person who commits the unlawful interference has a state of mind that implies a desire or intent to cause the consequences of his or her wrongful conduct, or when that person acts with full knowledge of the immediate and natural or at least extremely probable consequences that his or her conduct will cause. This test is not as strict as specific intent, but it does go beyond simple negligence. Thus, an individual’s recklessness, however wild and foolhardy, as to the consequences of his or her wrongful acts will not in itself satisfy this test. [Emphasis added; para. 121.]

[165] In the instant case, given that the Ministers’ conduct cannot be equated with bad faith or serious recklessness, we cannot conclude that there was intentional interference. The evidence does not support a finding that the Ministers’ state of mind was such that they intended to harm Mr. Hinse or had knowledge of the adverse consequences their conduct would have for him. This stringent test was not met, and punitive damages should not have been awarded.

[163] Nous concluons de ce qui précède que le renvoi au droit provincial dans la *L.R.C.É.* englobe le recours en dommages-intérêts punitifs prévu par la *Charte*. Nous ajoutons que, comme ces dommages-intérêts font partie du droit des provinces de common law, cette conclusion favorise une application plus uniforme du droit de la responsabilité de l’État à l’échelle du pays. Cette question préliminaire réglée, abordons maintenant celle de savoir si l’allocation de tels dommages-intérêts était appropriée en l’espèce.

b) *L’adjudication des dommages-intérêts punitifs*

[164] L’article 49 de la *Charte* énonce qu’« [e]n cas d’atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages-intérêts punitifs. » Dans l’arrêt *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l’hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, notre Cour a précisé le sens d’une « atteinte illicite et intentionnelle » :

En conséquence, il y aura atteinte illicite et intentionnelle au sens du second alinéa de l’art. 49 de la *Charte* lorsque l’auteur de l’atteinte illicite a un état d’esprit qui dénote un désir, une volonté de causer les conséquences de sa conduite fautive ou encore s’il agit en toute connaissance des conséquences, immédiates et naturelles ou au moins extrêmement probables, que cette conduite engendrera. Ce critère est moins strict que l’intention particulière, mais dépasse, toutefois, la simple négligence. Ainsi, l’insouciance dont fait preuve un individu quant aux conséquences de ses actes fautifs, si déréglée et téméraire soit-elle, ne satisfera pas, à elle seule, à ce critère. [Nous soulignons; par. 121.]

[165] En l’occurrence, puisque le comportement des Ministres ne saurait être assimilé à de la mauvaise foi ou à de l’insouciance grave, nous ne pouvons conclure à une atteinte intentionnelle. La preuve ne permet pas d’affirmer que les Ministres ont agi avec un état d’esprit démontrant une volonté de nuire à M. Hinse ou avec une connaissance des conséquences nuisibles à ce dernier. Ce critère exigeant n’a pas été satisfait et les dommages-intérêts punitifs n’auraient pas dû être accordés.

(4) Extrajudicial Fees

[166] Finally, the trial judge concluded that the AGC's conduct had amounted to an abuse of process, and she ordered the AGC to pay Mr. Hinse \$100,000 for the fees paid to the first law firm he had retained: para. 230. She also awarded \$440,000 for services rendered by the firm that had replaced the first and with which Mr. Hinse had entered into a *pro bono* agreement: para. 240. To justify her decision to award this amount even though Mr. Hinse had not had to pay his lawyers, the trial judge relied on an Ontario judgment: para. 236, quoting *1465778 Ontario Inc. v. 1122077 Ontario Ltd.* (2006), 82 O.R. (3d) 757 (C.A.). She was of the opinion that it would be [TRANSLATION] "unfair for a person at fault to have the benefit of an agreement [concluded] for the purpose of helping out a victim": para. 239. However, she stated that in order to avoid unjust enrichment, such an award could be made only if there was an agreement under which the party was to remit the amount to his or her counsel: paras. 237-39. It should be pointed out that the total amount of the transaction with the AGQ — \$5.3 million — had included \$800,000 for Mr. Hinse's lawyers.

[167] The Court of Appeal reversed the trial judge's conclusion, finding that the AGC was entitled to answer the case against him given the amounts being claimed and the legal principles at issue. It found that the AGC had not shown bad faith in defending himself and that he had not taken multiple procedural steps or unnecessarily and improperly continued the proceedings. The Court of Appeal also cautioned against [TRANSLATION] "[in-discriminately] importing common law precedents" and stated that "[t]he judge wrongly referred to a case from Ontario case law to grant the claim, extrajudicial fees being different from costs": paras. 243-44.

[168] In *Viel v. Entreprises Immobilières du Terroir ltée*, [2002] R.J.Q. 1262, the Court of Appeal had confirmed that in Quebec law, it is only in exceptional cases that a party can be required to pay the fees of lawyers retained by the opposing party. Such compensation must be consistent with the

(4) Les honoraires extrajudiciaires

[166] Enfin, la juge de première instance a conclu que le PGC avait abusé de son droit d'ester en justice et elle l'a condamné à verser à M. Hinse un montant de 100 000 \$ pour les honoraires versés à ses premiers avocats : par. 230. Elle a également accordé une somme de 440 000 \$ pour les services rendus par le cabinet ayant succédé aux premiers avocats et avec lequel M. Hinse avait conclu une entente *pro bono* : par. 240. Pour justifier sa décision d'accorder ce montant alors que M. Hinse n'avait pas dû payer ses avocats, la juge s'est appuyée sur un jugement ontarien : par. 236, citant *1465778 Ontario Inc. c. 1122077 Ontario Ltd.* (2006), 82 O.R. (3d) 757 (C.A.). Elle s'est dite d'avis qu'il serait « injuste d'accorder à une personne fautive le bénéfice d'une convention intervenue dans le but de prêter main-forte à une victime » : par. 239. Elle a toutefois précisé qu'une entente prévoyant le paiement aux procureurs de la somme accordée à la partie était nécessaire pour éviter l'enrichissement injustifié : par. 237-239. Soulignons que le montant global de 5,3 millions de dollars de la transaction intervenue avec le PGQ incluait une somme de 800 000 \$ distraite au bénéfice des avocats de M. Hinse.

[167] La Cour d'appel a infirmé cette conclusion, estimant que le PGC était en droit de se défendre compte tenu des montants réclamés et des principes juridiques en cause. Elle a jugé que la contestation judiciaire du PGC n'était pas empreinte de mauvaise foi et que ce dernier n'avait pas multiplié les procédures ni poursuivi inutilement et abusivement le débat judiciaire. La Cour d'appel a également formulé une mise en garde contre les « importations sans nuance des précédents de common law » et a affirmé que « [l]a juge a eu tort de se référer à une jurisprudence ontarienne pour accorder cette réclamation, les honoraires extrajudiciaires étant différents des *costs* » : par. 243-244.

[168] Dans l'arrêt *Viel c. Entreprises Immobilières du Terroir ltée*, [2002] R.J.Q. 1262, la Cour d'appel a confirmé qu'en droit québécois, ce n'est qu'exceptionnellement qu'une partie peut être tenue de payer les honoraires d'avocats engagés par la partie adverse. Cette indemnisation doit satisfaire aux

general rules of civil liability: paras. 72-73. There must be a fault committed by the other party, damage, and a causal connection between the fault and the damage. In *Viel*, the Court of Appeal mentioned the distinction between an abuse on the merits and an abuse of process, and noted that only an abuse of process can justify awarding extrajudicial fees as damages:

[TRANSLATION] In theory, and save exceptional circumstances, the fees paid by one party to its attorney cannot, in my opinion, be considered direct damages that sanction abuse on the merits. There is no adequate causation between the fault (abuse on the merits) and the damage. Adequate causation corresponds to the event or events having a logical, direct and immediate relation with the origin of the injury suffered. . . .

Conversely, regardless of whether there is abuse on the merits, a party [whose conduct amounts to an abuse of process] causes injury to the opposing party, which, to combat the abuse, needlessly pays judicial fees to its attorney. In that event, there is an actual causation between the fault and the damage. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

(*Viel*, at paras. 77-79)

[169] Since *Viel*, the Quebec legislature has added provisions to the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25 (“*C.C.P.*”), that confirm the power of the courts to impose sanctions for improper use of procedure: see arts. 54.1 to 54.6. Article 54.4 *C.C.P.* provides that a court may, *inter alia*, “condemn a party to pay, in addition to costs, damages in reparation for the prejudice suffered by another party, including the fees and extrajudicial costs incurred by that party”.

[170] Thus, in Quebec, damages can be awarded in respect of extrajudicial fees in cases of abuse of process in order to compensate a party who has suffered damage resulting from the fault of the other party. In the common law provinces, costs are traditionally awarded to indemnify the successful party for expenses incurred either in defending an

règles générales de la responsabilité civile : par. 72-73. Il faut être en présence d’une faute commise par l’autre partie, d’un préjudice et d’un lien causal entre les deux. La Cour d’appel y traite de la distinction entre l’abus sur le fond et l’abus d’ester en justice, le second étant le seul qui permette l’adjudication d’honoraires extrajudiciaires à titre de dommages-intérêts :

En principe, et sauf circonstances exceptionnelles, les honoraires payés par une partie à son avocat ne peuvent, à mon avis, être considérés comme un dommage direct qui sanctionne un abus sur le fond. Il n’existe pas de lien de causalité adéquat entre la faute (abus sur le fond) et le dommage. La causalité adéquate correspond à ou aux événements ayant un rapport logique, direct et immédiat avec l’origine du préjudice subi. . . .

À l’inverse, peu importe qu’il y ait abus ou non sur le fond, une partie qui abuse de son droit d’ester en justice causera un dommage à la partie adverse, qui, pour combattre cet abus, paie inutilement des honoraires judiciaires à son avocat. Il y a, dans ce cas, un véritable lien de causalité entre la faute et le dommage. [Nous soulignons; italique dans l’original omis.]

(*Viel*, par. 77-79)

[169] Depuis cette décision, le législateur québécois a ajouté au *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25 (« *C.p.c.* »), certaines dispositions qui confirment le pouvoir des tribunaux de sanctionner les abus de procédure : voir art. 54.1 à 54.6. En vertu de l’art. 54.4 *C.p.c.*, le tribunal peut notamment « condamner une partie à payer, outre les dépens, des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par une autre partie, notamment pour compenser les honoraires et débours extrajudiciaires que celle-ci a engagés ».

[170] En conséquence, au Québec, en cas d’abus de procédure, des dommages-intérêts peuvent être accordés au titre des honoraires extrajudiciaires, dans le but d’indemniser la partie qui subit un préjudice résultant de la faute de l’autre partie. Dans les provinces de common law, les dépens (« *costs* ») sont traditionnellement accordés dans le but d’indemniser la

unfounded claim (if the successful party is the defendant) or in pursuing a valid legal right (if the plaintiff prevails): see, e.g., *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371, at para. 21; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at p. 135. This Court has pointed out that at common law, the modern rules with respect to costs have objectives that are not limited to compensation. For example, an order as to costs could penalize a party who has refused a reasonable settlement offer. It could also be used to sanction conduct that increased the duration or the expense of litigation, or that was otherwise unreasonable or vexatious: *Okanagan Indian Band*, at para. 25. In the common law provinces, therefore, the purpose of costs is not limited to compensation, but also includes repression. In this sense, costs differ from an order to pay extrajudicial fees as damages in Quebec law. These differences must be taken into account when considering judgments on these issues from the other provinces.

[171] The trial judge did not refer to any Quebec cases in which extrajudicial fees had been awarded in respect of *pro bono* representation. Rather, she turned to the case law of the Ontario Court of Appeal, which has stated on various occasions that a *pro bono* representation agreement is no bar to an award of costs: see, *inter alia*, *1465778 Ontario Inc.; Human Rights Commission (Ont.) v. Brillinger* (2004), 185 O.A.C. 366; *Reynolds v. Kingston (Police Services Board)*, 2007 ONCA 375, 86 O.R. (3d) 43. Since costs at common law are different in nature from extrajudicial fees in Quebec law, the comparison was inappropriate.

[172] In this Court, the appellant relies on art. 1608 *C.C.Q.* in support of the awarding of extrajudicial fees in an abuse of process case despite the existence of a *pro bono* agreement. This is the first time art. 1608 has been raised in this context. It reads as follows:

partie gagnante des dépenses qu'elle a engagées soit pour se défendre contre une action sans fondement (si le défendeur obtient gain de cause), soit pour faire reconnaître un droit valide (si le demandeur obtient gain de cause) : voir, p. ex., *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371, par. 21; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, p. 135. Notre Cour a reconnu qu'en common law les règles modernes d'attribution des dépens visent des objectifs qui ne se limitent pas à l'indemnisation. Une telle ordonnance peut par exemple pénaliser la partie qui a refusé une offre de règlement raisonnable. Elle peut aussi servir à sanctionner des conduites qui ont prolongé la durée du litige, qui en ont augmenté le coût ou qui sont par ailleurs déraisonnables ou vexatoires : *Bande indienne Okanagan*, par. 25. Ainsi, dans les provinces de common law, les dépens n'ont plus seulement un caractère indemnitaire mais aussi un objectif répressif. En ce sens, ils diffèrent de la condamnation au paiement des honoraires extrajudiciaires sous forme de dommages-intérêts en droit québécois. Il faut tenir compte de ces distinctions dans l'analyse des jugements des autres provinces sur ces questions.

[171] La juge de première instance n'a recensé aucune décision québécoise sur l'attribution d'honoraires extrajudiciaires en cas de représentation *pro bono*. Elle s'est tournée vers la jurisprudence de la Cour d'appel de l'Ontario, laquelle a affirmé à diverses reprises qu'une entente de représentation *pro bono* n'empêche pas l'adjudication de dépens : voir entre autres *1465778 Ontario Inc.; Human Rights Commission (Ont.) c. Brillinger* (2004), 185 O.A.C. 366; *Reynolds c. Kingston (Police Services Board)*, 2007 ONCA 375, 86 O.R. (3d) 43. Puisque la nature des dépens en common law diffère de celle des honoraires extrajudiciaires en droit québécois, la comparaison n'était pas appropriée.

[172] Devant notre Cour, l'appelant s'appuie sur l'art. 1608 *C.c.Q.* pour défendre l'adjudication d'honoraires extrajudiciaires en cas d'abus de procédure, et ce, même en présence d'une entente *pro bono*. C'est la première fois que cet article est invoqué dans ce contexte. Il prévoit ceci :

1608. The obligation of the debtor to pay damages to the creditor is neither reduced nor altered by the fact that the creditor receives a benefit from a third person, as a result of the injury he has suffered, except so far as the third person is subrogated to the rights of the creditor.

[173] The interveners Centre Pro Bono Québec and Pro Bono Law Ontario submit that this is exactly what happened in the situation now before us: counsel, acting on a *pro bono* basis, indemnified the victim of an abuse of process for the injury he sustained, and this intervention by a third person did not release the debtor from his obligation to make reparation for the injury. The AGC disputes this assertion, arguing that the damage that is normally compensable by an order to pay extrajudicial fees in a case of abuse of process is non-existent when representation is without cost. A party that is the victim of such an abuse cannot be a “creditor” within the meaning of art. 1608 *C.C.Q.*

[174] On its face, the AGC’s argument is appealing. The Court of Appeal held in *Viel* that the damage sustained by a party as a result of an abuse of process is the obligation to pay unnecessary legal fees: para. 79. If there is a *pro bono* agreement, the victim of the abuse of process pays no fees to his or her counsel (subject to the particulars of the agreement in each case). On the basis of this reasoning, given that the victim of the abuse of process has suffered no damage, he or she cannot be a creditor of the party whose conduct constituted such an abuse.

[175] However, if this were true in the case of an abuse of process, it would also have to be true in the other situations to which art. 1608 *C.C.Q.* applies. A person who suffers an injury caused by the fault of another person but receives an indemnity or a benefit from a third person under a contract of insurance or a contract of employment has not really suffered an injury either. But it is clear from the commentary of the Minister of Justice from the time of enactment of the *C.C.Q.* that it is to that type of situation in particular that art. 1608 *C.C.Q.* applies:

1608. L’obligation du débiteur de payer des dommages-intérêts au créancier n’est ni atténuée ni modifiée par le fait que le créancier reçoive une prestation d’un tiers, par suite du préjudice qu’il a subi, sauf dans la mesure où le tiers est subrogé aux droits du créancier.

[173] Les intervenants Centre Pro Bono Québec et Pro Bono Law Ontario plaident que c’est exactement ce qui se produit dans la situation qui nous intéresse : l’avocat qui agit *pro bono* indemnise la victime d’un abus du droit d’ester en justice du préjudice qu’elle subit et cette intervention d’un tiers ne libère pas le débiteur de l’obligation de réparer ce préjudice. Le PGC conteste cette affirmation : le préjudice normalement indemnisable par une condamnation au paiement des honoraires extrajudiciaires en cas d’abus de procédure est inexistant lorsque la représentation est gratuite. La partie victime de l’abus ne peut être un « créancier » au sens de l’art. 1608 *C.c.Q.*

[174] À première vue, l’argument du PGC est séduisant. Dans *Viel*, la Cour d’appel a établi que le dommage subi par la partie victime d’un abus de procédure est l’obligation de payer inutilement des honoraires d’avocats : par. 79. S’il y a entente *pro bono*, la partie victime de l’abus de droit ne paie aucun honoraire à ses avocats (sous réserve des détails de l’entente dans chaque cas). Suivant ce raisonnement, comme la partie victime de l’abus de droit ne subit pas de dommage, elle ne saurait être créancière de la partie qui a commis l’abus.

[175] Toutefois, si on concluait de la sorte pour l’abus du droit d’ester en justice, il faudrait en faire de même pour les autres situations visées par l’art. 1608 *C.c.Q.* La personne qui subit un dommage par la faute d’une autre personne, mais reçoit une indemnité ou une prestation d’un tiers en vertu d’un contrat d’assurance ou d’un contrat de travail, ne subit pas réellement de préjudice non plus. Or, les commentaires du ministre de la Justice lors de l’adoption du *C.c.Q.* sont clairs; c’est notamment ce genre de situations que vise l’art. 1608 *C.c.Q.* :

[TRANSLATION] [This article] is intended to resolve the question of whether the obligation on a debtor to compensate can be reduced or altered by payments made to the creditor by a third party, whether those payments are gratuitous or for consideration. This would be the case if, for example, without being required to do so, the creditor's employer continued to pay him his salary while he was unable to work; it would also be the case if the creditor's insurer paid him, in his capacity as an insured, the proceeds of an insurance policy he had taken out.

Giving a negative answer to this question may sometimes result in giving the creditor double compensation — what he receives from the third party and what he is paid by the debtor — and so conferring an enrichment on him; such an answer may also seem contrary to the principle of compensation for injury, since in some cases the injury may no longer exist as the third party may have already given compensation for it.

On the other hand, an affirmative answer seems contrary to the preventive function of the obligation to compensate, and may also lead to the somewhat disturbing result of relieving the debtor of any obligation to compensate solely as the result of the good will of a third party or the creditor's foresight in protecting himself at his own expense against the possibility of the injury.

The article comes down in favour of a negative answer to this question of whether the debtor's obligation to compensate may be reduced or altered by payments the creditor receives from a third party; but so as to avoid the principal cases in which double compensation would result, it expressly excludes situations where the third party is legally or by agreement subrogated to the creditor's rights.

This is the solution which seems fairest in the circumstances, especially as most of the payments made by third parties — social security indemnities, insurance payments or payments resulting from collective labour agreements — are not really in the nature of an indemnity and in any case are not meant to compensate for the injury sustained by the creditor. [Emphasis added.]

(Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. I, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), at p. 994)

[176] We are aware that the drafting of art. 1608 *C.C.Q.* may have left something to be desired: “. . . that the creditor receives a benefit from a third person, as a result of the injury he has suffered . . .”

[Cet article] vise à régler la question de savoir si l'obligation de réparer qui pèse sur le débiteur peut être atténuée ou modifiée par des prestations versées au créancier par un tiers, que ces versements soient à titre gratuit ou à titre onéreux. Telle serait la situation si, par exemple, l'employeur du créancier continuait, sans y être tenu, de lui verser son salaire pendant son incapacité; telle serait aussi la situation, si l'assureur du créancier lui versait, en sa qualité d'assuré, le produit d'une assurance qu'il a souscrite.

Donner une réponse négative à cette question peut parfois conduire à faire bénéficier le créancier d'une double indemnité — celle qu'il reçoit du tiers et celle que lui verse le débiteur — et donc à lui procurer un enrichissement; une telle réponse peut aussi paraître contraire au principe de la réparation du préjudice, puisque le préjudice risque, en certains cas, de ne plus exister, ayant déjà été indemnisé par le tiers.

En revanche, une réponse affirmative paraît contraire au rôle préventif de l'obligation de réparer et, de plus, peut conduire au résultat, assez choquant, d'exonérer le débiteur de toute obligation de réparation, uniquement par suite de la bienveillance d'un tiers ou de la prévoyance du créancier qui s'est prémuni, à ses frais, contre l'éventualité du préjudice.

L'article tranche en faveur d'une réponse négative à cette question de savoir si l'obligation de réparer du débiteur peut être atténuée ou modifiée par les prestations que reçoit le créancier de tiers; mais, afin d'éviter les principaux cas donnant ouverture à une double indemnisation, elle fait expressément la réserve des situations où le tiers est subrogé, légalement ou conventionnellement, aux droits du créancier.

Il s'agit là de la solution qui paraît la plus juste, dans les circonstances, d'autant plus que la plupart des prestations versées par des tiers — indemnités de sécurité sociale, d'assurance, ou résultant des conventions collectives de travail — ne présentent pas un caractère indemnitaire véritable et, en tout cas, ne sont pas destinées à réparer le préjudice subi par le créancier. [Nous soulignons.]

(Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), p. 994)

[176] Nous reconnaissons que la rédaction de l'art. 1608 *C.c.Q.* n'est peut-être pas des plus heureuses : « . . . que le créancier reçoive une prestation d'un tiers, par suite du préjudice qu'il a subi . . . »

However, the legislature's intent is unambiguous, and we must give effect to it. Moreover, this interpretation is consistent with art. 1440 *C.C.Q.*:

1440. A contract has effect only between the contracting parties; it does not affect third persons, except where provided by law.

[177] Litigants are required to refrain from conduct that would amount to an abuse of process. A litigant who defaults on this obligation commits a fault and may be ordered to pay damages. By virtue of art. 1608 *C.C.Q.*, the litigant's obligation to pay damages to the other party is neither reduced nor altered by the fact that the latter received a gratuitous benefit from his or her counsel. The rationale for art. 1608 *C.C.Q.*, which is explained in the Minister of Justice's commentary, applies with equal force in a case of abuse of process: damages must be allowed to fully perform their preventive function, and a person who causes an "injury" must not be exempted from liability.

[178] Article 1608 *C.C.Q.* also attests to the legislature's intention not to relieve debtors of their obligation to compensate even if this may result in double recovery for the victim. The legislature chose to exclude cases involving subrogation, as they are the ones that most often give rise to double recovery. The courts must defer to that choice. This means that, contrary to what the trial judge said, it is not necessary for the *pro bono* agreement to stipulate that any extrajudicial fees that might be awarded are to be paid to counsel. It is up to the parties and their counsel to negotiate the particulars of such agreements.

[179] Having made these clarifications, we will now consider the trial judge's finding that the AGC's conduct in this case amounted to an abuse of process. In particular, she stressed the fact that the AGC had

– insisted that Mr. Hinse prove every little detail;

Mais l'intention du législateur ne fait aucun doute et nous devons lui donner effet. Cette interprétation est en outre conforme à l'art. 1440 *C.c.Q.* :

1440. Le contrat n'a d'effet qu'entre les parties contractantes; il n'en a point quant aux tiers, excepté dans les cas prévus par la loi.

[177] Les parties à un litige sont tenues de ne pas commettre d'abus de procédures. Si elles manquent à cette obligation, elles commettent une faute et le tribunal peut les condamner à des dommages-intérêts. Suivant l'art. 1608 *C.c.Q.*, leur obligation de payer des dommages-intérêts à l'autre partie n'est ni atténuée ni modifiée par le fait que celle-ci reçoive une prestation à titre gratuit de ses avocats. La raison d'être de l'art. 1608 *C.c.Q.*, qui est explicitée dans les commentaires du ministre de la Justice, vaut tout autant dans les cas d'abus de procédure : il importe de permettre aux dommages-intérêts de jouer pleinement leur rôle préventif et de ne pas soustraire l'auteur d'un « préjudice » à sa responsabilité.

[178] L'article 1608 *C.c.Q.* témoigne par ailleurs de la volonté du législateur de ne pas décharger le débiteur de son obligation de réparation, même si cela peut entraîner une double indemnisation de la victime. Le législateur a choisi d'exclure les cas où il y a subrogation, car ceux-ci constituent les principales situations entraînant une double indemnisation. Les tribunaux doivent respecter ce choix. Il n'est donc pas nécessaire, contrairement à ce qu'a dit la première juge, que l'entente *pro bono* contienne une clause de versement aux avocats des honoraires extrajudiciaires susceptibles d'être obtenus. C'est aux parties et à leurs avocats qu'il appartient de négocier le détail de ces ententes.

[179] Ces précisions apportées, examinons maintenant la conclusion de la première juge selon laquelle il y a eu abus de procédure de la part du PGC en l'espèce. En particulier, elle lui a reproché d'avoir

– insisté pour que M. Hinse fasse sa preuve dans les moindres détails;

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> – refused to give him certain documents; – faulted Mr. Hinse for failing to call the decision makers who had played a role in his case to testify before the court; – repeatedly stated that it was up to Mr. Hinse to discharge his burden of proof; – blindly endorsed the theory of his own experts; – waited until November 2, 2010, the first day of the trial, to acknowledge that Mr. Hinse was the victim of a miscarriage of justice; – refused to allow the report of the Commission de police to be filed in the record; and – contended that the witnesses who provided the “new evidence” adduced in the Court of Appeal that led to the stay of proceedings in June 1994 should be heard (para. 226). | <ul style="list-style-type: none"> – refusé de lui fournir certains documents; – reproché à M. Hinse de ne pas avoir convoqué devant le tribunal les décideurs qui ont joué un rôle dans son dossier; – répété que c’est à ce dernier qu’il appartient de remplir son fardeau de preuve; – épousé sans distinction la thèse que ses experts ont présentée; – reconnu le 2 novembre 2010 uniquement, soit au premier jour du procès, que M. Hinse a été victime d’une erreur judiciaire; – refusé que soit déposé au dossier le mémoire de la Commission de police; et – prétendu que les témoins, de qui proviennent la « preuve nouvelle » présentée devant la Cour d’appel qui a conduit à l’arrêt des procédures en juin 1994, devraient être entendus (par. 226). |
|---|--|

[180] Like the Court of Appeal, however, we can see no abuse of process in the AGC’s conduct. It is true that the position taken by Dr. Chamberland, a psychiatric expert, that the effects of Mr. Hinse’s incarceration had been “beneficial” was unfortunate; the AGC should have disassociated himself from it. But this on its own does not amount to an abuse of process. The AGC did not multiply proceedings in an unreasonable manner or call unnecessary witnesses. He did not use procedural mechanisms excessively or unreasonably, nor did he act in bad faith or recklessly. The law on the federal Crown’s liability for a fault committed by the Minister in exercising his or her power of mercy was far from clear at the time of the dispute. It was reasonable and appropriate for the AGC to contest the appellant’s action and raise the defence that he did. The trial judge committed a palpable and overriding error in finding that there had been an abuse of process in the context of this case. The appellant was not entitled to the extrajudicial fees that were awarded.

[180] À l’instar de la Cour d’appel, nous ne décelons aucun abus de procédure dans le comportement du PGC. Il est vrai que la position de l’expert psychiatre Chamberland sur les effets soi-disant bénéfiques de l’incarcération de M. Hinse est malheureuse; le PGC aurait dû s’en dissocier. Cependant, cela n’est pas suffisant en soi pour constituer un abus de procédure. Le PGC n’a pas multiplié les actes de procédure de façon déraisonnable ou présenté des témoins inutilement. Il n’a pas utilisé les mécanismes procéduraux de manière excessive ou déraisonnable, ni agi de mauvaise foi ou fait preuve de témérité. L’état du droit sur la responsabilité de la Couronne fédérale en cas de faute du Ministre dans l’exercice de son pouvoir de clémence était loin d’être certain au moment du litige. Il était raisonnable et approprié pour le PGC de contester l’action de l’appellant et d’invoquer la défense qu’il a présentée. La juge a commis une erreur manifeste et déterminante en concluant à un abus de procédure dans le contexte de ce dossier. L’appellant n’avait pas droit aux honoraires extrajudiciaires accordés.

V. Disposition

[181] There is no denying that the miscarriage of justice of which Mr. Hinse was a victim is most regrettable. However, in the absence of bad faith or serious recklessness on the Minister's part, and of a causal connection between his actions and the alleged damage, Mr. Hinse's action against the AGC must fail. We would dismiss the appeal without costs, as the Court of Appeal did.

APPENDIX

Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51 (first application)

596. [Powers of Minister of Justice] The Minister of Justice may, upon an application for the mercy of the Crown by or on behalf of a person who has been convicted in proceedings by indictment,

(a) direct, by order in writing, a new trial before any court that he thinks proper, if after inquiry he is satisfied that in the circumstances a new trial should be directed;

(b) refer the matter at any time to the court of appeal for hearing and determination by that court as if it were an appeal by the convicted person; or

(c) refer to the court of appeal at any time, for its opinion, any question upon which he desires the assistance of that court, and the court shall furnish its opinion accordingly.

Criminal Law Amendment Act, 1968-69, S.C. 1968-69, c. 38

62. Section 596 of the said Act is repealed and the following substituted therefor:

596. [Powers of Minister of Justice] The Minister of Justice may, upon an application for the mercy of the Crown by or on behalf of a person who has been convicted in proceedings by indictment or who has been sentenced to preventive detention under Part XXI,

(a) direct, by order in writing, a new trial or, in the case of a person under sentence of preventive detention, a new hearing, before any court that he thinks

V. Dispositif

[181] L'erreur judiciaire dont a été victime M. Hinse est certes des plus regrettables. Toutefois, en l'absence de mauvaise foi ou d'insouciance grave de la part du Ministre et de lien causal entre ses agissements et les dommages allégués, le recours de M. Hinse contre le PGC est mal fondé. Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi, sans dépens comme a décidé la Cour d'appel.

ANNEXE

Code criminel, S.C. 1953-54, c. 51 (première demande)

596. [Pouvoirs du ministre de la Justice] Sur une demande de clémence de la Couronne, faite par ou pour une personne qui a été condamnée à la suite de procédures sur un acte d'accusation, le ministre de la Justice peut

a) prescrire, au moyen d'une ordonnance écrite, un nouveau procès devant une cour qu'il juge appropriée, si, après enquête, il est convaincu que, dans les circonstances, un nouveau procès devrait être prescrit;

b) à toute époque, déférer la cause à la cour d'appel pour audition et décision par cette cour comme s'il s'agissait d'un appel interjeté par la personne condamnée; ou

c) à toute époque, soumettre à la cour d'appel, pour connaître son opinion, toute question sur laquelle il désire l'assistance de cette cour, et la cour doit donner son opinion en conséquence.

Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal, S.C. 1968-69, c. 38

62. L'article 596 de ladite loi est abrogé et remplacé par ce qui suit :

596. [Pouvoirs du ministre de la Justice] Sur une demande de clémence de la Couronne, faite par ou pour une personne qui a été condamnée à la suite de procédures sur un acte d'accusation ou qui a été condamnée à la détention préventive en vertu de la Partie XXI, le ministre de la Justice peut

a) prescrire, au moyen d'une ordonnance écrite, un nouveau procès ou, dans le cas d'une personne condamnée à la détention préventive, une nouvelle

proper, if after inquiry he is satisfied that in the circumstances a new trial or hearing, as the case may be, should be directed;

(b) refer the matter at any time to the court of appeal for hearing and determination by that court as if it were an appeal by the convicted person or the person under sentence of preventive detention, as the case may be; or

(c) refer to the court of appeal at any time, for its opinion, any question upon which he desires the assistance of that court, and the court shall furnish its opinion accordingly.

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 (second and third applications)

617. [Powers of Minister of Justice] The Minister of Justice may, upon an application for the mercy of the Crown by or on behalf of a person who has been convicted in proceedings by indictment or who has been sentenced to preventive detention under Part XXI,

(a) direct, by order in writing, a new trial or, in the case of a person under sentence of preventive detention, a new hearing, before any court that he thinks proper, if after inquiry he is satisfied that in the circumstances a new trial or hearing, as the case may be, should be directed;

(b) refer the matter at any time to the court of appeal for hearing and determination by that court as if it were an appeal by the convicted person or the person under sentence of preventive detention, as the case may be; or

(c) refer to the court of appeal at any time, for its opinion, any question upon which he desires the assistance of that court, and the court shall furnish its opinion accordingly.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46 (fourth application)

690. [Powers of Minister of Justice] The Minister of Justice may, on an application for the mercy of the Crown by or on behalf of a person who has been convicted in proceedings by indictment or who has been sentenced to preventive detention under Part XXIV,

audition devant toute cour qu'il juge appropriée si, après enquête, il est convaincu que, dans les circonstances, un nouveau procès ou une nouvelle audition, selon le cas, devraient être prescrits;

b) à toute époque, renvoyer la cause devant la cour d'appel pour audition et décision par cette cour comme s'il s'agissait d'un appel interjeté par la personne déclarée coupable ou par la personne condamnée à la détention préventive, selon le cas; ou

c) à toute époque, renvoyer devant la cour d'appel, pour connaître son opinion, toute question sur laquelle il désire l'assistance de cette cour, et la cour doit donner son opinion en conséquence.

Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34 (deuxième et troisième demandes)

617. [Pouvoirs du ministre de la Justice] Sur une demande de clémence de la Couronne, faite par ou pour une personne qui a été condamnée à la suite de procédures sur un acte d'accusation ou qui a été condamnée à la détention préventive en vertu de la Partie XXI, le ministre de la Justice peut

a) prescrire, au moyen d'une ordonnance écrite, un nouveau procès ou, dans le cas d'une personne condamnée à la détention préventive, une nouvelle audition devant toute cour qu'il juge appropriée si, après enquête, il est convaincu que, dans les circonstances, un nouveau procès ou une nouvelle audition, selon le cas, devraient être prescrits;

b) à toute époque, renvoyer la cause devant la cour d'appel pour audition et décision par cette cour comme s'il s'agissait d'un appel interjeté par la personne déclarée coupable ou par la personne condamnée à la détention préventive, selon le cas; ou

c) à toute époque, renvoyer devant la cour d'appel, pour connaître son opinion, toute question sur laquelle il désire l'assistance de cette cour, et la cour doit donner son opinion en conséquence.

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46 (quatrième demande)

690. [Pouvoirs du ministre de la Justice] Sur une demande de clémence de la Couronne, faite par ou pour une personne qui a été condamnée à la suite de procédures sur un acte d'accusation ou qui a été condamnée à la détention préventive en vertu de la partie XXIV, le ministre de la Justice peut :

(a) direct, by order in writing, a new trial or, in the case of a person under sentence of preventive detention, a new hearing, before any court that he thinks proper, if after inquiry he is satisfied that in the circumstances a new trial or hearing, as the case may be, should be directed;

(b) refer the matter at any time to the court of appeal for hearing and determination by that court as if it were an appeal by the convicted person or the person under sentence of preventive detention, as the case may be; or

(c) refer to the court of appeal at any time, for its opinion, any question on which he desires the assistance of that court, and the court shall furnish its opinion accordingly. [rep. 2002, c. 13, s. 70]

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Borden Ladner Gervais, Montréal.

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

Solicitors for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted: Greenspan Humphrey Lavine, Toronto.

Solicitors for the intervener Centre Pro Bono Québec: Lavery, de Billy, Montréal.

Solicitors for the intervener Pro Bono Law Ontario: Bennett Jones, Toronto.

a) prescrire, au moyen d'une ordonnance écrite, un nouveau procès ou, dans le cas d'une personne condamnée à la détention préventive, une nouvelle audition devant tout tribunal qu'il juge approprié si, après enquête, il est convaincu que, dans les circonstances, un nouveau procès ou une nouvelle audition, selon le cas, devrait être prescrit;

b) à tout moment, renvoyer la cause devant la cour d'appel pour audition et décision comme s'il s'agissait d'un appel interjeté par la personne déclarée coupable ou par la personne condamnée à la détention préventive, selon le cas;

c) à tout moment, renvoyer devant la cour d'appel, pour connaître son opinion, toute question sur laquelle il désire son assistance, et la cour d'appel donne son opinion en conséquence. [abr. 2002, c. 13, art. 70]

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Borden Ladner Gervais, Montréal.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Association in Defence of the Wrongly Convicted : Greenspan Humphrey Lavine, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Centre Pro Bono Québec : Lavery, de Billy, Montréal.

Procureurs de l'intervenante Pro Bono Law Ontario : Bennett Jones, Toronto.

**Société en commandite Place Mullins and
139612 Canada inc.** *Appellants*

v.

Services immobiliers Diane Bisson inc.
Respondent

**INDEXED AS: SOCIÉTÉ EN COMMANDITE
PLACE MULLINS v. SERVICES IMMOBILIERS
DIANE BISSON INC.**

2015 SCC 36

File No.: 35461.

Hearing and judgment: March 18, 2015.

Reasons delivered: June 25, 2015.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein,
Cromwell, Wagner, Gascon and Côté JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Contracts — Brokerage contract — Commission — Brokerage contract stipulating that broker entitled to payment of commission where agreement to sell immovable concluded or where seller voluntarily prevents free performance of contract — Soil of promisor-sellers' immovable contaminated — Promisor-buyer repudiating initial promise and submitting new offer — Promisor-sellers turning offer down — Whether broker entitled to payment of its commission.

The promisor-sellers signed an exclusive brokerage contract — drawn up using a standard form of the Association des courtiers et agents immobiliers du Québec — under which they gave a brokerage enterprise a mandate to sell their immovable. The contract stipulated that the promisor-sellers' obligation to pay the brokerage enterprise's commission would be triggered, *inter alia*, where an "agreement to sell the immovable" was concluded during the term of the contract, or if "the seller voluntarily prevents the free performance of this contract". The promisor-sellers initially accepted a promise to purchase obtained by the brokerage enterprise. This promise to purchase gave the promisor-buyer a right to withdraw the promise if he was not completely satisfied with the results of his due diligence on the immovable. After it

**Société en commandite Place Mullins et
139612 Canada inc.** *Appelantes*

c.

Services immobiliers Diane Bisson inc.
Intimée

**RÉPERTORIÉ : SOCIÉTÉ EN COMMANDITE
PLACE MULLINS c. SERVICES IMMOBILIERS
DIANE BISSON INC.**

2015 CSC 36

N° du greffe : 35461.

Audition et jugement : 18 mars 2015.

Motifs déposés : 25 juin 2015.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Contrats — Contrat de courtage — Commission — Contrat de courtage stipulant le droit du courtier au paiement de la commission lorsqu'une entente visant à vendre l'immeuble est conclue ou lorsqu'un acte volontaire du vendeur empêche la libre exécution du contrat — Sol de l'immeuble des promettant-vendeurs contaminé — Promettant-acheteur se déliant de sa promesse initiale et soumettant une nouvelle offre — Offre refusée par les promettant-vendeurs — Le courtier a-t-il droit au paiement de sa commission?

Les promettant-vendeurs ont signé avec une entreprise de courtage un contrat de courtage exclusif, établi au moyen d'un formulaire standard de l'Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, en vertu duquel ils lui ont confié le mandat de vendre leur immeuble. Selon les termes du contrat, l'obligation des promettant-vendeurs de payer la commission de l'entreprise de courtage prend naissance, entre autres, lorsqu'une « entente visant à vendre l'immeuble » est conclue pendant la durée du contrat ou dans l'éventualité où « un acte volontaire du vendeur empêche la libre exécution du contrat ». Les promettant-vendeurs ont initialement accepté une promesse d'achat obtenue par l'entreprise de courtage. Cette promesse d'achat accordait au promettant-acheteur une faculté de dédit lui donnant le droit de révoquer la promesse

was discovered that the immovable might be affected by environmental contamination, the promisor-buyer reiterated to the promisor-sellers that he intended to buy the immovable, but on condition that they decontaminate it at their own expense. The promisor-sellers refused, and the sale of the immovable never went through. The brokerage enterprise claimed from the promisor-sellers the commission amount set out in the brokerage contract, but the Superior Court dismissed the action. The Court of Appeal set aside that judgment in a split decision and allowed the appeal.

Held: The appeal should be allowed.

In principle, where a contract contains a resolutive condition, the obligations for which the contract provides nevertheless arise and are exigible, as if they were pure and simple, as soon as it is signed. Thus, even though a promise to purchase can be resolved, it is binding on the parties as soon as it is concluded. But so long as a promise to purchase is not unconditionally binding on the promisor-buyer and the promisor-seller and it is not yet possible for one of them to bring an action to compel transfer of title, there is no “agreement to sell the immovable” within the meaning of the brokerage contract. In this case, because the environmental assessment had shown that the soil was contaminated and because the promisor-buyer had clearly expressed his intention not to conclude a sale until such time as the property had been decontaminated at the promisor-sellers’ expense, the promisor-buyer had repudiated the initial promise and submitted a new offer to purchase. The initial promise to purchase never became unconditional, and the promisor-buyer’s new offer was never accepted. This means that no agreement to sell the immovable was concluded, and the brokerage enterprise was not entitled to be paid its commission.

Nor was the obligation to pay the commission triggered by the promisor-sellers’ voluntarily preventing the free performance of the brokerage contract. Under the promise to purchase, the promisor-sellers did not have an obligation either to decontaminate their property or to renegotiate the terms of the initial promise to purchase. Given that they had not known about the contamination when the brokerage contract was entered into, it cannot be concluded that they wrongfully prevented the completion of the sale. Although the brokerage contract contained a declaration by the promisor-sellers that the immovable was in accordance with environmental protection laws and regulations, the declarations set out in the brokerage contract cannot on their own, absent proof of bad faith, serve as a basis for arguing that the promisor-sellers voluntarily prevented the

s’il n’était pas entièrement satisfait des résultats d’une vérification diligente de l’immeuble. Après avoir découvert une contamination environnementale potentielle affectant l’immeuble, le promettant-acheteur a réitéré auprès des promettant-vendeurs son intention d’acheter l’immeuble, mais à la condition qu’ils le décontaminent à leurs frais. Les promettant-vendeurs ont refusé et la vente de l’immeuble ne s’est jamais concrétisée. L’entreprise de courtage a réclamé des promettant-vendeurs le montant de la commission prévu au contrat de courtage, mais la Cour supérieure a rejeté la demande. Dans une décision partagée, la Cour d’appel a infirmé ce jugement et a accueilli le pourvoi.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

En principe, malgré l’existence d’une condition résolutoire, dès la signature du contrat, les obligations sont nées et exigibles, comme si elles étaient pures et simples. Ainsi, même si elle peut être résolue, une promesse d’achat lie les parties dès sa conclusion. Toutefois, tant et aussi longtemps qu’une promesse d’achat ne lie pas inconditionnellement le promettant-acheteur et le promettant-vendeur, et qu’il n’est pas encore possible à l’un ou à l’autre d’exercer l’action en passation de titre, il n’y a pas d’« entente visant à vendre l’immeuble » aux termes du contrat de courtage. Dans le présent cas, l’inspection environnementale ayant révélé que le sol était contaminé et le promettant-acheteur ayant exprimé clairement son intention de ne pas conclure de vente tant et aussi longtemps que la propriété ne serait pas décontaminée aux frais des promettant-vendeurs, le promettant-acheteur s’est délié de la promesse initiale et a soumis une nouvelle offre d’achat. La promesse d’achat initiale n’est jamais devenue inconditionnelle et la nouvelle offre du promettant-acheteur n’a jamais été acceptée. Aucune entente visant à vendre l’immeuble n’a donc été conclue et l’entreprise de courtage n’avait pas droit au paiement de la commission.

L’obligation de payer la commission n’a pas non plus pris naissance en raison d’un acte volontaire des promettant-vendeurs empêchant la libre exécution du contrat de courtage. Aux termes de la promesse d’achat, les promettant-vendeurs n’avaient ni l’obligation de décontaminer leur propriété, ni l’obligation de négocier à nouveau les conditions de la promesse d’achat initiale. Comme ils ignoraient la contamination au moment de la conclusion du contrat de courtage, on ne peut conclure qu’ils ont, par une faute de leur part, empêché la réalisation de la vente. Bien que le contrat de courtage contenait une déclaration de la part des promettant-vendeurs que l’immeuble était conforme aux lois et règlements relatifs à la protection de l’environnement, les déclarations énoncées dans le contrat de courtage ne peuvent, en

free performance of the contract. Furthermore, those declarations are not warranties and the legal warranties could not apply, because no sale had been concluded. Under art. 1396 of the *Civil Code of Québec*, an accepted promise to purchase is not equivalent to a sale and does not produce any of the effects of a sale. In sum, the promisor-sellers committed no fault in relation to their obligations under either the promise to purchase or the brokerage contract.

Cases Cited

Referred to: *H.W. Liebig & Co. v. Leading Investments Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 70; *Royal Lepage des Moulins Inc. v. Baril*, 2004 CanLII 29347; *Mutuelle des fonctionnaires du Québec v. Immeubles G.C. Gagnon inc.*, 1997 CanLII 10674; 9118-7781 *Québec inc. (Groupe Sutton Millénia) v. Lerer*, 2012 QCCA 430, [2012] R.J.Q. 331; *Remax Alliance v. Placements Jabena inc.*, 2007 QCCQ 12756; *Racicot v. Mercier*, [1968] B.R. 975.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, arts. 1396, 1503, 1723, 1725.

Authors Cited

Jobin, Pierre-Gabriel, avec la collaboration de Michelle Cumyn. *La vente*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2007.

Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2^e éd. Montréal: Thémis, 2012.

Richard, Henri. *Le courtage immobilier au Québec: Droits et obligations des agences, courtiers et clients*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2010.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Pelletier and Fournier JJ.A. and Gagnon J. (*ad hoc*)), 2013 QCCA 868, [2013] AZ-50964779, [2013] J.Q. n° 4684 (QL), 2013 CarswellQue 4404 (WL Can.), setting aside a decision of Paquette J., 2011 QCCS 1930, [2011] AZ-50745003, [2011] J.Q. n° 4261 (QL), 2011 CarswellQue 4091 (WL Can.). Appeal allowed.

Vlatka (Carol) Kljajo and Gabriel Di Genova, for the appellants.

Pierre-G. Champagne, for the respondent.

l'absence de preuve de mauvaise foi, étayer à elles seules la prétention que les promettant-vendeurs ont volontairement empêché la libre exécution du contrat. De plus, ces déclarations ne sont pas des garanties et le régime des garanties légales ne pouvait jouer, étant donné qu'aucune vente n'avait été conclue. Suivant l'art. 1396 du *Code civil du Québec*, la promesse d'achat acceptée n'équivaut pas à la vente et n'engendre aucun des effets de cette dernière. En somme, les promettant-vendeurs n'ont pas commis de faute relativement aux obligations qui leur incombent tant en vertu de la promesse d'achat que du contrat de courtage.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *H.W. Liebig & Co. c. Leading Investments Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 70; *Royal Lepage des Moulins Inc. c. Baril*, 2004 CanLII 29347; *Mutuelle des fonctionnaires du Québec c. Immeubles G.C. Gagnon inc.*, 1997 CanLII 10674; 9118-7781 *Québec inc. (Groupe Sutton Millénia) c. Lerer*, 2012 QCCA 430, [2012] R.J.Q. 331; *Remax Alliance c. Placements Jabena inc.*, 2007 QCCQ 12756; *Racicot c. Mercier*, [1968] B.R. 975.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, art. 1396, 1503, 1723, 1725.

Doctrine et autres documents cités

Jobin, Pierre-Gabriel, avec la collaboration de Michelle Cumyn. *La vente*, 3^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007.

Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 2012.

Richard, Henri. *Le courtage immobilier au Québec : Droits et obligations des agences, courtiers et clients*, 3^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Pelletier et Fournier et le juge Gagnon (*ad hoc*)), 2013 QCCA 868, [2013] AZ-50964779, [2013] J.Q. n° 4684 (QL), 2013 CarswellQue 4404 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la juge Paquette, 2011 QCCS 1930, [2011] J.Q. n° 4261 (QL), 2011 CarswellQue 4091 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Vlatka (Carol) Kljajo et Gabriel Di Genova, pour les appelantes.

Pierre-G. Champagne, pour l'intimé.

English version of the judgment of the Court delivered by

WAGNER J. —

I. Introduction

[1] A real estate broker's compensation is uncertain in many respects. As La Forest J. put it in *H.W. Liebig & Co. v. Leading Investments Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 70, a brokerage contract is like a hunting licence in the sense that, "as in hunting, the broker may spend much time and effort but fail to achieve his goal" (p. 80). The case at bar provides a perfect illustration of this.

[2] In this case, Services immobiliers Diane Bisson inc. ("respondent"), a brokerage enterprise, is claiming from Société en commandite Place Mullins and 139612 Canada inc. ("appellants") the commission amount set out in a brokerage contract even though the immovable in question was not sold during the term of that contract. The respondent initially argued, first, that an agreement to sell the immovable had been concluded by the appellants and the promisor-buyer, David Douek, and, in the alternative, that the appellants, through their inaction, had prevented the free performance of the brokerage contract.

[3] The appellants admitted that if either of those situations were proven, they would be required to pay the commission, but they asserted that neither of them had in fact occurred. There were essentially two issues:

- (1) Was an "agreement to sell the IMMOVABLE" within the meaning of clause 6.1(3°) of the brokerage contract validly concluded?
- (2) Did the appellants voluntarily prevent the free performance of the brokerage contract within the meaning of clause 6.1(4°)?

[4] In the Superior Court and the Court of Appeal, the argument focused on the first of these two

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE WAGNER —

I. Introduction

[1] La rétribution d'un courtier immobilier est à bien des égards aléatoire. Comme l'exprimait le juge La Forest dans l'arrêt *H.W. Liebig & Co. c. Leading Investments Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 70, le contrat de courtage ressemble à un permis de chasse en ce que, « tout comme à la chasse, le courtier peut consacrer beaucoup de temps et d'efforts sans toutefois atteindre son objectif » (p. 80). La présente affaire en est une parfaite illustration.

[2] En l'espèce, l'entreprise de courtage Services immobiliers Diane Bisson inc. (« intimée ») réclame à la Société en commandite Place Mullins et à 139612 Canada inc. (« appelantes ») le montant de la commission prévu au contrat de courtage, même si l'immeuble dont il est question n'a pas été vendu pendant la durée de ce contrat. Initialement, l'intimée a soutenu, comme moyen principal, qu'une entente visant la vente de l'immeuble avait été conclue par les appelantes et le promettant-acheteur, David Douek, et, comme moyen subsidiaire, que les appelantes avaient empêché, par leur inaction, la libre exécution du contrat de courtage.

[3] Bien qu'elles aient admis que, si l'une ou l'autre de ces situations était avérée, elles seraient obligées de verser la commission, les appelantes ont cependant affirmé qu'aucune ne s'était réalisée. Il y avait essentiellement deux questions en litige :

- (1) Est-ce qu'une « entente visant à vendre l'IMMEUBLE » aux termes de la clause 6.1(3°) du contrat de courtage a été valablement conclue?
- (2) Les appelantes ont-elles, suivant la clause 6.1(4°), volontairement empêché la libre exécution du contrat de courtage?

[4] Devant la Cour supérieure et la Cour d'appel, le débat a surtout porté sur la première de ces deux

questions. In this Court, the respondent conceded that Mr. Douek had availed himself of the resolatory condition, which meant that no agreement to sell the immovable had actually been concluded. The alternative argument advanced in the Superior Court and the Court of Appeal has therefore become the principal argument in the appeal to this Court.

[5] Despite the respondent's concession that no agreement to sell the immovable had been concluded, I will nonetheless consider both this argument based on clause 6.1(3°) and the one concerning free performance of the contract based on clause 6.1(4°). In my opinion, partly for the reasons given by Paquette J. of the Superior Court (2011 QCCS 1930) and by Fournier J.A. of the Court of Appeal (2013 QCCA 868), the respondent's arguments must fail and the appeal must be allowed.

II. Background Facts

[6] On September 8, 2007, the appellants signed an exclusive brokerage contract with the respondent under which they gave the respondent a mandate to sell their immovable. The asking sale price, as amended on September 19, 2007, was \$3,420,000. The contract was drawn up using a standard form of the Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, clause 6.1 of which set out the situations that would trigger the appellants' obligation to pay the commission. The relevant portions read as follow:

[TRANSLATION]

6.1 The SELLER shall pay to the BROKER compensation of:

Five percent (5% + GST + QST) of the sale price, in the cases provided in 1°, 2° and 3° below, or of the [sale] price [asked] in the case provided in 4° below . . . :

. . . .

questions. Devant notre Cour, l'intimée a concédé que M. Douek s'était prévalu de la condition résolutoire et qu'en conséquence aucune entente visant la vente de l'immeuble n'avait effectivement été conclue. Ainsi, le moyen subsidiaire plaidé devant la Cour supérieure et la Cour d'appel est devenu l'argument principal dans le cadre du pourvoi devant notre Cour.

[5] Toutefois, malgré la concession de l'intimée selon laquelle aucune entente visant à vendre l'immeuble n'a été conclue, je vais examiner à la fois cet argument fondé sur la clause 6.1(3°) et celui concernant l'obstacle à la libre exécution du contrat fondé sur la clause 6.1(4°). En partie pour les motifs énoncés par la juge Paquette de la Cour supérieure (2011 QCCS 1930) et par le juge Fournier de la Cour d'appel (2013 QCCA 868), je suis d'avis que les arguments de l'intimée ne peuvent être retenus et que le pourvoi doit être accueilli.

II. Contexte factuel

[6] Le 8 septembre 2007, les appelantes signent avec l'intimée un contrat de courtage exclusif, en vertu duquel elles lui confient le mandat de vendre leur immeuble. Le prix de vente demandé est de 3 420 000 \$, compte tenu des modifications du 19 septembre 2007. Le contrat est établi au moyen d'un formulaire standard de l'Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, lequel précise, à la clause 6.1, les situations qui font naître l'obligation des appelantes de payer la commission. J'en reproduis les portions pertinentes :

6.1 Le VENDEUR versera au COURTIER une rétribution de :

Cinq pour cent (5% + TPS + TVQ) du prix fixé pour la vente, dans les cas prévus en 1°, 2° et 3° ci-dessous, ou du prix [de vente demandé] dans le cas prévu en 4° ci-dessous . . . :

. . . .

- 3° where an agreement to sell the IMMOVABLE is concluded during the term of this contract, whether through the BROKER or not; or
- 4° where the SELLER voluntarily prevents the free performance of this contract.

(A.R., vol. II, at p. 154)

[7] On November 30, 2007, the respondent obtained Mr. Douek's signature on a promise to purchase in the amount of \$3,260,000. The promise to purchase stipulated that the appellants would give Mr. Douek certain documents to enable him to do his due diligence, and that Mr. Douek would supply an environmental study as part of that process:

[TRANSLATION]

4.0 OBLIGATIONS-DECLARATIONS AND OTHER CONDITIONS

- 4.1 OWNERSHIP DOCUMENTS: The SELLER shall provide: (a) a valid title of ownership free of any charges and other real rights other than those declared herein and the usual servitudes of public utility; (b) any titles it may have in its possession; . . . and (k) all other documents relevant to due diligence on the immovable.

- 4.14 OTHER CONDITIONS: Following acceptance of this Promise to Purchase, the BUYER shall have fifteen (15) working days after receiving all the documents listed in article 4.1 of this Promise to Purchase (which the SELLER undertakes to supply to him within 48 hours after the Promise to Purchase is accepted) to inspect the immovable and verify the expenses and the current rents to his complete satisfaction and at his sole discretion. If the BUYER is not satisfied and written notice to this effect is sent by registered mail to the SELLER at the above-mentioned address or to Services Immobiliers Diane Bisson inc., chartered real estate broker, before the expiration of that time, this Promise to Purchase shall be null and void and the deposit shall be returned

- 3° si une entente visant à vendre l'IMMEUBLE est conclue pendant la durée du contrat, que ce soit par ou sans l'intermédiaire du COURTIER; ou
- 4° si un acte volontaire du VENDEUR empêche la libre exécution du contrat.

(d.a., vol. II, p. 154)

[7] Le 30 novembre 2007, l'intimée fait signer par M. Douek une promesse d'achat au montant de 3 260 000 \$. Cette promesse prévoit que les appelantes remettront à M. Douek certains documents lui permettant de procéder à une vérification diligente et que, dans le cadre de ce processus, celui-ci fournira une étude environnementale :

4.0 OBLIGATIONS-DÉCLARATIONS ET AUTRES CONDITIONS

- 4.1 DOCUMENTS DE PROPRIÉTÉ : Le VENDEUR devra fournir : a) un bon titre de propriété libre de toutes charges et autres droits réels, sauf ceux déclarés aux présentes et sauf les servitudes usuelles d'utilité publique; b) tous les titres qu'il peut avoir en sa possession; [. . .] et k) tous autres documents pertinents à la vérification diligente de l'immeuble.

- 4.14 AUTRES CONDITIONS : Suivant l'acceptation de cette Promesse d'achat, l'ACHETEUR aura un délai de quinze (15) jours ouvrables, de la réception de tous les documents énumérés à l'article 4.1 de cette Promesse d'achat, (que le VENDEUR s'engage à lui fournir dans les 48 heures de l'acceptation de la promesse d'achat) pour inspecter l'immeuble et vérifier les dépenses ainsi que les baux en vigueur, à son entière satisfaction et à son entière discrétion. S'il ne s'en trouve pas satisfait et qu'un avis écrit à cet effet est expédié par lettre recommandée au VENDEUR à l'adresse mentionnée ci-dessus ou à Services Immobiliers Diane Bisson inc., courtier immobilier agréé, avant l'expiration de ce délai, cette Promesse d'achat sera alors nulle et

immediately and in full to the BUYER. If no notice is given within that time, the BUYER shall be considered to be satisfied. . . .

4.14.1 ENVIRONMENTAL STUDIES: The buyer shall supply his environmental study. [Emphasis added.]

(A.R., vol. II, at pp. 158 and 160)

[8] The appellants accepted the promise to purchase on the same date. On January 11, 2008, Mr. Douek obtained a Phase I environmental site assessment report that identified potential environmental risks related to activities engaged in on the property in the past. After the potential contamination was discovered, Mr. Douek was granted an extension of the time he had been given to finalize his due diligence. The existence and extent of the contamination were confirmed in a Phase II report ordered by the appellants from Inspec-Sol inc. and then in a second report ordered from Laforge Environnement inc. On July 14, 2008, the appellants received an estimate of over \$75,000 for decontamination of the soil.

[9] On July 22, 2008, the appellants received a formal notice from Mr. Douek, who reiterated that he intended to buy the immovable, but on condition that the appellants decontaminate the soil at their own expense. Mr. Douek refused to assume any responsibility whatsoever for the cost of decontamination, which he knew from experience could exceed the estimate of \$75,314. The appellants refused and tried unsuccessfully to work out a compromise, but the sale of the immovable to Mr. Douek ultimately did not go through.

[10] On August 5, 2008, the respondent brought its action, claiming \$183,986.25 from the appellants. This amount represented the commission of 5 percent of the accepted sale price and taxes, plus interest and the additional indemnity. The Superior Court dismissed the action, but the Court of Appeal set aside that judgment in a split decision and allowed the appeal.

non avenue et l'acompte sera retourné immédiatement et en entier à l'ACHETEUR. Si aucun avis n'est donné à l'intérieur de ce délai, l'ACHETEUR sera alors considéré satisfait. . . .

4.14.1 ÉTUDES ENVIRONNEMENTALES : L'acheteur fournira son étude environnementale. [Je souligne.]

(d.a., vol. II, p. 158 et 160)

[8] À la même date, les appelantes acceptent la promesse d'achat. Le 11 janvier 2008, M. Douek obtient un rapport environnemental phase I qui identifie des risques environnementaux potentiels liés à des activités antérieures menées sur la propriété. À la suite de la découverte de la contamination potentielle, M. Douek se voit accorder une prolongation du délai qui lui était imparti pour finaliser sa vérification diligente. L'existence et l'ampleur de la contamination sont confirmées dans un rapport phase II commandé par les appelantes à Inspec-Sol inc., puis dans un second rapport commandé à Laforge Environnement inc. Le 14 juillet 2008, les appelantes sont informées que les coûts de décontamination du sol sont évalués à plus de 75 000 \$.

[9] Le 22 juillet 2008, les appelantes reçoivent une mise en demeure de M. Douek, dans laquelle ce dernier réitère son intention d'acheter l'immeuble, mais à la condition que les appelantes décontaminent le sol à leurs frais, car il refuse d'assumer quelque responsabilité que ce soit pour les coûts de décontamination. D'expérience, il sait que ces coûts pourraient dépasser les 75 314 \$ envisagés. Les appelantes refusent et tentent en vain de trouver un compromis, mais, en définitive, la vente de l'immeuble à M. Douek ne se concrétise pas.

[10] Le 5 août 2008, l'intimée intente son recours et réclame des appelantes la somme de 183 986,25 \$, qui représente la commission de 5 p. 100 du prix de vente accepté ainsi que les taxes, les intérêts et l'indemnité additionnelle. La Cour supérieure rejette la demande, mais, dans une décision partagée, la Cour d'appel infirme ce jugement et accueille le pourvoi.

III. Analysis

A. *Was an “agreement to sell the immovable” Within the Meaning of Clause 6.1(3°) of the Brokerage Agreement Validly Concluded?*

[11] Although, as the Court of Appeal rightly noted, the Superior Court was wrong to base its analysis on clause 6.1(1°), I am of the opinion that the same reasoning applies and the result is the same if the issue is considered in the context of clause 6.1(3°).

[12] Clause 6.1(3°), provides that the broker is entitled to the commission once an [TRANSLATION] “agreement to sell the IMMOVABLE” is concluded (emphasis added). A sale is therefore not necessary. The wording of the clause is broad enough to encompass a promise to purchase accepted by the promisor-seller, but in my opinion, the obligations that flow from such a promise must also become certain, that is, unconditional.

[13] In this case, clause 4.14 of the promise to purchase gave Mr. Douek a right to withdraw the promise if he was not completely satisfied with the results of his due diligence. To withdraw the promise if he was dissatisfied with those results, Mr. Douek had to give written notice to that effect to the promisor-seller within the specified time. The promise to purchase therefore remained conditional until it was withdrawn or until the expiration of the time in question.

[14] In principle, where a contract contains a resolutive condition, the obligations for which the contract provides nevertheless arise and are exigible, as if they were pure and simple, as soon as it is signed (D. Lluellas and B. Moore, *Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at No. 2498). Thus, even though the promise to purchase could be resolved, it was binding on the parties as soon as it was concluded. Although this may at first glance seem sufficient for the purposes of clause 6.1(3°), I am of the opinion that so long as a promise to purchase is not unconditionally binding on the promisor-buyer and the promisor-seller and it is not yet possible for one of

III. Analyse

A. *Est-ce qu’une « entente visant à vendre l’immeuble » aux termes de la clause 6.1(3°) du contrat de courtage a été valablement conclue?*

[11] Bien que, comme le souligne à raison la Cour d’appel, la décision de la Cour supérieure repose erronément sur une analyse fondée sur la clause 6.1(1°), je suis d’avis que le raisonnement et le résultat sont les mêmes si on examine la question au regard de la clause 6.1(3°).

[12] En vertu de la clause 6.1(3°), le courtier a droit à la commission dès la conclusion d’une « entente visant à vendre l’IMMEUBLE » (je souligne). Une vente n’est donc pas nécessaire. Le libellé de la clause est suffisamment large pour englober une promesse d’achat acceptée par le promettant-vendeur, mais encore faut-il, selon moi, que les obligations qui découlent d’une telle promesse deviennent certaines, c’est-à-dire inconditionnelles.

[13] En l’espèce, la clause 4.14 de la promesse d’achat accordait à M. Douek une faculté de dédit lui donnant le droit de révoquer cette promesse s’il n’était pas entièrement satisfait des résultats de la vérification diligente. Pour révoquer la promesse, en plus d’être insatisfait des résultats de la vérification diligente, M. Douek devait également donner un avis écrit à cet effet au promettant-vendeur dans le délai imparti. La promesse d’achat demeurait donc conditionnelle soit jusqu’à sa révocation, soit jusqu’à l’expiration du délai susmentionné.

[14] En principe, malgré l’existence d’une condition résolutoire, dès la signature du contrat, les obligations sont nées et exigibles, comme si elles étaient pures et simples (D. Lluellas et B. Moore, *Droit des obligations* (2^e éd. 2012), n° 2498). Ainsi, même si elle pouvait être résolue, la promesse d’achat liait les parties dès sa conclusion. Si cela peut de prime abord paraître suffisant pour les besoins de la clause 6.1(3°), je suis d’avis que tant et aussi longtemps qu’une promesse d’achat ne lie pas inconditionnellement le promettant-acheteur et le promettant-vendeur, et qu’il n’est pas encore possible à l’un ou à l’autre d’exercer l’action en

them to bring an action to compel transfer of title, there is no “agreement to sell the IMMOVABLE” within the meaning of clause 6.1(3°): see reasons of Paquette J., at para. 23, and Court of Appeal’s reasons, at para. 32. A different interpretation of this clause would result in the broker being entitled to be paid its commission as soon as the promise is accepted despite the condition. However, that payment would then be susceptible to the effects of the occurrence of the event to which the resolutive condition in the promise to purchase applies. It seems to me that a conclusion that there is a right to be paid the commission that is immediate but at risk would be inconsistent with the intention of the parties to such a contract. Since clause 6.1(3°) provides for the payment of compensation when an “agreement to sell the IMMOVABLE is concluded”, the agreement to which it refers is logically an unconditional agreement, one that is subject to no conditions — whether suspensive or resolutive — whatsoever.

[15] In the instant case, because the environmental assessment showed that the soil was contaminated with hydrocarbons, there is no doubt that it was open to Mr. Douek to avail himself of the resolutive condition that had been stipulated in his favour. But what did he actually do? Although the formal notice sent to the appellants on July 22 reiterated that Mr. Douek intended to buy the property, it added two conditions to the initial promise to purchase. First, the appellants had to decontaminate the site at their own expense and, second, they had to provide Mr. Douek with a certificate of environmental conformity issued by the Ministère de l’Environnement:

[TRANSLATION] The seller is therefore bound by the said accepted promise to purchase between the parties until such time as it provides the buyer with properties that are conforming, that is, decontaminated, together with a supporting report, thereby enabling the buyer to complete his due diligence. [Emphasis added.]

(A.R., vol. II, at p. 175)

[16] Thus, Mr. Douek very clearly expressed his intention not to conclude a sale “until such time” as the property was decontaminated. This was also

passation de titre, il n’y a pas d’« entente visant à vendre l’IMMEUBLE » aux termes de la clause 6.1(3°) : voir les motifs de la juge Paquette, par. 23, et les motifs de la Cour d’appel, par. 32. Interpréter cette clause différemment aurait pour effet de donner droit au paiement de la commission dès l’acceptation de la promesse, malgré la présence d’une condition. Toutefois, ce paiement serait alors vulnérable aux effets de la survenance de la condition résolutoire assortissant la promesse d’achat. Or, il m’apparaît que le fait de conclure à l’existence d’un droit au paiement de la commission qui serait immédiat mais vulnérable s’écarterait de l’intention des parties à un tel contrat. En effet, comme la clause 6.1(3°) prévoit le versement de la rétribution lorsqu’une « entente visant à vendre l’IMMEUBLE est conclue », les ententes visées par cette clause sont donc en toute logique des ententes inconditionnelles, des ententes qui ne sont assorties d’aucune condition que ce soit, suspensive ou résolutive.

[15] Dans le présent cas, l’inspection environnementale ayant révélé que le sol était contaminé par des hydrocarbures, M. Douek pouvait indubitablement se prévaloir de la condition résolutoire stipulée en sa faveur. Mais qu’a-t-il fait exactement? Même si la mise en demeure transmise aux appelantes le 22 juillet réitérait l’intention de M. Douek d’acheter la propriété, elle ajoutait deux conditions à la promesse d’achat initiale. D’une part, les appelantes devaient décontaminer le terrain à leurs frais et, d’autre part, elles devaient fournir à M. Douek un certificat de conformité environnementale délivré par le ministère de l’Environnement :

En conséquence le vendeur est lié [à] la dite [*sic*] promesse d’achat acceptée entre les parties tant et aussi longtemps qu’il n’aura pas fourni [à] l’acheteur des propriétés conformes soit décontaminées avec rapport [à] l’appui et permettant ainsi [à] ce dernier de terminer sa vérification diligente. [Je souligne.]

(d.a., vol. II, p. 175)

[16] M. Douek exprimait alors très clairement son intention de ne pas conclure de vente « tant et aussi longtemps » que la propriété ne serait pas

clear from Mr. Douek's testimony at trial. He therefore unilaterally added two preconditions to the promise to purchase.

[17] By sending that letter, Mr. Douek gave notice to the appellants that he was dissatisfied with the condition of the immovable as revealed by his due diligence. The conclusion of the majority of the Court of Appeal that Mr. Douek had expressly waived the exercise of his right of withdrawal is inconsistent with this observation (paras. 47 and 50). There is no doubt that Mr. Douek still wanted to buy the immovable, but that is not the question. As the formal notice shows, there was no way he was going to buy the immovable in the condition it was in and at the price set in the promise to purchase. He expressed his dissatisfaction unequivocally, and the resolutive condition was triggered when he communicated that dissatisfaction in writing. Through the notice, Mr. Douek repudiated the promise and submitted a new offer to purchase. The initial promise to purchase never became unconditional and Mr. Douek's new offer was never accepted. This means that no agreement to sell the immovable was concluded within the meaning of clause 6.1(3°) of the brokerage contract.

B. *Did the Appellants Voluntarily Prevent the Free Performance of the Brokerage Contract Within the Meaning of Clause 6.1(4°)?*

[18] The respondent's main argument in this Court is that the appellants could not refuse to decontaminate the immovable without violating art. 1503 of the *Civil Code of Québec* ("C.C.Q."), and that because they did in fact refuse to do so, they are liable to pay the commission under clause 6.1(4°) of the brokerage agreement.

[19] Article 1503 C.C.Q. provides that "[a] conditional obligation becomes absolute when the debtor whose obligation is subject to the condition prevents it from being fulfilled." The effect of clause 6.1(4°) is that the seller has an obligation to pay the commission if he or she *voluntarily* prevents the free performance of the brokerage contract. That clause mirrors art. 1503 C.C.Q. To be

décontaminée. Cela ressort également nettement du témoignage de M. Douek au procès. Ce dernier a donc ajouté unilatéralement deux conditions *sine qua non* à la promesse d'achat.

[17] Par l'envoi de cette lettre, M. Douek signifiait aux appelantes son insatisfaction concernant l'état de l'immeuble révélé par la vérification diligente. La conclusion des juges majoritaires de la Cour d'appel selon laquelle M. Douek a expressément renoncé à exercer sa faculté de dédit est incompatible avec ce constat (par. 47 et 50). Sans doute désirait-il toujours acheter l'immeuble, mais là n'est pas la question. Comme l'indique la mise en demeure, il était hors de question que M. Douek achète l'immeuble dans l'état où il se trouvait et au prix fixé dans la promesse. Ce dernier a manifesté son insatisfaction de manière non équivoque, et c'est la communication par écrit de cette insatisfaction qui a été l'élément déclencheur de la condition résolutoire. Par cette mise en demeure, M. Douek se déliait de la promesse et soumettait une nouvelle offre d'achat. La promesse d'achat initiale n'est jamais devenue inconditionnelle et la nouvelle offre de M. Douek n'a jamais été acceptée. Aucune entente visant à vendre l'immeuble n'a donc été conclue aux termes de la clause 6.1(3°) du contrat de courtage.

B. *Les appelantes ont-elles, suivant la clause 6.1(4°), volontairement empêché la libre exécution du contrat de courtage?*

[18] Devant notre Cour, l'intimée a principalement plaidé que les appelantes ne pouvaient refuser de décontaminer l'immeuble sans contrevenir à l'art. 1503 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »), si bien que, en refusant de le faire, elles se sont obligées à payer la commission en application de la clause 6.1(4°) du contrat de courtage.

[19] L'article 1503 C.c.Q. précise que « [l]'obligation conditionnelle a tout son effet lorsque le débiteur obligé sous telle condition en empêche l'accomplissement. » La clause 6.1(4°) fait naître l'obligation du vendeur de payer la commission si ce dernier empêche *volontairement* la libre exécution du contrat de courtage. Cette clause est le reflet de l'art. 1503 C.c.Q. Pour pouvoir invoquer la

able to rely on clause 6.1(4°), the respondent had to prove fault on the part of the seller, the appellants in the case at bar: *Royal Lepage des Moulins Inc. v. Baril*, 2004 CanLII 29347 (Que. C.A.), at paras. 17-18; *Mutuelle des fonctionnaires du Québec v. Immeubles G.C. Gagnon inc.*, 1997 CanLII 10674 (Que. C.A.), at p. 7. Thibault J.A. of the Quebec Court of Appeal was asked to interpret a stipulation similar to clause 6.1(4°) in a recent case, and in doing so she identified the evidence needed to trigger the application of the stipulation in question:

[TRANSLATION] In conclusion, in an action instituted by a broker to claim his or her remuneration or compensation under article 7.2 of the brokerage contract, the broker must establish the existence of a valid brokerage contract, the performance of the broker's own obligations under that contract and . . . the fact that fulfilment [of the pre-conditions for the right to compensation] was prevented through the fault of the seller. [Emphasis added.]

(9118-7781 *Québec inc. (Groupe Sutton Millénia) v. Lerer*, 2012 QCCA 430, [2012] R.J.Q. 331, at para. 36)

[20] In my opinion, such a fault may result either from a failure by the promisor-seller to do something it had an obligation to do, or from its doing something it had an obligation not to do. For example, a promisor-seller who knowingly prevents or impedes the promisor-buyer or its mandatary from doing its due diligence on the immovable will be considered to be at fault under art. 1503 *C.C.Q.* and clause 6.1(4°). To determine whether there was a fault in the instant case, therefore, it will be necessary to establish what obligations the appellants had under the promise to purchase, on the one hand, and under the brokerage contract, on the other.

[21] Under the promise to purchase concluded in this case, the appellants did not have an obligation either to decontaminate their property or to renegotiate the terms of the initial promise to purchase. They did not do anything that would have precluded the conclusion of an agreement with Mr. Douek. On the contrary, they co-operated with him and did everything they could to ensure that the sale went

clause 6.1(4°), l'intimée devait prouver une faute de la part du vendeur, en l'occurrence les appelantes : *Royal Lepage des Moulins Inc. c. Baril*, 2004 CanLII 29347 (C.A. Qc), par. 17-18; *Mutuelle des fonctionnaires du Québec c. Immeubles G.C. Gagnon inc.*, 1997 CanLII 10674 (C.A. Qc), p. 7. Dans un arrêt récent, la juge Thibault de la Cour d'appel du Québec a été appelée à interpréter une stipulation similaire à la clause 6.1(4°) et, ce faisant, elle a dégagé les éléments de preuve requis pour déclencher l'application de la stipulation en question :

En conclusion, dans le cadre d'une action intentée par un courtier pour réclamer sa rétribution ou une compensation visée à l'article 7.2 du contrat de courtage, celui-ci doit établir l'existence d'un contrat de courtage valable, l'exécution de ses propres obligations au terme de ce contrat et [. . .] le fait que l'accomplissement [des conditions préalables au droit à la rétribution] a été empêché par la faute du vendeur. [Je souligne.]

(9118-7781 *Québec inc. (Groupe Sutton Millénia) c. Lerer*, 2012 QCCA 430, [2012] R.J.Q. 331, par. 36)

[20] À mon avis, une telle faute peut découler soit du défaut par le promettant-vendeur d'accomplir un acte qu'il était tenu d'accomplir, soit au contraire de l'accomplissement par celui-ci d'un acte qu'il avait l'obligation de ne pas accomplir. À titre d'exemple, le promettant-vendeur qui empêche ou entrave sciemment la vérification diligente de son immeuble par le promettant-acheteur ou son mandataire sera considéré en faute suivant l'art. 1503 *C.c.Q.* et la clause 6.1(4°). Pour statuer sur l'existence ou non d'une faute en l'espèce, il faut donc déterminer les obligations auxquelles étaient tenues les appelantes en vertu de la promesse d'achat, d'une part, et en vertu du contrat de courtage, d'autre part.

[21] Aux termes de la promesse d'achat conclue en l'espèce, les appelantes n'avaient ni l'obligation de décontaminer leur propriété, ni l'obligation de négocier à nouveau les conditions de la promesse d'achat initiale. Elles n'ont accompli aucun acte qui aurait empêché la conclusion d'une entente avec M. Douek. Au contraire, elles ont collaboré avec celui-ci et tout mis en œuvre pour que la vente soit

through. The Superior Court and the Court of Appeal both found that the appellants had acted in good faith. Given that the appellants did not know about the contamination when the brokerage contract was entered into, it cannot be concluded that they wrongfully prevented the completion of the sale (*Remax Alliance v. Placements Jabena inc.*, 2007 QCCQ 12756; H. Richard, *Le courtage immobilier au Québec* (3rd ed. 2010), at p. 199).

[22] Moreover, the brokerage contract has two important parts: part 7, entitled [TRANSLATION] “Declarations by the Seller”, and part 8, entitled “Obligations of the Seller”.

[23] Part 7 of the contract contains a series of declarations made by the seller in the broker’s favour, including the following:

[TRANSLATION]

7.1 The SELLER declares that the information contained in this contract is accurate and that he will provide to the BROKER any additional information regarding the IMMOVABLE as soon as he becomes aware of it.

7.2 The SELLER also declares that, unless stipulated otherwise, including in 11.1, in the Declarations by the Seller form or in any annex forming part of this contract:

8° the IMMOVABLE shall be sold free of any real right and other charges other than the usual and apparent servitudes of public utility, and that the SELLER shall hold any prospective buyer harmless from any violation to restrictions of public law affecting the IMMOVABLE that are exceptions to ordinary law;

13° the IMMOVABLE is in accordance with environmental protection laws and regulations. [Emphasis added.]

(A.R., vol. II, at p. 154)

conclue. La Cour supérieure et la Cour d’appel ont toutes deux reconnu la bonne foi des appelantes. Comme ces dernières ignoraient la contamination au moment de la conclusion du contrat de courtage, on ne peut conclure qu’elles ont, par une faute de leur part, empêché la réalisation de la vente (*Remax Alliance c. Placements Jabena inc.*, 2007 QCCQ 12756; H. Richard, *Le courtage immobilier au Québec* (3^e éd. 2010), p. 199).

[22] Par ailleurs, pour ce qui est du contrat de courtage, celui-ci comporte deux parties importantes : la partie 7, intitulée « Déclarations du vendeur », et la partie 8, intitulée « Obligations du vendeur ».

[23] La partie 7 du contrat renferme une série de déclarations que fait le vendeur en faveur du courtier, dont les suivantes :

7.1 Le VENDEUR déclare que les renseignements contenus à ce contrat sont exacts et qu’il fournira au COURTIER, dès qu’il en aura connaissance, toute information additionnelle se rapportant à l’IMMEUBLE.

7.2 Le VENDEUR déclare de plus, sauf stipulations contraires, notamment à 11.1, au formulaire Déclarations du vendeur ou à toute annexe faisant partie de ce contrat :

8° que l’IMMEUBLE sera vendu libre de tous droits réels et autres charges, sauf les servitudes usuelles et apparentes d’utilité publique, et que le VENDEUR se portera garant envers tout acheteur éventuel de toute violation aux limitations de droit public qui grèvent l’IMMEUBLE et qui échappent au droit commun de la propriété;

13° que l’IMMEUBLE est conforme aux lois et règlements relatifs à la protection de l’environnement. [Je souligne.]

(d.a., vol. II, p. 154)

[24] The respondent relies on the declaration in clause 7.2(13°) of the brokerage contract to argue that the appellants had an obligation to provide an immovable that was in accordance with environmental protection laws and regulations, which they did not do. Even though it was accepted that the immovable was not “in accordance” with environmental standards, the declarations set out in the brokerage contract cannot on their own, absent proof of bad faith, serve as a basis for arguing that the seller *voluntarily* prevented the free performance of the contract. This situation cannot be said to constitute a wrongful act, since it is common ground that the appellants were not aware of the contamination of the property.

[25] Contrary to the respondent’s argument, these declarations by the seller are not warranties. This is clear from the fact that part 8 of the brokerage contract contains a clause that has almost exactly the same wording as the declaration in clause 7.2(8°) reproduced above:

[TRANSLATION]

8.4 The SELLER shall provide to the prospective buyer a valid title of ownership. The IMMOVABLE shall be sold free of any real right and other charges other than the usual and apparent servitudes of public utility, and the SELLER shall hold any prospective buyer harmless from any violation to restrictions of public law affecting the IMMOVABLE that are exceptions to ordinary law, except as otherwise stipulated, namely in 11.1 or any annex forming part of this contract. [Emphasis added.]

(A.R., vol. II, at p. 154)

If it were concluded that the clauses of both part 7 and part 8 constitute warranties, clauses 8.4 and 7.2(8°) would be redundant. Moreover, I note that there is no clause in part 8 that is equivalent or similar to clause 7.2(13°).

[26] As for clause 8.4, it refers to warranties that are identical to the legal warranties provided for in arts. 1723 and 1725 *C.C.Q.*, which suggests that they are inapplicable as long as a sale has not been

[24] S’appuyant sur la déclaration prévue à la clause 7.2(13°) du contrat de courtage, l’intimée affirme que les appelantes avaient l’obligation de fournir un immeuble conforme aux lois et aux règlements relatifs à la protection de l’environnement, ce qu’elles n’auraient pas fait. Même si l’on acceptait que l’immeuble n’était pas « conforme » aux normes environnementales, les déclarations énoncées dans le contrat de courtage ne peuvent, en l’absence de preuve de mauvaise foi, étayer à elles seules la prétention que le vendeur a *volontairement* empêché la libre exécution de ce contrat. On ne saurait y voir un acte fautif, puisqu’il est acquis que les appelantes ignoraient l’état de contamination du bien-fonds.

[25] Contrairement aux prétentions de l’intimée, ces déclarations du vendeur ne sont pas des garanties. À preuve, la partie 8 du contrat de courtage contient une clause dont le libellé est presque identique à la déclaration de la clause 7.2(8°) reproduite précédemment :

8.4 Le VENDEUR fournira à l’acheteur éventuel un bon titre de propriété. L’IMMEUBLE sera vendu libre de tous droits réels et autres charges, sauf les servitudes usuelles et apparentes d’utilité publique, et le VENDEUR se portera garant envers l’acheteur éventuel de toute violation aux limitations de droit public qui grèvent l’IMMEUBLE et qui échappent au droit commun de la propriété, sauf stipulations contraires, notamment à 11.1 ou à toute annexe faisant partie de ce contrat. [Je souligne.]

(d.a., vol. II, p. 154)

Conclure que tant la partie 7 que la partie 8 énoncent des garanties rendrait les clauses 8.4 et 7.2(8°) redondantes. Je souligne d’ailleurs que la partie 8 ne renferme pas de clause équivalente ou similaire à la clause 7.2(13°).

[26] Pour ce qui est de la clause 8.4, elle renvoie à des garanties identiques aux garanties légales des art. 1723 et 1725 *C.c.Q.*, ce qui tend à indiquer qu’elles sont inapplicables tant et aussi longtemps

concluded. The appellants' argument that the legal warranties could not apply because no sale had been concluded is correct in law. Article 1396 *C.C.Q.* provides that a promise to contract is not equivalent to the proposed contract. An accepted promise to purchase is therefore not equivalent to a sale and does not produce any of the effects of a sale: P.-G. Jobin, with the collaboration of M. Cumyn, *La vente* (3rd ed. 2007), at p. 54. In any event, contamination cannot be considered a real right, nor has the respondent identified any statutory provision that supports its contention that contamination violates a restriction of public law. In short, the refusal to decontaminate the immovable did not amount to a fault that violated clause 8.4. Nor did it represent an act by which the seller voluntarily prevented the free performance of the brokerage contract. To this extent, *Racicot v. Mercier*, [1968] B.R. 975 (C.A.), on which the respondent bases its argument, is therefore of no assistance to it.

[27] In sum, the appellants committed no fault in relation to their obligations under either the promise to purchase or the brokerage contract. They therefore did not voluntarily prevent the free performance of that contract within the meaning of clause 6.1(4°).

IV. Disposition

[28] For these reasons, I would allow the appeal with costs throughout, except for the costs awarded against the appellants on the motion to extend time in this Court.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Mitchell Gattuso, Montréal.

Solicitors for the respondent: de Grandpré Joli-Cœur, Montréal.

qu'une vente n'est pas conclue. L'argument des appelantes selon lequel le régime des garanties légales ne pouvait jouer, étant donné qu'aucune vente n'avait été conclue, est bien fondé en droit. Suivant l'art. 1396 *C.c.Q.*, la promesse de conclure un contrat n'équivaut pas au contrat envisagé. La promesse d'achat acceptée n'équivaut donc pas à la vente et n'engendre aucun des effets de cette dernière : P.-G. Jobin, avec la collaboration de M. Cumyn, *La vente* (3^e éd. 2007), p. 54. Quoi qu'il en soit, le fait de la contamination ne saurait être assimilé à un droit réel. L'intimée n'a pas non plus fait état de disposition législative appuyant sa prétention selon laquelle la contamination viole une limitation de droit public. Bref, le refus de décontaminer l'immeuble ne constitue pas à lui seul une faute contrevenant à la clause 8.4. Il ne représente pas davantage un acte volontaire ayant empêché la libre exécution du contrat de courtage. Par ailleurs, l'arrêt *Racicot c. Mercier*, [1968] B.R. 975 (C.A.), sur lequel l'intimée fonde son argument, ne lui est donc d'aucun secours.

[27] En somme, les appelantes n'ont pas commis de faute relativement aux obligations qui leur incombaient tant en vertu de la promesse d'achat que du contrat de courtage. Elles n'ont donc pas, aux termes de la clause 6.1(4°) de celui-ci, volontairement empêché la libre exécution de ce contrat.

IV. Dispositif

[28] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens devant toutes les cours, à l'exclusion des dépens auxquels ont été condamnées les appelantes à l'égard de la requête en prorogation de délai devant notre Cour.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelantes : Mitchell Gattuso, Montréal.

Procureurs de l'intimée : de Grandpré Joli-Cœur, Montréal.

**Robert T. Strickland, George Connon,
Roland Auer, Iwona Auer-Grzesiak,
Mark Auer and Vladimir Auer
by his Litigation Representative
Roland Auer** *Appellants*

v.

Attorney General of Canada *Respondent*

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

2015 SCC 37

File No.: 35808.

2015: January 20; 2015: July 9.

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

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

Courts — Federal Court — Judicial review — Jurisdiction — Family law — Divorce — Child support — Guidelines — Lawfulness of federal child support guidelines challenged by means of judicial review — Federal Court declined to undertake judicial review — Whether provincial superior courts have jurisdiction to address validity of federal child support guidelines — Even if they do, whether federal courts erred in refusing to hear judicial review application on its merits — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18 — Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 26.1(2) — Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175.

The appellants brought an application for judicial review in the Federal Court seeking a declaration that the *Federal Child Support Guidelines* are unlawful as they are not authorized by s. 26.1(2) of the *Divorce Act*. They claim that the *Guidelines* are not based on the “relative abilities to contribute” of both spouses and that they do not reasonably calculate the amounts required “to maintain the children”. The application judge held that the Federal Court is not an appropriate forum in which to address the validity of the *Guidelines*. Given the minor

**Robert T. Strickland, George Connon,
Roland Auer, Iwona Auer-Grzesiak,
Mark Auer et Vladimir Auer,
représenté par son tuteur à l’instance,
Roland Auer** *Appellants*

c.

Procureur général du Canada *Intimé*

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

2015 CSC 37

N° du greffe : 35808.

2015 : 20 janvier; 2015 : 9 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Tribunaux — Cour fédérale — Contrôle judiciaire — Compétence — Droit de la famille — Divorce — Pension alimentaire pour enfants — Lignes directrices — Légalité des lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants contestée par voie de contrôle judiciaire — Refus de la Cour fédérale de procéder au contrôle judiciaire — Les cours supérieures provinciales ont-elles compétence pour décider de la validité des lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants? — Le cas échéant, les cours fédérales ont-elles quand même commis une erreur en refusant d’instruire la demande de contrôle judiciaire sur le fond? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 18 — Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, c. 3 (2^e suppl.), art. 26.1(2) — Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175.

Les appelants ont présenté une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale en vue d’obtenir un jugement déclarant que les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* sont illégales car elles ne sont pas autorisées par le par. 26.1(2) de la *Loi sur le divorce*. Ils affirment que les *Lignes directrices* ne sont pas fondées sur le principe voulant que l’obligation soit répartie selon les « ressources respectives » des deux époux et que les montants qui y sont calculés ne permettent pas raisonnablement « de subvenir aux besoins des

role the Federal Court plays in issues under the *Divorce Act* and the breadth of the jurisdiction and expertise of the provincial superior courts in matters related to divorce and child support, it was found that it would be inappropriate for the Federal Court to consider the judicial review application on its merits. The Federal Court of Appeal upheld this conclusion.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Gascon and Côté JJ.: The Court's jurisprudence supports the principle that the provincial superior courts, in the context of proceedings properly before them, can address the legality of the conduct of federal boards, commissions and tribunals, where doing so is a necessary step in resolving the claims asserted in those proceedings. This means that in the context of family law proceedings otherwise properly before them, the provincial superior courts can decide that the *Guidelines* made by the Governor in Council are *ultra vires* and decline to apply them if doing so is a necessary step in resolving the matters before them.

Judicial review by way of the old prerogative writs has always been understood to be discretionary. This means that even if the applicant makes out a case for review on the merits, the reviewing court has an overriding discretion to refuse relief. Declarations of rights, whether sought in judicial review proceedings or in actions, are similarly a discretionary remedy. The discretionary nature of judicial review and declaratory relief is continued by the judicial review provisions of the *Federal Courts Act*. Section 18.1(3) provides that “[o]n an application for judicial review, the Federal Court may” make certain orders in the nature of those traditional remedies. As a result, judges of the Federal Court have discretion in determining whether judicial review should be undertaken. The fact that undertaking judicial review is discretionary means that the Federal Court judge's exercise of that discretion is entitled to deference on appeal.

One of the discretionary grounds for refusing to undertake judicial review is that there is an adequate alternative. In order for an alternative forum or remedy to

enfants ». La juge saisie de la demande a conclu que la Cour fédérale n'est pas le tribunal qui convient pour statuer sur la validité des *Lignes directrices*. Étant donné le rôle mineur joué par la Cour fédérale à l'égard des questions relevant de la *Loi sur le divorce* ainsi que l'étendue de la compétence et de l'expertise des cours supérieures des provinces en matière de divorce et de pensions alimentaires pour enfants, la juge a décidé qu'il ne convient pas que la Cour fédérale examine la demande de contrôle judiciaire sur le fond. La Cour d'appel fédérale a confirmé cette conclusion.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Gascon et Côté : La jurisprudence de la Cour appuie le principe selon lequel les cours supérieures provinciales peuvent, dans le cadre d'une instance dont elles sont dûment saisies, statuer sur la légalité de la conduite des offices fédéraux si elles doivent le faire pour trancher les allégations qui y sont formulées. Ainsi, dans une instance en droit de la famille dont elles sont dûment saisies, les cours supérieures provinciales peuvent décider que les *Lignes directrices* adoptées par le gouverneur en conseil sont *ultra vires* et refuser de les appliquer si cela est nécessaire pour trancher les questions qui leur sont soumises.

Le contrôle judiciaire effectué au moyen des anciens brevets de prérogative a toujours été considéré comme étant discrétionnaire. Cela signifie que, même si le demandeur établit le bien-fondé de sa demande de contrôle judiciaire, la cour de révision dispose du pouvoir discrétionnaire prépondérant de refuser d'accorder la réparation demandée. Les déclarations de droit, qu'elles soient sollicitées au moyen d'une demande de contrôle judiciaire ou d'une action, sont également des réparations discrétionnaires. La nature discrétionnaire du contrôle judiciaire et du jugement déclaratoire est maintenue par les dispositions de la *Loi sur les Cours fédérales* en matière de contrôle judiciaire. Le paragraphe 18.1(3) dispose que « [s]ur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut » rendre certaines ordonnances de la nature visée par ces réparations traditionnelles. En conséquence, les juges de la Cour fédérale jouissent d'un pouvoir discrétionnaire pour déterminer s'il y a lieu à contrôle judiciaire. Le caractère discrétionnaire de la décision de procéder à un contrôle judiciaire signifie que l'exercice de ce pouvoir par le juge de la Cour fédérale commande la déférence en appel.

L'un des motifs discrétionnaires pouvant fonder le refus de procéder à un contrôle judiciaire est l'existence d'une solution de rechange adéquate. Pour qu'une autre

be adequate, neither the process nor the remedy need be identical to those available on judicial review. The categories of relevant factors are not closed, as it is for courts to identify and balance the relevant factors in the context of a particular case. The court should consider not only the available alternative, but also the suitability and appropriateness of judicial review in the circumstances. In short, the question is not simply whether some other remedy is adequate, but also whether judicial review is appropriate. Ultimately, this calls for a type of balance of convenience analysis which should take account of the purposes and policy considerations underpinning the legislative scheme in issue.

In this case, the appellants' position that they are entitled to a ruling on the legality of the *Guidelines* through a judicial review is fundamentally at odds with the discretionary nature of judicial review and with the broad grounds on which that discretion may be exercised. The appellants do not have a right to have the Federal Court rule on the legality of the *Guidelines*; the Federal Court has discretion to do so which it has decided not to exercise. Further, the appellants' position that the alternative is not adequate because it does not provide identical procedures or relief cannot be accepted. The appellants' arguments focus too narrowly on how challenging the *Guidelines* in the context of family law litigation in the provincial superior courts will not provide everything that might be available to them on judicial review. Here, the appellants request a judicial determination of, among other things, whether the *Guidelines* are based, as they are required to be by s. 26.1(2) of the *Divorce Act*, on the principle that spouses have a joint financial obligation to maintain the children of the marriage in accordance with their relative abilities to contribute to the performance of that obligation. Making that determination will inevitably engage family law expertise in relation to, among other things, the nature and extent of the obligation to maintain children and how the relative abilities of parents to do so should be assessed. The provincial superior courts deal day in and day out with disputes in the context of marital breakdown concerning the needs of children, as well as what custody and support arrangements are in their best interests. Parliament has entrusted, for practical purposes, this entire area of law to the provincial superior courts. Having done so, it would be curious to say the least, if the legality of a central aspect of that regime were to be finally decided by the federal courts

réparation ou un autre tribunal soit adéquat, il n'est pas nécessaire que la procédure ou la réparation soit identique à celle que permet d'obtenir le contrôle judiciaire. La liste des facteurs pertinents n'est pas limitée, car il appartient aux cours de justice de les cerner et de les soupeser dans le contexte d'une affaire donnée. La cour doit tenir compte non seulement de l'autre recours disponible, mais aussi de la pertinence et du caractère opportun du contrôle judiciaire dans les circonstances. Bref, la question ne consiste pas simplement à décider si quelque autre recours est adéquat, mais également s'il convient de recourir au contrôle judiciaire. En définitive, cela requiert une analyse du type de la prépondérance des inconvénients qui devrait prendre en compte les objectifs et les considérations de principe sous-tendant le régime législatif en cause.

En l'espèce, la thèse des appelants, selon laquelle ils ont droit à ce qu'il soit statué sur la légalité des *Lignes directrices* par voie de contrôle judiciaire, est fondamentalement incompatible avec la nature discrétionnaire du contrôle judiciaire et avec les motifs généraux pour lesquels ce pouvoir peut être exercé. Les appelants n'ont donc pas droit à ce que la Cour fédérale statue sur la légalité des *Lignes directrices*; la Cour fédérale a ce pouvoir discrétionnaire et a décidé de ne pas l'exercer. De plus, on ne saurait retenir la thèse des appelants que la solution de rechange n'est pas adéquate parce qu'elle ne débouche pas sur une procédure ou une réparation identique à celle qu'ils demandent. L'argumentation des appelants est trop axée sur la démonstration du fait qu'en contestant les *Lignes directrices* dans le cadre d'un litige en matière familiale devant les cours supérieures provinciales, ils ne pourraient obtenir tout ce que peut leur offrir le contrôle judiciaire. Dans la présente affaire, les appelants demandent aux tribunaux de décider, entre autres choses, si les *Lignes directrices* sont fondées, comme l'exige le par. 26.1(2) de la *Loi sur le divorce*, sur le principe que l'obligation financière de subvenir aux besoins des enfants à charge est commune aux époux et qu'elle est répartie entre eux selon leurs ressources respectives permettant de remplir cette obligation. Cette décision requiert forcément une expertise en droit de la famille, notamment pour ce qui est de la nature et de l'étendue de l'obligation de subvenir aux besoins des enfants et de l'appréciation des ressources respectives des parents leur permettant de remplir cette obligation. Les cours supérieures provinciales sont quotidiennement saisies, dans le contexte de l'échec d'un mariage, de différends concernant les besoins des enfants ou portant sur la question de savoir quels sont les arrangements alimentaires et ceux relatifs à la garde qui sont dans

which, as a result of federal legislation, have virtually no jurisdiction with respect to family law matters.

It would not be more efficient in this case to obtain a ruling in the Federal Court, as such a ruling would not be binding on any provincial superior court. Regardless of what the Federal Court might decide, before a ruling could have any practical effect, the issue would have to be re-litigated in the superior courts, or, alternatively, litigated up to this Court. It would be for the provincial courts to decide the impact of the illegality of the *Guidelines* on particular support orders and that could only be done in the context of a multitude of individual cases. Further, the appellants' judicial review proceedings exclude direct adversarial participation by other directly affected parties: spouses and former spouses seeking child support orders or variations of them under the *Divorce Act*. However, adjudicating the issue in the context of *Divorce Act* or child support proceedings would ensure full participation of these parties.

In summary, the Federal Court did not make any reviewable error in exercising the discretion not to entertain the judicial review application for declaratory relief. Provincial superior courts have jurisdiction to address the validity of the *Guidelines* where doing so is a necessary step in resolving a case otherwise properly before them. Judicial review in the Federal Court is manifestly inappropriate in this case and the Federal Court reasonably exercised its discretion not to engage in it.

The parties assumed that the Federal Court has exclusive original jurisdiction to grant judicial review remedies directed against regulations promulgated by the Governor in Council and as a result, that point is not before the Court for decision. But as presently advised, the concerns expressed in the minority opinion in relation to this issue are not shared. The language of the *Federal Courts Act* can be taken as a clear and explicit expression of parliamentary intent. No one questions that s. 18 does not withdraw the authority of the provincial superior courts to grant the traditional administrative law remedies against federal boards, commissions and tribunals on division of

l'intérêt des enfants. Le législateur a confié dans les faits tout ce domaine du droit aux cours supérieures provinciales. Ainsi, il serait pour le moins curieux que les cours fédérales, à qui la législation fédérale n'accorde pratiquement aucune compétence en matière de droit de la famille, statue de manière définitive sur la légalité d'un aspect primordial de ce régime.

Il ne vaut pas mieux en l'espèce obtenir une décision de la Cour fédérale, car aucune cour supérieure provinciale ne serait liée par cette décision. Peu importe la décision que pourrait rendre la Cour fédérale, la question devrait être soumise à nouveau aux cours supérieures avant que cette décision puisse avoir quelque effet pratique ou elle pourrait aussi aboutir à notre Cour. Il appartiendrait aux cours provinciales de décider de l'incidence que l'illégalité des *Lignes directrices* aurait sur certaines ordonnances alimentaires et elles ne pourraient le faire que dans le contexte d'une multitude d'affaires individuelles. En outre, le recours en contrôle judiciaire exercé par les appelants exclut toute participation contradictoire des autres parties directement touchées : les époux et les anciens époux qui cherchent à obtenir ou à faire modifier une ordonnance alimentaire pour enfant en vertu de la *Loi sur le divorce*. À l'inverse, statuer sur la question dans le contexte d'une instance relevant de la *Loi sur le divorce* ou en matière de pension alimentaire pour enfant garantirait la participation entière de ces parties.

En résumé, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur susceptible de révision en exerçant le pouvoir discrétionnaire de ne pas entendre la demande de contrôle judiciaire visant à obtenir un jugement déclaratoire. Les cours supérieures provinciales ont compétence pour statuer sur la validité des *Lignes directrices* lorsqu'il est nécessaire de le faire pour trancher une affaire dont elles sont dûment saisies. Il est manifestement inapproprié en l'espèce de s'adresser à la Cour fédérale par voie de contrôle judiciaire et cette cour a raisonnablement exercé son pouvoir discrétionnaire de ne pas procéder au contrôle judiciaire.

Les parties ont tenu pour acquis que la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour accorder des redressements liés au contrôle judiciaire à l'encontre de règlements pris par le gouverneur en conseil et la Cour n'est donc pas appelée à trancher cette question. Mais compte tenu des renseignements à la disposition de la Cour, les préoccupations exprimées sur ce point dans l'opinion minoritaire ne sont pas partagées. Le texte de la *Loi sur les Cours fédérales* peut être considéré comme une expression claire et explicite de l'intention du législateur. Personne ne met en doute que l'art. 18 ne retire pas aux cours supérieures provinciales le pouvoir d'octroyer

powers grounds, but with respect to judicial review on administrative law grounds, it has been expressly confirmed that the Federal Court has exclusive original jurisdiction as described in s. 18 of the *Federal Courts Act*.

Per Abella and Wagner JJ.: Although there is agreement with the result reached by the majority opinion, there is concern that the reasons not be seen as representing a definitive view from this Court that the provincial superior courts cannot declare federal regulations invalid on administrative grounds. The parties did not argue the issue of whether s. 18 of the *Federal Courts Act* grants the Federal Court exclusive original jurisdiction to declare invalid federal regulations promulgated by the Governor in Council. As a result, this case should not be seen as categorically endorsing the assumption that the Federal Court has exclusive jurisdiction to declare invalid all such regulations. This Court has said that provincial superior courts have jurisdiction to declare invalid the federal laws they administer. Any derogation from the jurisdiction of the provincial superior courts requires clear and explicit statutory wording to this effect. Section 18 of the *Federal Courts Act* does not clearly and unequivocally strip the provincial superior courts of their jurisdiction to declare federal regulations made by the Governor in Council to be invalid on administrative grounds. The Federal Court was created to remove from the provincial superior courts the jurisdiction to supervise federal administrative tribunals, not to strip them of their jurisdiction to determine the *vires* of the federal regulations they apply. There is no evidence that Parliament intended to limit the subject-matter jurisdiction of the provincial superior courts by preventing them from determining the *vires* of the regulations they apply. At the very least, this argues for caution and full argument before this Court declares — or is seen to declare — that s. 18 of the *Federal Courts Act* means that the Federal Court has exclusive jurisdiction over all federal regulations even if they are not part of legislative schemes over which the Federal Court has jurisdiction or expertise, such as the *Divorce Act*.

les réparations traditionnelles relevant du droit administratif à l'encontre des offices fédéraux pour des motifs liés au partage des compétences, mais en ce qui concerne le contrôle judiciaire effectué sur la base de moyens de droit administratif, il a été expressément confirmé que la Cour fédérale possède la compétence exclusive en première instance décrite à l'art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

Les juges Abella et Wagner : Bien qu'il y ait accord avec le résultat exprimé dans l'opinion majoritaire, il y a lieu de craindre que les motifs ne soient interprétés comme une opinion définitive de notre Cour voulant que les cours supérieures provinciales ne peuvent pas déclarer des règlements fédéraux invalides pour des moyens de droit administratif. Les parties n'ont pas débattu la question de savoir si l'art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* accorde à la Cour fédérale la compétence exclusive, en première instance, pour déclarer invalides les règlements fédéraux promulgués par le gouverneur en conseil. En conséquence, il ne faudrait pas considérer en l'espèce que la Cour endosse de façon catégorique l'hypothèse voulant que la Cour fédérale ait la compétence exclusive pour déclarer invalides l'ensemble de ces règlements. Notre Cour a affirmé que les cours supérieures provinciales ont compétence pour déclarer invalides les lois fédérales qu'elles appliquent. Toute limitation de la compétence des cours supérieures provinciales doit être énoncée expressément en termes clairs dans la loi. L'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* ne dépossède pas clairement et sans équivoque les cours supérieures provinciales de leur pouvoir de déclarer invalide pour des moyens de droit administratif un règlement adopté par le gouverneur en conseil. La Cour fédérale a été créée dans le but de retirer aux cours supérieures provinciales le pouvoir de surveillance des tribunaux administratifs fédéraux, et non pas de leur enlever celui de se prononcer sur la validité des règlements fédéraux qu'elles appliquent. Rien n'indique que le Parlement ait voulu limiter la compétence *ratione materiae* des cours supérieures provinciales en les empêchant de se prononcer sur la validité des règlements qu'elles appliquent. Cela signifie à tout le moins que la Cour doit faire preuve de prudence et bénéficier d'une argumentation complète avant de déclarer — ou de donner l'impression de déclarer — que l'art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* attribue à la Cour fédérale la compétence exclusive sur tous les règlements fédéraux, même s'ils ne font pas partie de régimes législatifs relevant de la compétence ou de l'expertise de la Cour fédérale, tels la *Loi sur le divorce*.

Cases Cited

By Cromwell J.

Adopted: *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; *Canada (Attorney General) v. McArthur*, 2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626, aff'g 2008 ONCA 892, 94 O.R. (3d) 19; *Canadian Food Inspection Agency v. Professional Institute of the Public Service of Canada*, 2010 SCC 66, [2010] 3 S.C.R. 657; **referred to:** *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 67 F.T.R. 98; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Canada Labour Relations Board v. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 147; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262; *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613; *May v. Ferndale Institution*, 2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809; *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042; *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332.

By Abella and Wagner JJ.

Distinguished: *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; *Canada (Attorney General) v. McArthur*, 2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626; **referred to:** *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *Sorbara v. Canada (Attorney General)*, 2009 ONCA 506, 98 O.R. (3d) 673, leave to appeal refused, [2009] 3 S.C.R. x; *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney-General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 63; *Messengeries publi-maison ltée v. Société canadienne des postes*, [1996] R.J.Q. 547; *Waddell v. Governor in Council* (1981), 30 B.C.L.R. 127, aff'd (1982), 142 D.L.R. (3d) 177; *Re Williams and Attorney-General for Canada* (1983), 45 O.R. (2d) 291; *British Columbia Milk Marketing Board v. Aquilini*, [1997] B.C.J. No. 843 (QL), rev'd in part (1998), 165 D.L.R. (4th) 626, notice of discontinuance filed, [1999] 2 S.C.R. v; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Wakeford v. Canada* (2002), 58 O.R. (3d) 65, leave to appeal refused, [2002] 4 S.C.R. vii; *Lavers v. British Columbia (Minister of Finance)* (1989),

Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

Arrêts adoptés : *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; *Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626, conf. 2008 ONCA 892, 94 O.R. (3d) 19; *Agence canadienne d'inspection des aliments c. Institut professionnel de la fonction publique du Canada*, 2010 CSC 66, [2010] 3 R.C.S. 657; **arrêts mentionnés :** *Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Attorney General)* (1993), 67 F.T.R. 98; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 147; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262; *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613; *May c. Établissement Ferndale*, 2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809; *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Hadmor Productions Ltd. c. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042; *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332.

Citée par les juges Abella et Wagner

Distinction d'avec les arrêts : *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; *Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626; **arrêts mentionnés :** *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Sorbara c. Canada (Attorney General)*, 2009 ONCA 506, 98 O.R. (3d) 673, autorisation d'appel refusée, [2009] 3 R.C.S. x; *Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Attorney-General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 63; *Messengeries publi-maison ltée c. Société canadienne des postes*, [1996] R.J.Q. 547; *Waddell c. Governor in Council* (1981), 30 B.C.L.R. 127, conf. par (1982), 142 D.L.R. (3d) 177; *Re Williams and Attorney-General for Canada* (1983), 45 O.R. (2d) 291; *British Columbia Milk Marketing Board c. Aquilini*, [1997] B.C.J. No. 843 (QL), inf. en partie par (1998), 165 D.L.R. (4th) 626, avis de désistement produit, [1999] 2 R.C.S. v; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Wakeford c. Canada* (2002), 58 O.R. (3d) 65, autorisation d'appel

64 D.L.R. (4th) 193; *International Fund for Animal Welfare, Inc. v. Canada (Attorney General)* (1998), 157 D.L.R. (4th) 561; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401; *Dyck v. Highton*, 2003 SKQB 396, 239 Sask. R. 38; *Ward v. Canada (Attorney General)* (1997), 155 Nfld. & P.E.I.R. 313, rev'd (1999), 183 Nfld. & P.E.I.R. 295, rev'd 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569; *Souliere v. Leclair* (1998), 52 C.R.R. (2d) 156; *Premi v. Khodeir* (2009), 198 C.R.R. (2d) 8; *Grenon v. Canada (Attorney General)*, 2007 ABQB 403, 76 Alta. L.R. (4th) 346; *Canada Labour Relations Board v. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 147.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3.
Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23.
Constitution Act, 1867, s. 101.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.
Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 26.1.
Extradition Act, S.C. 1999, c. 18.
Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175, ss. 7, 10.
Federal Court Act, S.C. 1970-71-72, c. 1, ss. 17, 18.
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7 [am. 2002, c. 8, s. 14], ss. 2 “federal board, commission or other tribunal”, 17 [am. 1990, c. 8, s. 3], 18, 18.1(3).

Authors Cited

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Carswell, 2013 (loose-leaf updated December 2014, release 3).
 Bushnell, Ian. *The Federal Court of Canada: A History, 1875-1992*. Toronto: University of Toronto Press, 1997.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. IV, 2nd Sess., 34th Parl., November 1, 1989, pp. 5413-14.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. V, 2nd Sess., 28th Parl., March 25, 1970, pp. 5469-71.
 de Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed., by J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 1. Toronto: Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2014, release 1).

refusée, [2002] 4 R.C.S. vii; *Lavers c. British Columbia (Minister of Finance)* (1989), 64 D.L.R. (4th) 193; *International Fund for Animal Welfare, Inc. c. Canada (Attorney General)* (1998), 157 D.L.R. (4th) 561; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401; *Dyck c. Highton*, 2003 SKQB 396, 239 Sask. R. 38; *Ward c. Canada (Attorney General)* (1997), 155 Nfld. & P.E.I.R. 313, inf. par (1999), 183 Nfld. & P.E.I.R. 295, inf. par 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569; *Souliere c. Leclair* (1998), 52 C.R.R. (2d) 156; *Premi c. Khodeir* (2009), 198 C.R.R. (2d) 8; *Grenon c. Canada (Attorney General)*, 2007 ABQB 403, 76 Alta. L.R. (4th) 346; *Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 147.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46.
Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175, art. 7, 10.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 101.
Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, c. C-23.
Loi sur l'extradition, L.C. 1999, c. 18.
Loi sur la Cour fédérale, S.C. 1970-71-72, c. 1, art. 17, 18.
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3.
Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, c. 3 (2^e suppl.), art. 26.1.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, c. F-7 [mod. 2002, c. 8, art. 14], art. 2 « office fédéral », 17 [mod. 1990, c. 8, art. 3], 18, 18.1(3).

Doctrine et autres documents cités

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, Toronto, Carswell, 2013 (loose-leaf updated December 2014, release 3).
 Bushnell, Ian. *The Federal Court of Canada : A History, 1875-1992*, Toronto, University of Toronto Press, 1997.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 2^e sess., 34^e lég., 1^{er} novembre 1989, p. 5413-5414.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 2^e sess., 28^e lég., 25 mars 1970, p. 5469-5471.
 de Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed., by J. M. Evans, London, Stevens & Sons, 1980.

Jones, David Phillip, and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2014.

Mullan, David J. “The Discretionary Nature of Judicial Review”, in Robert J. Sharpe and Kent Roach, eds., *Taking Remedies Seriously: 2009*. Montréal: Canadian Institute for the Administration of Justice, 2010, 420.

Pound, Richard W. *Chief Justice W.R. Jaccett: By the Law of the Land*. Montréal and Kingston: McGill-Queen’s University Press, 1999.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 1, Toronto, Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2014, release 1).

Jones, David Phillip, and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 6th ed., Toronto, Carswell, 2014.

Mullan, David J. « The Discretionary Nature of Judicial Review », dans Robert J. Sharpe et Kent Roach, dir., *Les recours et les mesures de redressement : une affaire sérieuse — 2009*, Montréal, Institut canadien d’administration de la justice, 2010, 420.

Pound, Richard W. *Chief Justice W.R. Jaccett : By the Law of the Land*, Montréal and Kingston, McGill-Queen’s University Press, 1999.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Blais C.J. and Sharlow and Gauthier J.J.A.), 2014 FCA 33, 460 N.R. 240, [2014] F.C.J. No. 998 (QL), 2014 CarswellNat 3631 (WL Can.), affirming a decision of Gleason J., 2013 FC 475, 432 F.T.R. 152, [2013] F.C.J. No. 529 (QL), 2013 CarswellNat 1363 (WL Can.). Appeal dismissed.

Glenn Solomon, Q.C., and *Laura Warner*, for the appellants.

Anne M. Turley and *Catherine A. Lawrence*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Gascon and Côté J.J. was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] The appellants seek to make a point: that the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175, are unlawful. They chose to make it by bringing a judicial review application in the Federal Court. The Federal Court, however, found that this was not an appropriate means by which to raise this issue and dismissed their application. It did so by exercising the well-established discretion to decline to undertake judicial review when some other, more suitable remedy is available. The Federal Court of

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (le juge en chef Blais et les juges Sharlow et Gauthier), 2014 CAF 33, 460 N.R. 240, [2014] A.C.F. n° 998 (QL), 2014 CarswellNat 4393 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la juge Gleason, 2013 CF 475, 432 F.T.R. 152, [2013] A.C.F. n° 529 (QL), 2013 CarswellNat 3103 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Glenn Solomon, c.r., et *Laura Warner*, pour les appelants.

Anne M. Turley et *Catherine A. Lawrence*, pour l’intimé.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Gascon et Côté rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] Les appelants cherchent à établir le bien-fondé d’une thèse : les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175, sont illégales. Ils ont choisi de le faire en présentant une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale. Cette dernière a cependant conclu qu’il ne s’agissait pas d’un moyen approprié de soulever la question et elle a rejeté leur demande, exerçant ainsi le pouvoir discrétionnaire bien établi de refuser de procéder au contrôle judiciaire lorsqu’il existe un

Appeal upheld that decision. In my view, it made no mistake in doing so.

[2] The appellants' challenge to the child support *Guidelines* raises an issue of fundamental importance to, and with broad ramifications for child support on divorce, an area entrusted by Parliament mainly to the provincial superior courts. Questions about the nature and objectives of child support on divorce, which are squarely within the expertise of those courts, will be central to resolving the appellants' challenge. While the appellants point to procedural and efficiency advantages of addressing these questions by means of judicial review in the Federal Court, any advantages are, on closer examination, largely illusory. I would therefore affirm the decision of the Federal Court of Appeal.

II. Overview of the Facts, Judicial History and Issues

[3] The Governor in Council has made guidelines, by regulation, respecting child support orders: *Guidelines*. The power to do so is conferred by s. 26.1 of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.). That provision authorizes the Governor in Council to make such guidelines "based on the principle that spouses have a joint financial obligation to maintain the children of the marriage in accordance with their relative abilities to contribute to the performance of that obligation" (s. 26.1(2)).

[4] The six appellants are potentially affected by the *Guidelines* in different ways. Three of them pay child support. Robert T. Strickland entered into an interim child support agreement through court-mandated mediation during a divorce action. George Connon, who is separated from his wife, voluntarily pays child support calculated in accordance with the *Guidelines*. Roland Auer pays child support to his second wife, the amount of which was initially calculated with reference to the *Guidelines* and has since

autre recours, plus convenable. La Cour d'appel fédérale a confirmé cette décision. À mon avis, elle n'a commis aucune erreur en agissant de la sorte.

[2] En contestant les *Lignes directrices*, les appelants soulèvent une question qui revêt une importance fondamentale et qui a de vastes ramifications sur les pensions alimentaires pour enfants en cas de divorce, un domaine que le législateur a confié principalement aux cours supérieures provinciales. Les questions liées à la nature et aux objectifs d'une pension alimentaire pour enfant en cas de divorce, lesquelles relèvent nettement de l'expertise de ces tribunaux, seront au centre du règlement de la contestation des appelants. Bien que les appelants soulignent les avantages au chapitre de la procédure et de l'efficacité qu'il y a à faire trancher ces questions par voie de contrôle judiciaire en Cour fédérale, un examen approfondi révèle que ces avantages sont en grande partie illusoire. Je confirmerais donc la décision de la Cour d'appel fédérale.

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

[3] Le gouverneur en conseil a adopté par règlement des lignes directrices concernant les ordonnances alimentaires au profit des enfants : *Lignes directrices*. Il tient ce pouvoir de réglementation de l'art. 26.1 de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3 (2^e suppl.), qui l'autorise à adopter ces lignes directrices pourvu qu'elles soient « fondées sur le principe que l'obligation financière de subvenir aux besoins des enfants à charge est commune aux époux et qu'elle est répartie entre eux selon leurs ressources respectives permettant de remplir cette obligation » (par. 26.1(2)).

[4] Les six appelants peuvent être touchés de différentes manières par les *Lignes directrices*. Trois d'entre eux versent une pension alimentaire pour enfant. Robert T. Strickland a conclu une entente provisoire en la matière par le truchement d'une médiation ordonnée par la cour lors d'une action en divorce. George Connon, qui est séparé de son épouse, paie volontairement une pension alimentaire pour enfant calculée conformément aux *Lignes directrices*. Roland Auer verse à sa deuxième

been varied twice by the Alberta Court of Queen's Bench. The other three appellants are Roland Auer's first wife, Iwona Auer-Grzesiak, and two of his sons. They argue that they are affected by Mr. Auer's obligation to pay child support to his second wife.

[5] The appellants maintain that the *Guidelines* are not authorized by s. 26.1(2) and are therefore unlawful (or as lawyers say, are *ultra vires*). They claim that, contrary to what that section requires, the *Guidelines* are not based on the "relative abilities to contribute" of both spouses and that they do not reasonably calculate the amounts required "to maintain the children". To advance this position, the appellants brought an application for judicial review in the Federal Court seeking a declaration to this effect.

[6] The Federal Court has "exclusive original jurisdiction . . . to . . . grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal": *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18(1)(a). The parties argued the appeal on the assumption that, under the *Federal Courts Act*, the application for a declaration that the *Guidelines* are *ultra vires* is, by virtue of this provision, within the exclusive jurisdiction of the Federal Court. There was no argument to the contrary and I accept that assumption for the purposes of my reasons. However, the Attorney General of Canada brought a motion to dismiss the judicial review application arguing, among other things, that the Federal Court should exercise its discretion to decline to hear the application.

[7] The Federal Court agreed and dismissed the appellants' judicial review application: 2013 FC 475, 432 F.T.R. 152. The application judge, Gleason J., held that the Federal Court is not an appropriate forum in which to address the validity of the *Guidelines*. She reasoned that the provincial superior courts

épouse une pension de ce genre dont le montant a été fixé au départ sur la base des *Lignes directrices* et a depuis été modifié deux fois par la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. Les trois autres appelants sont la première épouse de Roland Auer, Iwona Auer-Grzesiak, et deux de ses fils. Ils prétendent être touchés par l'obligation de M. Auer de verser une pension alimentaire pour enfant à sa deuxième épouse.

[5] Les appelants soutiennent que les *Lignes directrices* ne sont pas autorisées par le par. 26.1(2) et qu'elles sont donc illégales (ou, comme le disent les avocats, qu'elles sont *ultra vires*). Ils affirment que, contrairement à ce qu'exige cette disposition, les *Lignes directrices* ne sont pas fondées sur le principe voulant que l'obligation soit répartie selon les « ressources respectives » des deux époux et que les montants qui y sont calculés ne permettent pas raisonnablement « de subvenir aux besoins des enfants ». Afin de faire valoir cette thèse, les appelants ont présenté une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale en vue d'obtenir un jugement déclaratoire à cet effet.

[6] La Cour fédérale a « compétence exclusive, en première instance, pour [. . .] rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral » : *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, al. 18(1)a). Les parties ont plaidé leur cause en tenant pour acquis que, selon la *Loi sur les Cours fédérales*, la demande en vue d'obtenir un jugement déclarant que les *Lignes directrices* sont *ultra vires* relève, par application de cette disposition, de la compétence exclusive de la Cour fédérale. Personne n'a soutenu le contraire et j'accepte cette supposition pour les besoins de mes motifs. Cependant, le procureur général du Canada a demandé par requête le rejet de la demande de contrôle judiciaire, prétendant entre autres que la Cour fédérale devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour refuser de l'instruire.

[7] La Cour fédérale lui a donné raison et a rejeté la demande de contrôle judiciaire des appelants : 2013 CF 475. La juge saisie de la demande, la juge Gleason, a conclu que la Cour fédérale n'est pas le tribunal qui convient pour statuer sur la validité des *Lignes directrices*. Elle a estimé que les

have jurisdiction over a claim that the *Guidelines* are *ultra vires* if that claim is made in proceedings in which those courts are asked to apply them. Given the minor role the Federal Court plays in issues under the *Divorce Act* and the breadth of the jurisdiction and expertise of the provincial superior courts in matters related to divorce and child support, it would be inappropriate for the Federal Court to consider the judicial review application on its merits. The Federal Court of Appeal upheld this conclusion: 2014 FCA 33, 460 N.R. 240.

[8] The appellants' appeal to this Court, as I see it, raises two related questions:

1. Do the provincial superior courts have jurisdiction to address the validity of the *Guidelines*?
2. Even if they do, did the federal courts err in refusing to hear the judicial review application on its merits?

[9] In my view, the provincial superior courts have jurisdiction to address the validity of the *Guidelines* where doing so is a necessary step in resolving a case otherwise properly before them and the Federal Court did not err by refusing to hear the appellants' judicial review application.

III. Analysis

A. *First Issue: Do the Provincial Superior Courts Have Jurisdiction to Address the Validity of the Guidelines?*

(1) Position of the Parties

[10] The Federal Court's refusal to undertake judicial review was based on a central premise: the provincial superior courts may rule on the legality

cours supérieures provinciales ont compétence pour se prononcer sur une allégation selon laquelle les *Lignes directrices* sont *ultra vires* lorsque cette allégation est présentée dans le cadre d'une instance où elles sont appelées à les appliquer. Étant donné le rôle mineur joué par la Cour fédérale à l'égard des questions relevant de la *Loi sur le divorce* ainsi que l'étendue de la compétence et de l'expertise des cours supérieures des provinces en matière de divorce et de pensions alimentaires pour enfants, il ne convient pas que la Cour fédérale examine la demande de contrôle judiciaire sur le fond. La Cour d'appel fédérale a confirmé cette conclusion : 2014 CAF 33.

[8] À mon avis, le pourvoi interjeté par les appelants devant notre Cour soulève deux questions connexes :

1. Les cours supérieures provinciales ont-elles compétence pour statuer sur la validité des *Lignes directrices*?
2. Le cas échéant, les cours fédérales ont-elles quand même commis une erreur en refusant d'instruire la demande de contrôle judiciaire sur le fond?

[9] J'estime que les cours supérieures provinciales ont compétence pour statuer sur la validité des *Lignes directrices* lorsqu'il est nécessaire de le faire pour trancher une affaire dont elles sont dûment saisies, et que la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en refusant d'instruire la demande de contrôle judiciaire des appelants.

III. Analyse

A. *Première question : Les cours supérieures provinciales ont-elles compétence pour statuer sur la validité des Lignes directrices?*

(1) Thèse des parties

[10] Le refus de la Cour fédérale de procéder au contrôle judiciaire reposait sur la prémisse centrale suivant laquelle les cours supérieures des provinces

of the *Guidelines* when that question arises in a proceeding otherwise properly before them. The appellants challenge that premise. Their position is based on two uncontroversial propositions.

[11] They say, first, that s. 18 of the *Federal Courts Act* gives the Federal Court exclusive original jurisdiction to (among other things) “grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal”. (The full text is in the Appendix.) This leads to their second point, which is that this exclusive jurisdiction undisputedly includes the jurisdiction to declare regulations promulgated by the Governor in Council, such as the *Guidelines*, to be *ultra vires*: *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 67 F.T.R. 98, at paras. 8 and 12. The appellants submit that it follows from these two points that litigants like themselves, who are seeking a public law remedy against a federal entity, may proceed *only* in the federal courts: *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585, at para. 19.

[12] The appellants note that there are only two exceptions to this exclusive jurisdiction of the Federal Court, neither of which applies here. First, Parliament may create express exceptions, as it has done in the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, and the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18. There is no such express exception for the appellants’ judicial review proceeding. Second, Parliament cannot, through s. 18 of the *Federal Courts Act* or otherwise, deprive provincial superior courts of the ability to determine the constitutional validity and applicability of legislation: *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Canada Labour Relations Board v. Paul L’Anglais Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 147. But that principle does not apply here because the appellants challenge the *Guidelines* on administrative law, not on constitutional grounds.

peuvent statuer sur la légalité des *Lignes directrices* si cette question est soulevée dans une instance introduite à bon droit devant elles. Les appelants contestent cette prémisse. Leur position repose sur deux propositions qui ne prêtent pas à controverse.

[11] Ils affirment, d’une part, que l’art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* confère à la Cour fédérale compétence exclusive, en première instance, pour (entre autres) « rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral ». (Le texte complet de la disposition figure en annexe.) Cela nous amène au second point, c’est-à-dire que cette compétence exclusive englobe incontestablement le pouvoir de déclarer *ultra vires* les règlements pris par le gouverneur en conseil, tels que les *Lignes directrices* : *Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Attorney General)* (1993), 67 F.T.R. 98, par. 8 et 12. Il s’ensuit donc, soutiennent les appelants, que les plaideurs comme eux, qui sollicitent une réparation de droit public à l’encontre d’une entité fédérale, ne peuvent le faire *que* devant les cours fédérales : *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585, par. 19.

[12] Les appelants signalent qu’il y a uniquement deux exceptions à cette compétence exclusive de la Cour fédérale et qu’aucune d’elles ne s’appliquent en l’espèce. Premièrement, le législateur peut prévoir expressément des exceptions, comme il l’a fait dans la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3, et la *Loi sur l’extradition*, L.C. 1999, c. 18. Le contrôle judiciaire sollicité par les appelants n’est visé par aucune exception expresse de ce genre. Deuxièmement, le législateur ne peut, par le biais de l’art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* ou de toute autre disposition, déposséder les cours supérieures provinciales du pouvoir de statuer sur la validité et l’applicabilité constitutionnelles d’un texte législatif : *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Conseil canadien des relations du travail c. Paul L’Anglais Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 147. Or, ce principe ne s’applique pas dans le cas présent parce que les appelants contestent les *Lignes directrices* par des moyens relevant du droit administratif, et non par des moyens constitutionnels.

[13] Based on these points, the appellants submit that, contrary to the view of the federal courts, “the weight of authority, and strong policy considerations, favour concluding that the provincial superior courts do not require jurisdiction to determine administrative validity as part of being asked to apply the *Guidelines*” and that provincial superior courts must presume the *Guidelines* to be valid unless found to be invalid by a court of competent jurisdiction: A.F., at para. 83 (emphasis deleted).

[14] The respondent Attorney General rejects this contention and supports the conclusion of the federal courts on this point.

[15] In my respectful view, the Attorney General is correct. A provincial superior court can hear and determine a challenge to the legality of the *Guidelines* where that determination is a necessary step in disposing of support proceedings properly before it. This, in my view, is clear from a line of very recent authority from this Court. I will turn to review it and explain why it applies here after a brief account of the purposes of the Federal Court’s exclusive jurisdiction.

(2) Section 18 and the Federal Court’s Exclusive Jurisdiction

[16] In 1970, Parliament enacted the *Federal Court Act*, S.C. 1970-71-72, c. 1. The Act was subsequently renamed the *Federal Courts Act*, S.C. 2002, c. 8, s. 14, which is the legislation in force today. For clarity, when I refer to the “Act” in these reasons, I refer to the enactment that was in force at the relevant time.

[17] Before the Act, judicial review of federal administrative action was conducted by the provincial superior courts as an aspect of their inherent jurisdiction. However, with the growth of federal regulatory regimes and administrative tribunals, several disadvantages of this arrangement became apparent.

[13] Sur la foi de ces éléments, les appelants soutiennent que, contrairement à ce qu’en pensent les cours fédérales, [TRADUCTION] « la jurisprudence et d’importantes considérations de principe militent en faveur de la conclusion qu’il n’est pas nécessaire que les cours supérieures provinciales aient compétence pour statuer sur la validité administrative des *Lignes directrices* lorsqu’elles sont appelées à les appliquer » et qu’elles doivent présumer que les *Lignes directrices* sont valides à moins qu’elles ne soient jugées invalides par un tribunal compétent : m.a., par. 83 (caractères gras omis).

[14] Le procureur général intimé rejette cette prétention et appuie la conclusion des cours fédérales sur ce point.

[15] À mon humble avis, le procureur général a raison. Une cour supérieure provinciale peut entendre et trancher une contestation de la légalité des *Lignes directrices* lorsqu’elle doit rendre cette décision pour statuer sur un recours alimentaire dont elle est régulièrement saisie. C’est, à mon avis, ce qui ressort d’une série d’arrêts rendus très récemment par notre Cour. Je vais maintenant examiner ces arrêts et expliquer pourquoi ils s’appliquent en l’espèce, mais j’exposerai d’abord brièvement les objectifs de la compétence exclusive de la Cour fédérale.

(2) L’article 18 et la compétence exclusive de la Cour fédérale

[16] En 1970, le législateur a adopté la *Loi sur la Cour fédérale*, S.C. 1970-71-72, c. 1, dont le titre a par la suite été remplacé par *Loi sur les Cours fédérales*, L.C. 2002, c. 8, art. 14, la loi qui est en vigueur aujourd’hui. Par souci de clarté, lorsque je parle de la « Loi » dans les présents motifs, c’est à la loi qui était en vigueur à l’époque pertinente que je fais allusion.

[17] Avant l’entrée en vigueur de la Loi, le contrôle judiciaire d’une mesure administrative du gouvernement fédéral était effectué par les cours supérieures provinciales dans l’exercice de leur compétence inhérente. L’accroissement des régimes de réglementation et des tribunaux administratifs fédéraux

These included the possibility of multiple proceedings involving a federal decision that could lead to conflicting decisions and “a perceived lack of familiarity with federal legislation by judges who encountered it only occasionally”: D. J. M. Brown and J. M. Evans, with the assistance of C. E. Deacon, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at topic 2:4100.

[18] To respond to these concerns, Parliament consolidated judicial review of federal boards, commissions and tribunals within the exclusive jurisdiction of the Federal Court: s. 18 of the Act. This, it was hoped, would ensure uniformity and prevent a multiplicity of proceedings: see, e.g., *TeleZone*, at paras. 49-50; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, at para. 35. The then-Minister of Justice stated that this consolidation was “designed to create a single and uniform basis of superintending jurisdiction in relation to federal boards and commissions and to place them on the same footing in this regard as provincial boards and commissions”: *TeleZone*, at para. 50, citing *House of Commons Debates*, vol. V, 2nd Sess., 28th Parl., March 25, 1970, at p. 5471. Thus, with the passage of the Act, Parliament “remove[d] from the superior courts of the provinces the jurisdiction over prerogative writs, declarations, and injunctions against federal boards, commissions and other tribunals and . . . place[d] that jurisdiction (slightly modified) in a new federal court”: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 34; see also *Paul L’Anglais Inc.*, at p. 154.

[19] The Act also gave the Federal Court *exclusive* jurisdiction over proceedings against the federal crown: s. 17. However, this scheme proved unworkable in practice by virtue of the constitutional limits of the court’s jurisdiction under s. 101 of the *Constitution Act, 1867*. That meant that the Federal Court generally had no jurisdiction over Crown servants or over other co-defendants, third parties or defendants by counterclaim and that those persons and proceedings had to be addressed in parallel proceedings in

a toutefois fait ressortir plusieurs des inconvénients que comportait cet arrangement, notamment la possibilité qu’une décision fédérale fasse l’objet d’une multitude d’instances susceptibles d’aboutir à des décisions contradictoires ainsi que [TRADUCTION] « l’impression que les juges connaissaient peu la législation fédérale sur laquelle ils étaient parfois appelés à se pencher » : D. J. M. Brown et J. M. Evans, avec la collaboration de C. E. Deacon, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), thème 2:4100.

[18] Pour répondre à ces préoccupations, le législateur a assujéti le contrôle judiciaire des décisions des offices, commissions et tribunaux fédéraux à la compétence exclusive de la Cour fédérale : art. 18 de la Loi. Il espérait ainsi assurer l’uniformité et prévenir la multiplication des recours : voir, p. ex., *TeleZone*, par. 49-50; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, par. 35. Le ministre de la Justice de l’époque a déclaré que cette consolidation était « destiné[e] à établir sur une base unique et uniforme le pouvoir de surveillance exercé sur les commissions et offices fédéraux et à les placer sur le même pied sous ce rapport que les commissions et offices provinciaux » : *TeleZone*, par. 50, citant les *Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 2^e sess., 28^e lég., 25 mars 1970, p. 5471. Ainsi, en adoptant la Loi, le législateur a « retir[é] aux cours supérieures des provinces leur compétence en matière de brevets de prerogative, jugements déclaratoires et injonctions visant des offices fédéraux et [. . .] attribu[é] cette compétence (légèrement modifiée) à une nouvelle cour fédérale » : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 34; voir aussi *Paul L’Anglais Inc.*, p. 154.

[19] La Loi accordait aussi à la Cour fédérale une compétence *exclusive* sur les instances introduites contre la Couronne fédérale : art. 17. Or, ce régime s’est révélé impossible à appliquer en pratique du fait des limites imposées à la compétence de la Cour fédérale par l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cela signifiait que, de façon générale, la Cour fédérale n’avait pas compétence sur les préposés de la Couronne ou sur les autres codéfendeurs, tiers ou défendeurs reconventionnels, et

the provincial superior courts. This unsatisfactory state of affairs was resolved by amendments in 1990 making the Federal Court's jurisdiction over claims against the federal Crown concurrent with that of the provincial superior courts rather than exclusive: S.C. 1990, c. 8, s. 3; and see generally, P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 1, at pp. 7-33 and 7-34. Thus, since 1990, the Federal Court's exclusive jurisdiction with respect to judicial review is a qualification of the general rule of concurrent jurisdiction between it and the provincial superior courts.

(3) The TeleZone Principle

[20] I have already referred briefly to the practical problems which arose by virtue of the attempt to confer on the Federal Court exclusive jurisdiction over claims against the federal Crown. The conferral of exclusive jurisdiction in judicial review of federal tribunals has also given rise to some practical problems. The main one, which arose in a line of recent cases, is whether this exclusive judicial review jurisdiction means that a claim for damages based on allegedly unlawful conduct by a federal board, commission or tribunal cannot be brought in the provincial superior courts without the claimant first successfully applying for judicial review of that conduct in the Federal Court: *TeleZone; Canada (Attorney General) v. McArthur*, 2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626; *Canadian Food Inspection Agency v. Professional Institute of the Public Service of Canada*, 2010 SCC 66, [2010] 3 S.C.R. 657.

[21] The Attorney General of Canada adopted the position that bringing an action in the provincial superior courts without first challenging the legality of the conduct by way of judicial review in the Federal Court was an impermissible evasion of the Federal Court's exclusive judicial review jurisdiction under s. 18 and therefore constituted an impermissible

que ces personnes et les recours auxquels ils étaient parties devaient être jugés par les cours supérieures des provinces dans des instances parallèles. Pour remédier à cet état de choses insatisfaisant, on a modifié la Loi en 1990 de sorte que la Cour fédérale a maintenant non plus compétence exclusive, mais plutôt compétence concurrente avec les cours supérieures provinciales, sur les actions intentées contre la Couronne fédérale : L.C. 1990, c. 8, art. 3; voir, de façon générale, P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), vol. 1, p. 7-33 et 7-34. Ainsi, depuis 1990, la compétence exclusive de la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire est une réserve à la règle générale de compétence concurrente entre cette cour et les cours supérieures des provinces.

(3) Le principe de l'arrêt TeleZone

[20] J'ai déjà brièvement évoqué les problèmes concrets survenus à la suite de la tentative de conférer à la Cour fédérale une compétence exclusive sur les actions intentées contre la Couronne fédérale. L'attribution d'une compétence exclusive à l'égard du contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs fédéraux a également donné lieu à certaines difficultés pratiques. La plus importante est de savoir, et cette question s'est posée dans une série d'arrêts récents, si cette compétence exclusive en matière de contrôle judiciaire signifie qu'aucune action en dommages-intérêts fondée sur une allégation de conduite illégale par un office fédéral ne peut être intentée devant les cours supérieures provinciales sans que le demandeur n'ait contesté d'abord avec succès cette conduite par voie de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale : *TeleZone; Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626; *Agence canadienne d'inspection des aliments c. Institut professionnel de la fonction publique du Canada*, 2010 CSC 66, [2010] 3 R.C.S. 657.

[21] Le procureur général du Canada a affirmé que se pourvoir devant les cours supérieures provinciales sans avoir au préalable contesté la légalité de la conduite de l'office fédéral par voie de contrôle judiciaire en Cour fédérale constituait une tentative inadmissible d'échapper à la compétence exclusive en matière de contrôle judiciaire conférée

collateral attack on the actions of the federal tribunal. This Court, however, unanimously rejected this contention, noting that accepting it would create a “bottleneck” that was “manifestly not the intention of Parliament”: *TeleZone*, at para. 3.

[22] *TeleZone* and the related cases, although they did not decide the precise point in issue here, support the principle that the provincial superior courts have the authority to consider and rule on the legality of the actions of federal tribunals when doing so is a necessary step in adjudicating claims properly before the superior courts. As in my view this principle is central to this case, a brief review of the key cases is in order.

[23] In *TeleZone*, the plaintiff company sued the federal government in the Ontario Superior Court of Justice, seeking damages in tort, contract and equity stemming from a decision not to include *TeleZone* among the successful bidders for licences to provide personal communication services — essentially a cell phone network. It alleged that the Minister of Industry Canada had breached a term of the department’s policy statement which had accompanied its call for licence applications and had failed to treat *TeleZone* fairly as required by the tendering process. *TeleZone* neither impugned the Minister’s decision to issue the licences nor sought a licence for itself. It simply sought damages for the Minister’s allegedly illegal conduct in denying it a licence and for failing to treat it fairly. The Crown argued that by virtue of the Federal Court’s exclusive jurisdiction under s. 18 of the Act, *TeleZone* could not advance these claims in the Superior Court unless it first obtained from the Federal Court an order quashing the Minister’s decision.

à la Cour fédérale par l’art. 18 et équivalait donc à une contestation indirecte inadmissible des mesures de l’office fédéral. La Cour a cependant rejeté à l’unanimité cette prétention, faisant observer que l’accepter aurait pour effet de créer un « goulot d’étranglement », ce que « [le législateur] n’entendait manifestement pas créer » : *TeleZone*, par. 3.

[22] Même s’ils n’ont pas tranché la question précise qui se pose ici, *TeleZone* et les arrêts connexes appuient le principe voulant que les cours supérieures provinciales aient le pouvoir de se pencher et de statuer sur la légalité des mesures des offices fédéraux lorsqu’il est nécessaire de le faire pour trancher une demande dont elles sont régulièrement saisies. Étant donné qu’à mon avis, ce principe est au cœur de la présente affaire, un bref examen de ces arrêts clés s’impose.

[23] Dans l’affaire *TeleZone*, la société demanderesse a poursuivi le gouvernement fédéral en Cour supérieure de justice de l’Ontario, lui réclamant des dommages-intérêts en responsabilité délictuelle et contractuelle et en equity, en réaction à la décision du gouvernement de ne pas inclure *TeleZone* parmi les soumissionnaires retenus dans le cadre d’une invitation à soumettre des demandes de licence de services de communication personnelle — essentiellement un réseau de téléphonie cellulaire. La demanderesse alléguait que le ministre d’Industrie Canada avait manqué à une condition de l’énoncé de politique du ministère qui était joint à son invitation à soumettre des demandes de licence et n’avait pas traité *TeleZone* avec équité, tel que l’exigeait le processus d’appel d’offres. *TeleZone* ne contestait pas la décision du ministre de délivrer les licences en cause non plus qu’elle cherchait à obtenir une licence. Elle sollicitait simplement des dommages-intérêts parce que le ministre aurait agi illégalement en lui refusant une licence et en ne la traitant pas avec équité. La Couronne soutenait que, en raison de la compétence exclusive conférée à la Cour fédérale par l’art. 18 de la Loi, *TeleZone* ne pouvait saisir la Cour supérieure de ces réclamations avant d’avoir obtenu de la Cour fédérale une ordonnance annulant la décision du ministre.

[24] The Court rejected the Crown’s position, holding that the Ontario Superior Court of Justice could determine whether the Minister’s decision was lawful or not for the purposes of the damages claim. The claim as pleaded was “dominated by private law considerations”: *TeleZone*, at para. 80. The Court explained that the grant of exclusive jurisdiction in s. 18 must be understood in the broader context of the Act. Section 17 of the Act (as amended in 1990) explicitly confers concurrent jurisdiction on the provincial superior courts “in all cases in which relief is claimed against the Crown”. The exclusive jurisdiction provision in s. 18 must be understood as “a reservation or subtraction from the more comprehensive grant of concurrent jurisdiction in s. 17”: para. 5. Thus, the provincial superior courts may exercise their concurrent jurisdiction where the attack on a law or an order is essential to the cause of action and adjudication of that allegation is a necessary step in disposing of the claim: para. 67. As Binnie J. put it on behalf of the Court, s. 18 of the Act does not “shield the Crown from private law damages involving [federal boards, commissions and tribunals] in respect of losses caused by unlawful government decision making without first passing through the Federal Court”: para. 3. The provincial superior courts, in the context of matters properly before them, have the authority “to determine every legal and factual element necessary for the granting or withholding of the remedies sought”, including the potential unlawfulness of government orders: para. 6. Binnie J. was careful to point out that this principle will not apply unless the validity of the underlying order is genuinely a necessary step in an otherwise valid proceeding and is not simply made to appear as such as the result of “artful pleading”: para. 75.

[25] The companion case of *McArthur* supports the premise relied on by the Federal Court in this appeal. In *McArthur*, the plaintiff sued the federal Crown in the Ontario Superior Court of Justice. He sought damages and constitutional remedies for what

[24] La Cour a rejeté la thèse de la Couronne, estimant que la Cour supérieure de justice de l’Ontario pouvait déterminer si la décision du ministre était légale ou non pour les besoins du recours en dommages-intérêts. Tel qu’il a été présenté, le recours « met[tait] principalement en jeu des questions de droit privé » : *TeleZone*, par. 80. La Cour a expliqué que l’attribution d’une compétence exclusive à l’art. 18 doit être replacée dans le contexte général de la Loi. L’article 17 de la Loi (modifié en 1990) confère explicitement aux cours supérieures provinciales une compétence concurrente « dans les cas de demande de réparation contre la Couronne ». Il faut voir l’attribution d’une compétence exclusive à l’art. 18 comme « une réserve ou une exception à la compétence concurrente plus générale que [. . .] confère l’art. 17 » : par. 5. Ainsi, les cours supérieures provinciales peuvent exercer leur compétence concurrente lorsque le demandeur doit attaquer une loi ou une ordonnance pour établir sa cause d’action, et qu’il faut statuer sur cette allégation pour rendre une décision sur la demande : par. 67. Comme l’a dit le juge Binnie au nom de la Cour, l’art. 18 de la Loi n’« immunis[e] [pas] la Couronne contre l’obligation de verser des dommages-intérêts de droit privé par suite d’une décision administrative illégale [d’un office fédéral], à moins que le demandeur lésé ne passe d’abord par la Cour fédérale » : par. 3. S’agissant des affaires dont elles sont dûment saisies, les cours supérieures provinciales ont le pouvoir « de statuer sur toutes les questions de droit et de fait nécessaires à l’octroi ou au refus des réparations demandées », y compris sur la question de l’illégalité des décisions administratives : par. 6. Le juge Binnie a pris soin de souligner que ce principe ne s’applique pas à moins que la décision sur la validité de l’ordonnance sous-jacente soit une étape vraiment nécessaire d’une instance par ailleurs valide et qu’on ne cherche pas à la faire simplement paraître comme telle grâce à une « plaid[oirie] habile » : par. 75.

[25] L’arrêt connexe *McArthur* étaye la prémisse sur laquelle s’est fondée la Cour fédérale en l’espèce. Dans cette affaire, le demandeur a poursuivi la Couronne fédérale devant la Cour supérieure de justice de l’Ontario en vue d’obtenir des dommages-intérêts

he alleged was wrongful or false imprisonment and emotional harm stemming from time he spent in solitary confinement, segregation and a special handling unit. The Court stated the issue to be whether Mr. McArthur could pursue his damages claim in the Superior Court for arbitrary detention and alleged mistreatment without first seeking judicial review in the Federal Court to quash the segregation orders that were the basis of his claim: para. 1. Mr. McArthur alleged that the segregation orders were made without just cause and lacked the reasonable grounds required under the relevant statute. As Binnie J. noted, Mr. McArthur was “putting in issue the lawfulness or validity of the segregation orders, but he [did] so as an element of a private law cause of action over which the provincial superior court ha[d] jurisdiction”: para. 13.

[26] The Court rejected the Crown’s position that Mr. McArthur must first seek judicial review in the Federal Court to quash the segregation orders that founded his claim: paras. 2 and 11. The Superior Court had jurisdiction to entertain the claim because its authority extended to “the person and the subject matter in question and, in addition, [because it] has authority to make the order sought”: para. 17, citing *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 960, quoting Brooke J.A. in *R. v. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262 (Ont. C.A.), at p. 271. Thus, in adjudicating the claim, the Court could consider “the validity of Mr. McArthur’s detention in the context of a damages claim, as well as the impact, if any, of a *valid* order on Crown liability”: para. 15 (emphasis in original). Binnie J. concluded that “[t]here is nothing in the *Federal Courts Act* to give the Federal Court the exclusive jurisdiction to determine the lawfulness or validity of the order of a ‘federal board, commission or other tribunal’ when Mr. McArthur does not seek any of the remedies listed in s. 18 of the *Federal Courts Act*”: para. 17.

et réparations constitutionnelles pour emprisonnement illégal ou séquestration et préjudice émotionnel en raison du temps qu’il a passé en isolement cellulaire et dans une unité spéciale de détention. La Cour a affirmé que la question à trancher était de savoir si M. McArthur pouvait engager une action en dommages-intérêts devant la Cour supérieure pour détention arbitraire et mauvais traitements prétendument subis sans avoir au préalable présenté une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale pour faire annuler les ordres d’isolement cellulaire sur lesquels reposait son recours : par. 1. M. McArthur alléguait que les ordres d’isolement cellulaire avaient été donnés sans raison valable et qu’ils n’étaient pas fondés sur des motifs raisonnables tel que l’exige la loi applicable. Comme l’a fait remarquer le juge Binnie, M. McArthur « met[tait] en cause la légalité ou la validité des ordres d’isolement, mais il le fai[sait] dans le cadre d’une cause d’action de droit privé à l’égard de laquelle la cour supérieure provinciale a[vait] compétence » : par. 13.

[26] La Cour a rejeté l’argument de la Couronne voulant que M. McArthur doive d’abord présenter une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale pour faire annuler les ordres d’isolement cellulaire sur lesquels reposait son action : par. 2 et 11. La Cour supérieure avait compétence pour instruire l’action car elle possède une compétence « *ratione personae* et *ratione materiae* [. . .] et [elle] détient en outre le pouvoir de rendre l’ordonnance sollicitée » : par. 17, citant *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 960, citant le juge Brooke dans *R. c. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262 (C.A. Ont.), p. 271. Ainsi, pour statuer sur l’action, la Cour pouvait examiner « la validité de la détention de M. McArthur dans le contexte d’une action en dommages-intérêts, ainsi que les répercussions, le cas échéant, d’un ordre *valide* sur la responsabilité de la Couronne » : par. 15 (en italique dans l’original). Le juge Binnie a conclu qu’« [a]ucune disposition de la *Loi sur les Cours fédérales* ne prévoit que la Cour fédérale a compétence exclusive pour se prononcer sur la légalité ou la validité de la décision d’un “office fédéral” dans un cas où M. McArthur ne sollicite aucune des réparations énumérées à l’art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* » : par. 17.

[27] I acknowledge that, unlike in *McArthur*, the appellants in this case *do* seek a s. 18 remedy, a declaration of invalidity. However, the question at this point in the analysis focuses on the authority of the superior courts to deal with the *Guidelines*. *McArthur* strongly supports the premise of the Federal Court’s decision in the present case, that is, that the provincial superior courts have the authority to determine the “lawfulness or validity” of the *Guidelines* in the course of proceedings properly before them in which doing so is a necessary step in resolving those proceedings. As I will discuss below, this was a key consideration for the federal courts in exercising discretion not to undertake judicial review.

[28] In the last of the relevant cases in the *TeleZone* line, *Canadian Food Inspection Agency*, the Agency contested the jurisdiction of the Quebec Superior Court to entertain recourse in warranty alleging that a direction the Agency had issued was the cause of any damage meat producers had suffered from being unable to market some of their product: para. 9. The Agency’s position was that the claims could not succeed without first attacking the lawfulness or validity of its decision by way of judicial review in the Federal Court: paras. 16 and 20. Once again, this Court affirmed that “[s]uccessfully challenging an administrative decision of a federal board on judicial review is not a requirement for bringing an action for damages with respect to that decision”: para. 21. Since the Quebec Superior Court had jurisdiction over the parties and the subject matter of the dispute, the claims were properly before it: para. 29.

[29] This decision, too, supports the premise of the Federal Court in the present case: the superior court can rule on the legality of the federal administrative action in proceedings properly before it in which deciding that issue is an essential step.

[27] Je reconnais que, contrairement à ce qui est arrivé dans *McArthur*, les appelants en l’espèce *sollicitent* une réparation fondée sur l’art. 18, en l’occurrence une déclaration d’invalidité. Or, la question qui se pose à ce stade de l’analyse met l’accent sur le pouvoir des cours supérieures de se prononcer sur les *Lignes directrices*. L’arrêt *McArthur* appuie fortement la prémisse sur laquelle la Cour fédérale a fondé sa décision dans la présente affaire, à savoir que les cours supérieures provinciales ont le pouvoir de statuer sur la « légalité ou la validité » des *Lignes directrices* dans le cadre des instances dont elles sont régulièrement saisies s’il est nécessaire qu’elles se prononcent à cet égard pour rendre une décision dans ces instances. Comme je l’expliquerai plus loin, il s’agit d’une considération importante qui a amené les cours fédérales à exercer leur pouvoir discrétionnaire de ne pas procéder au contrôle judiciaire.

[28] Dans le dernier des arrêts pertinents formant la série *TeleZone*, *Agence canadienne d’inspection des aliments*, l’Agence a contesté le pouvoir de la Cour supérieure du Québec d’instruire des recours en garantie alléguant qu’une note de service communiquée par l’Agence a causé tout préjudice subi par les producteurs de viande du fait qu’ils étaient incapables de commercialiser une partie de leur production : par. 9. L’Agence soutenait que les recours ne pouvaient être accueillis avant que leurs auteurs ne contestent la légalité ou la validité de sa décision par voie de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale : par. 16 et 20. Encore une fois, la Cour a affirmé qu’« [i]l n’est pas nécessaire de contester avec succès la décision administrative d’un office fédéral par voie de contrôle judiciaire avant d’intenter une action en dommages-intérêts à l’égard de cette décision » : par. 21. Comme la Cour supérieure du Québec avait compétence sur les parties et sur l’objet du litige, elle était régulièrement saisie des recours : par. 29.

[29] Cet arrêt étaye, lui aussi, la prémisse sur laquelle s’est fondée la Cour fédérale en l’espèce : la cour supérieure peut statuer sur la légalité de la mesure administrative du gouvernement fédéral dans une instance dont elle est régulièrement saisie et où elle doit se prononcer sur ce point.

[30] Another line of cases illustrates and supports this approach. They affirm the view that a provincial superior court dealing with an application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid can assess the legality of detention resulting from the decision of a federal board. These cases rejected the contention that *certiorari* in aid of *habeas corpus* was no longer available in the provincial superior courts by virtue of the exclusive jurisdiction provision in s. 18 of the Act.

[31] In *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613, the Court noted that Parliament intended to leave with provincial superior courts “the jurisdiction by way of *habeas corpus* to review the validity of a detention imposed by federal authority”: p. 624. This parliamentary intent combined with the importance of *certiorari* in aid to the effectiveness of *habeas corpus* led the Court to conclude that a provincial superior court has jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* to assess the validity of detention: p. 625. *Certiorari* in aid was considered to be distinct from the writ of *certiorari* to quash a decision of a federal authority and was therefore not within the exclusive jurisdiction of the Federal Court by virtue of s. 18. In *May v. Ferndale Institution*, 2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809, the Court reaffirmed this principle as it did once again most recently in *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502. The Court held that reasonableness of the decision to detain should be regarded as one element of its lawfulness. It followed that the provincial superior court may review for reasonableness in deciding an application for *habeas corpus* even though the court would, in effect although not in form, be assessing the legality on administrative law grounds of the federal board’s conduct and orders: para. 65.

(4) Conclusion on the First Issue

[32] The Federal Court of Appeal held that the Federal Court judge “did not err in law when she

[30] Une autre série d’arrêts illustre et étaye ce principe. Ils confirment l’opinion selon laquelle la cour supérieure provinciale qui est saisie d’une demande d’*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire peut se prononcer sur la légalité d’une incarcération découlant de la décision d’un office fédéral. Dans ces arrêts, la Cour a rejeté la prétention voulant que la disposition attributive de compétence exclusive que l’on trouve à l’art. 18 de la Loi empêche les cours supérieures provinciales de délivrer un *certiorari* auxiliaire d’un *habeas corpus*.

[31] Dans l’arrêt *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613, la Cour a signalé que le législateur avait l’intention de laisser aux cours supérieures provinciales « la compétence en matière d’*habeas corpus* pour vérifier la validité d’une détention imposée par les autorités fédérales » : p. 624. Compte tenu de cette intention du législateur et de l’importance du *certiorari* auxiliaire pour l’efficacité de l’*habeas corpus*, la Cour a conclu que les cours supérieures provinciales avaient compétence pour délivrer un *certiorari* auxiliaire d’un *habeas corpus* en vue d’apprécier la validité d’une incarcération : p. 625. Le *certiorari* auxiliaire a été considéré comme étant distinct du bref de *certiorari* visant l’annulation de la décision d’une autorité fédérale et ne relevait donc pas de la compétence exclusive accordée à la Cour fédérale par l’art. 18. Dans l’arrêt *May c. Établissement Ferndale*, 2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809, la Cour a réaffirmé ce principe, ce qu’elle a fait une fois de plus tout récemment dans *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502. D’après la Cour, le caractère raisonnable de la décision de détenir une personne devrait être considéré comme un élément de sa légalité. Ainsi, la cour supérieure provinciale peut examiner le caractère raisonnable d’une détention dans le cadre d’une demande d’*habeas corpus* même si, dans les faits, mais non dans la forme, elle examine sous l’angle du droit administratif la légalité de la conduite et des ordonnances de l’office fédéral : par. 65.

(4) Conclusion sur la première question en litige

[32] Selon la Cour d’appel fédérale, la juge de la Cour fédérale « n’a pas commis une erreur de droit

concluded that the provincial superior courts have jurisdiction to determine the *vires* of the Guidelines in the context of proceedings for which they have jurisdiction under the *Divorce Act* and to decline to apply them if found to be *ultra-vires*”: para. 7. I agree.

[33] The Court’s jurisprudence, which I have just reviewed, supports the principle that the provincial superior courts, in the context of proceedings properly before them, can address the legality of the conduct of federal boards, commissions and tribunals, where doing so is a necessary step in resolving the claims asserted in those proceedings. This means that in the context of family law proceedings otherwise properly before them, the provincial superior courts can decide that the *Guidelines* are *ultra vires* and decline to apply them if doing so is a necessary step in resolving the matters before them. It follows that the appellants’ position to the contrary on this point must be rejected and that the premise underlying the decisions of the Federal Courts to decline jurisdiction was correct.

B. *Second Issue: Did the Federal Courts Err in Refusing to Hear the Judicial Review Application on Its Merits?*

(1) Introduction

[34] The appellants submit that the Federal Court erred by refusing to entertain their judicial review application.

[35] The Federal Court based its discretionary decision to deny judicial review primarily on the greater expertise of provincial superior courts in family law. The Federal Court of Appeal upheld that decision and referred to additional factors supporting it. Invalidating the *Guidelines*, the Federal Court of Appeal reasoned, would have uncertain consequences in respect of family law matters outside the *Divorce Act* to which the *Guidelines* apply by virtue of provincial legislation and practice and adjudicating these issues in the context of a divorce or corollary relief proceeding in the superior courts would ensure a more complete adversarial debate: paras. 14-16.

en concluant qu’il est loisible aux cours supérieures des provinces de se prononcer dans les instances relevant de la *Loi sur le divorce* sur la légalité des Lignes directrices et de refuser de les appliquer si elles sont jugées *ultra vires* » : par. 7 (CanLII). Je suis du même avis.

[33] La jurisprudence de la Cour, que je viens tout juste d’examiner, appuie le principe selon lequel les cours supérieures provinciales peuvent, dans les instances dont elles sont dûment saisies, statuer sur la légalité de la conduite des offices fédéraux si elles doivent le faire pour trancher les allégations qui y sont formulées. Ainsi, dans une instance en droit de la famille dont elles sont dûment saisies, les cours supérieures provinciales peuvent décider que les *Lignes directrices* sont *ultra vires* et refuser de les appliquer si cela est nécessaire pour trancher les questions qui leur sont soumises. Il s’ensuit que la thèse contraire avancée par les appelants à cet égard doit être rejetée et que la prémisse sur laquelle reposent les décisions des cours fédérales de décliner compétence était fondée.

B. *Deuxième question : Les cours fédérales ont-elles commis une erreur en refusant d’instruire la demande de contrôle judiciaire sur le fond?*

(1) Introduction

[34] Les appelants soutiennent que la Cour fédérale a commis une erreur en refusant d’instruire leur demande de contrôle judiciaire.

[35] La Cour fédérale a fondé sa décision discrétionnaire de refuser le contrôle judiciaire principalement sur l’expertise accrue des cours supérieures provinciales en droit de la famille. La Cour d’appel fédérale a confirmé cette décision et invoqué d’autres facteurs à l’appui. Elle a estimé que l’invalidation des *Lignes directrices* aurait des conséquences incertaines sur les affaires de droit de la famille ne relevant pas de la *Loi sur le divorce*, mais auxquelles les *Lignes directrices* s’appliquent en raison des lois et pratiques provinciales, et que s’adresser aux cours supérieures pour qu’elles tranchent ces questions dans le contexte d’une procédure de divorce ou de mesures accessoires garantirait un débat contradictoire plus complet : par. 14-16.

[36] The appellants submit that the federal courts erred because the possibility of challenging the *Guidelines* in the context of child support proceedings in the provincial superior courts is a remedy that is neither adequate nor truly “alternative” for several reasons. Before turning to those submissions in detail, however, it will be helpful to establish the legal framework within which this issue must be decided.

(2) Legal Principles

(a) *The Discretionary Nature of Judicial Review and Declaratory Relief*

[37] Judicial review by way of the old prerogative writs has always been understood to be discretionary. This means that even if the applicant makes out a case for review on the merits, the reviewing court has an overriding discretion to refuse relief: see, e.g., D. J. Mullan, “The Discretionary Nature of Judicial Review”, in R. J. Sharpe and K. Roach, eds., *Taking Remedies Seriously: 2009* (2010), 420, at p. 421; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at p. 575; D. P. Jones and A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (6th ed. 2014), at pp. 686-87; Brown and Evans, at topic 3:1100. Declarations of right, whether sought in judicial review proceedings or in actions, are similarly a discretionary remedy: “. . . the broadest judicial discretion may be exercised in determining whether a case is one in which declaratory relief ought to be awarded” (Dickson C.J. in *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, at p. 90, citing S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. 1980), at p. 513).

[38] The discretionary nature of judicial review and declaratory relief is continued by the judicial review provisions of the Act. This is underlined both by the reference in s. 18 to the traditional prerogative writs and other administrative law remedies

[36] Les appelants soutiennent que les cours fédérales ont fait erreur car la possibilité de contester les *Lignes directrices* dans le contexte d’un recours en matière de pension alimentaire pour enfant intenté devant les cours supérieures provinciales constitue un recours qui n’est ni adéquat ni vraiment « subsidiaire », et ce, pour plusieurs raisons. Avant d’examiner ces raisons en détail, cependant, il est utile d’établir le cadre juridique dans lequel la question doit être tranchée.

(2) Principes juridiques

a) *La nature discrétionnaire du contrôle judiciaire et du jugement déclaratoire*

[37] Le contrôle judiciaire effectué au moyen des anciens brevets de prérogative a toujours été considéré comme étant discrétionnaire. Cela signifie que, même si le demandeur établit le bien-fondé de sa demande de contrôle judiciaire, la cour de révision dispose du pouvoir discrétionnaire prépondérant de refuser d’accorder la réparation demandée : voir, p. ex., D. J. Mullan, « The Discretionary Nature of Judicial Review », dans R. J. Sharpe et K. Roach, dir., *Les recours et les mesures de redressement : une affaire sérieuse — 2009* (2010), 420, p. 421; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, p. 575; D. P. Jones et A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (6^e éd. 2014), p. 686-687; Brown et Evans, thème 3:1100. Les déclarations de droit, qu’elles soient sollicitées au moyen d’une demande de contrôle judiciaire ou d’une action, sont également des réparations discrétionnaires : [TRADUCTION] « . . . les tribunaux ont la plus grande discrétion pour décider s’il s’agit d’une affaire où le jugement déclaratoire demandé devrait être accordé » (le juge en chef Dickson dans *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l’Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, p. 90, citant S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (4^e éd. 1980), p. 513).

[38] La nature discrétionnaire du contrôle judiciaire et du jugement déclaratoire est maintenue par les dispositions de la Loi en matière de contrôle judiciaire. Cela ressort autant de la mention à l’art. 18 des brevets de prérogative traditionnels et autres recours

which have always been considered discretionary and by the use of permissive rather than mandatory language in relation to when relief may be granted. Section 18.1(3) provides that “[o]n an application for judicial review, the Federal Court may” make certain orders in the nature of those traditional remedies. This statutory language “preserves the traditionally discretionary nature of judicial review. As a result, judges of the Federal Court . . . have discretion in determining whether judicial review should be undertaken”: *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at para. 31; *TeleZone*, at para. 56.

[39] The fact that undertaking judicial review is discretionary means that the Federal Court judge’s exercise of that discretion is entitled to deference on appeal. As this Court noted in *Matsqui*, an appellate court “must defer to the judge’s exercise of . . . discretion and must not interfere with it merely on the ground that the members of the appellate court would have exercised the discretion differently”: para. 39, quoting Lord Diplock in *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042, at p. 1046.

(b) *Alternative Relief*

[40] One of the discretionary grounds for refusing to undertake judicial review is that there is an adequate alternative. The leading case is *Harelkin*, in which a student alleged that a university committee made a decision that violated his procedural rights. There was a right of appeal to the university’s senate, but instead of pursuing it, the student applied for judicial review. This Court held that the judge at first instance had erred in entertaining the judicial review application because he failed to exercise his discretion on relevant grounds: he did not consider whether the internal appeal process was an adequate alternative remedy that was capable of curing the denial of natural justice of which the student complained.

de droit administratif, lesquels ont toujours été qualifiés de discrétionnaires, que du libellé permissif plutôt qu’impératif employé quant aux circonstances dans lesquelles la réparation demandée peut être accordée. Le paragraphe 18.1(3) dispose que « [s]ur présentation d’une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut » rendre certaines ordonnances de la nature visée par ces réparations traditionnelles. Ce libellé « conserve la nature discrétionnaire traditionnelle du contrôle judiciaire. En conséquence, les juges de la [. . .] Cour fédérale [. . .] jouissent d’un pouvoir discrétionnaire pour déterminer s’il y a lieu à contrôle judiciaire » : *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, par. 31; *TeleZone*, par. 56.

[39] Le caractère discrétionnaire de la décision de procéder à un contrôle judiciaire signifie que l’exercice de ce pouvoir par le juge de la Cour fédérale commande la déférence en appel. Comme la Cour l’a fait observer dans l’arrêt *Matsqui*, une cour d’appel [TRADUCTION] « doit déférer à la décision prise par le juge dans l’exercice d[’un] pouvoir discrétionnaire et ne doit pas modifier cette décision simplement parce que ses membres auraient exercé le pouvoir discrétionnaire différemment » : par. 39, citant lord Diplock dans *Hadmor Productions Ltd. c. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042, p. 1046.

b) *Autre recours*

[40] L’un des motifs discrétionnaires pouvant fonder le refus de procéder à un contrôle judiciaire est l’existence d’une solution de rechange adéquate. L’arrêt de principe à cet égard est *Harelkin*. Dans cette affaire, un étudiant alléguait qu’un comité de l’université avait pris une décision qui violait ses droits procéduraux. L’étudiant pouvait interjeter appel de cette décision au sénat de l’université, mais au lieu de se prévaloir de ce droit, il a présenté une demande de contrôle judiciaire. La Cour a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en instruisant la demande de contrôle judiciaire parce qu’il n’avait pas exercé son pouvoir discrétionnaire pour des motifs pertinents : il ne s’était pas demandé si le processus d’appel interne constituait un autre recours adéquat qui aurait permis de remédier au déni de justice naturelle dont se plaignait l’étudiant.

[41] The Court has applied similar reasoning in a number of cases to dismiss applications for judicial review. For example, in *Matsqui*, the Court upheld the decision of the Federal Court to decline to hear Canadian Pacific's application for judicial review because it could have pursued an appeal procedure established by the Matsqui Band. In *Canada (Auditor General)*, the Court refused judicial review to the Auditor General to challenge a denial of access to information because a political remedy — reporting to the House of Commons any refusals to comply with requests for information — was an adequate alternative remedy.

[42] The cases identify a number of considerations relevant to deciding whether an alternative remedy or forum is adequate so as to justify a discretionary refusal to hear a judicial review application. These considerations include the convenience of the alternative remedy; the nature of the error alleged; the nature of the other forum which could deal with the issue, including its remedial capacity; the existence of adequate and effective recourse in the forum in which litigation is already taking place; expeditiousness; the relative expertise of the alternative decision-maker; economical use of judicial resources; and cost: *Matsqui*, at para. 37; *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332, at para. 31; Mullan, at pp. 430-31; Brown and Evans, at topics 3:2110 and 3:2330; *Harelkin*, at p. 588. In order for an alternative forum or remedy to be adequate, neither the process nor the remedy need be identical to those available on judicial review. As Brown and Evans put it, “in each context the reviewing court applies the same basic test: is the alternative remedy adequate in all the circumstances to address the applicant's grievance?": topic 3:2100 (emphasis added).

[43] The categories of relevant factors are not closed, as it is for courts to identify and balance the relevant factors in the context of a particular case: *Matsqui*, at paras. 36-37, citing *Canada (Auditor General)*, at p. 96. Assessing whether there is an

[41] La Cour a appliqué plusieurs fois un raisonnement semblable pour rejeter des demandes de contrôle judiciaire. Dans *Matsqui*, par exemple, la Cour a confirmé la décision de la Cour fédérale de refuser d'entendre la demande de contrôle judiciaire présentée par le Canadien Pacifique parce que celui-ci aurait pu se prévaloir de la procédure d'appel établie par la bande de Matsqui. Dans *Canada (Vérificateur général)*, la Cour a refusé au vérificateur général la possibilité de recourir au contrôle judiciaire pour contester un refus d'accès à de l'information, parce qu'un recours politique — faire rapport à la Chambre des communes de tout refus d'accéder à une demande de renseignement — constituait un autre recours adéquat.

[42] Ces arrêts énoncent un certain nombre de considérations pertinentes pour décider s'il existe un autre recours ou tribunal approprié qui justifierait le refus discrétionnaire d'entendre une demande de contrôle judiciaire, notamment la commodité de l'autre recours, la nature de l'erreur alléguée, la nature de l'autre tribunal qui pourrait statuer sur la question et sa faculté d'accorder une réparation, l'existence d'un recours adéquat et efficace devant le tribunal déjà saisi du litige, la célérité, l'expertise relative de l'autre décideur, l'utilisation économique des ressources judiciaires et les coûts : *Matsqui*, par. 37; *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332, par. 31; Mullan, p. 430-431; Brown et Evans, thèmes 3:2110 et 3:2330; *Harelkin*, p. 588. Pour qu'une autre réparation ou un autre tribunal soit adéquat, il n'est pas nécessaire que la procédure ou la réparation soit identique à celle que permet d'obtenir le contrôle judiciaire. Comme le disent Brown et Evans, [TRADUCTION] « dans chaque cas, la cour de révision applique le même critère fondamental : l'autre recours permet-il en toutes circonstances de trancher le grief du demandeur? » : thème 3:2110 (je souligne).

[43] La liste des facteurs pertinents n'est pas limitée, car il appartient aux cours de justice de les cerner et de les soupeser dans le contexte d'une affaire donnée : *Matsqui*, par. 36-37, citant *Canada (Vérificateur général)*, p. 96. Il ne s'agit donc pas,

adequate alternative remedy, therefore, is not a matter of following a checklist focused on the similarities and differences between the potentially available remedies. The inquiry is broader than that. The court should consider not only the available alternative, but also the suitability and appropriateness of judicial review in the circumstances. In short, the question is not simply whether some other remedy is adequate, but also whether judicial review is appropriate. Ultimately, this calls for a type of balance of convenience analysis: *Khosa*, at para. 36; *TeleZone*, at para. 56. As Dickson C.J. put it on behalf of the Court: “Inquiring into the adequacy of the alternative remedy is at one and the same time an inquiry into whether discretion to grant the judicial review remedy should be exercised. It is for the courts to isolate and balance the factors which are relevant . . .” (*Canada (Auditor General)*, at p. 96).

[44] This balancing exercise should take account of the purposes and policy considerations underpinning the legislative scheme in issue: see, e.g., *Matsqui*, at paras. 41-46; *Harelkin*, at p. 595. David Mullan captured the breadth of the inquiry well:

While discretionary reasons for denial of relief are many, what most have in common is a concern for balancing the rights of affected individuals against the imperatives of the process under review. In particular, the courts focus on the question of whether the application for relief is appropriately respectful of the statutory framework within which that application is taken and the normal processes provided by that framework and the common law for challenging administrative action. Where the application is unnecessarily disruptive of normal processes . . . the courts will generally deny relief. [Emphasis added; p. 447.]

[45] The factors to be considered in exercising this discretion cannot be reduced to a checklist or a statement of general rules. All relevant factors, considered in the context of the particular case, should be taken into account.

pour déterminer s’il existe un autre recours approprié, de suivre une liste de vérification axée sur les similitudes et les différences entre les recours potentiels. L’examen auquel il faut se livrer est encore plus poussé. La cour doit tenir compte non seulement de l’autre recours disponible, mais aussi de la pertinence et du caractère opportun du contrôle judiciaire dans les circonstances. Bref, la question ne consiste pas simplement à décider si quelque autre recours est adéquat, mais également s’il convient de recourir au contrôle judiciaire. En définitive, cela requiert une analyse du type de la prépondérance des inconvénients : *Khosa*, par. 36; *TeleZone*, par. 56. Comme l’a dit le juge en chef Dickson au nom de la Cour : « Se demander si l’autre recours disponible est approprié équivaut à examiner l’opportunité d’exercer le pouvoir discrétionnaire d’accorder le contrôle judiciaire recherché. C’est aux tribunaux qu’il appartient d’identifier et de mettre en équilibre les facteurs applicables . . . » (*Canada (Vérificateur général)*, p. 96).

[44] Cette mise en balance devrait prendre en compte les objectifs et les considérations de principe qui sous-tendent le régime législatif en cause : voir, p. ex., *Matsqui*, par. 41-46; *Harelkin*, p. 595. David Mullan a bien saisi la portée de l’analyse :

[TRADUCTION] Bien que les motifs discrétionnaires pouvant fonder le refus d’accorder une réparation soient nombreux, la plupart ont en commun de viser l’atteinte d’un équilibre entre les droits des personnes touchées et les impératifs du processus à l’examen. En particulier, les tribunaux se concentrent sur la question de savoir si la demande de réparation respecte comme il se doit le régime législatif dans le cadre duquel elle est présentée et le processus habituel de contestation de la mesure administrative établi par ce régime et la common law. Si la demande s’écarte inutilement du processus habituel [. . .] les tribunaux refuseront en général la réparation demandée. [Je souligne; p. 447.]

[45] Les facteurs dont il faut tenir compte dans l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire ne sauraient être réduits à une liste de contrôle ou à un énoncé de règles générales. Tous les facteurs pertinents, situés dans le contexte de l’affaire en cause, doivent être pris en considération.

(3) Analysis of the Appellants' Position

[46] The Federal Court exercised its discretion not to hear the judicial review application because Parliament has granted virtually exclusive jurisdiction over the *Divorce Act* to the provincial superior courts and, by virtue of their expertise in child support matters, those courts are “better placed” than the Federal Court to deal with the validity of the *Guidelines*: para. 61. The Federal Court of Appeal essentially adopted this reasoning and further supported it by noting that appellate courts would “significantly benefit from the practical expertise that provincial superior courts have with such matters and from the additional arguments provided by the spouse seeking support as well as those of the AGC if he chose to intervene”: para. 16. These considerations are appropriately concerned more with the unsuitability of judicial review in the Federal Court in this case than with the narrower question of whether a remedy comparable to that sought by the appellants is available elsewhere. In my opinion, judicial review in the Federal Court is manifestly inappropriate here and that court reasonably exercised its discretion not to engage in it.

[47] At its core, the appellants' claim is that they are entitled to a ruling on the legality of the *Guidelines*. They say that they are seeking a purely public law remedy which they can only obtain in the Federal Court and they do not seek, or want, any other remedy. This claim is founded on three flawed propositions that also undermine the appellants' more specific submissions.

[48] First, the appellants' position that they are entitled to a ruling on the legality of the *Guidelines* through a judicial review is fundamentally at odds with the discretionary nature of judicial review and with the broad grounds on which that discretion may be exercised. As Brown and Evans put it, “the discretionary nature of [judicial review] reflects the fact that unlike private law, its orientation is not,

(3) Analyse de la thèse des appelants

[46] La Cour fédérale a exercé son pouvoir discrétionnaire de ne pas instruire la demande de contrôle judiciaire parce que le législateur a accordé aux cours supérieures provinciales une compétence presque exclusive à l'égard de la *Loi sur le divorce*, et qu'en raison de leur expertise dans le domaine des pensions alimentaires pour enfants, ces cours sont « mieux placée[s] » que la Cour fédérale pour statuer sur la validité des *Lignes directrices* : par. 61 (CanLII). La Cour d'appel fédérale a adopté essentiellement ce raisonnement et l'a étoffé en précisant que les cours d'appel « bénéficieraient grandement de l'expérience pratique qu'ont les cours supérieures des provinces dans ces affaires et des arguments supplémentaires invoqués par l'époux qui demande la pension alimentaire pour enfant ainsi que ceux avancés par le PGC s'il décide d'intervenir » : par. 16. Ces considérations touchent davantage au caractère inopportun d'un contrôle judiciaire en Cour fédérale dans la présente affaire qu'à la simple question de savoir s'il est possible pour les appelants d'obtenir ailleurs une réparation comparable à celle qu'ils demandent. À mon avis, il est manifestement inapproprié en l'espèce de s'adresser à la Cour fédérale par voie de contrôle judiciaire et cette cour a raisonnablement exercé son pouvoir discrétionnaire de ne pas procéder au contrôle judiciaire.

[47] Les appelants font valoir pour l'essentiel qu'ils ont droit à ce qu'il soit statué sur la légalité des *Lignes directrices*. Ils affirment demander une pure réparation de droit public qu'ils ne peuvent obtenir qu'en Cour fédérale et ne pas réclamer ni vouloir une autre réparation. Cette prétention est fondée sur trois propositions erronées qui minent également les observations plus précises des appelants.

[48] Premièrement, la thèse des appelants, selon laquelle ils ont droit à ce qu'il soit statué sur la légalité des *Lignes directrices* par voie de contrôle judiciaire, est fondamentalement incompatible avec la nature discrétionnaire du contrôle judiciaire et avec les motifs généraux pour lesquels ce pouvoir peut être exercé. Comme le disent Brown et Evans, [TRA-
DUCTION] « la nature discrétionnaire [du contrôle

and never has been, directed exclusively to vindicating the rights of individuals”: topic 3:1100. The appellants thus do not have a right to have the Federal Court rule on the legality of the *Guidelines*; the Federal Court has a discretion to do so, which it has decided not to exercise.

[49] Second, the appellants’ position that the alternative is not adequate because it does not provide identical procedures or relief cannot be accepted. The appellants’ arguments focus too narrowly on how challenging the *Guidelines* in the context of family law litigation in the provincial superior courts will not provide everything that might be available to them on judicial review. Exercising the discretion to decline judicial review jurisdiction requires the court to take a broader view. The court should consider such factors as the appropriateness of judicial review in the particular context and, as Mullan put it, whether judicial review is “appropriately respectful” of the statutory framework and of the “normal processes” for which it provides.

[50] In short, the analysis cannot simply look at the alleged advantages of judicial review from the appellants’ perspective so that they can make their point, but also must engage with the more fundamental question of how judicial review interacts with the operation of the *Guidelines* in family law litigation in the provincial courts. When this is done, the conclusion is that the appellants’ position is misconceived.

[51] The *Guidelines* operate and play a central role within a complex area of law, governed by the *Divorce Act*. Parliament has entrusted, for practical purposes, this entire area of law to the provincial superior courts. Having done so, it would be curious, to say the least, if the legality of a central aspect of that regime were to be finally decided by the

judiciaire] témoigne du fait que, contrairement au droit privé, il n’est pas et n’a jamais été axé exclusivement sur la défense des droits des particuliers » : thème 3:1100. Les appelants n’ont donc pas droit à ce que la Cour fédérale statue sur la légalité des *Lignes directrices*; la Cour fédérale a ce pouvoir discrétionnaire et a décidé de ne pas l’exercer.

[49] Deuxièmement, on ne saurait retenir la thèse des appelants que la solution de rechange n’est pas adéquate parce qu’elle ne débouche pas sur une procédure ou une réparation identique à celle qu’ils demandent. L’argumentation des appelants est trop axée sur la démonstration du fait qu’en contestant les *Lignes directrices* dans le cadre d’un litige en matière familiale devant les cours supérieures provinciales, ils ne pourraient obtenir tout ce que peut leur offrir le contrôle judiciaire. L’exercice du pouvoir discrétionnaire pour décliner compétence en matière de contrôle judiciaire exige de la cour qu’elle aborde la question plus largement. Elle doit tenir compte de facteurs tels que le caractère opportun d’un contrôle judiciaire dans le contexte particulier de l’affaire et, comme le dit Mullan, de la question de savoir si le contrôle judiciaire [TRADUCTION] « respecte comme il se doit » le cadre législatif en cause et le « processus habituel » qu’il établit.

[50] En résumé, l’analyse ne saurait porter uniquement sur les prétendus avantages d’un contrôle judiciaire du point de vue des appelants, de sorte qu’il leur soit possible d’établir le bien-fondé de leur thèse; elle doit aussi traiter de la question encore plus fondamentale de savoir comment le contrôle judiciaire interagit avec l’application des *Lignes directrices* dans les litiges en matière familiale devant les cours provinciales. À l’issue de cette analyse, force est de conclure que la thèse des appelants est mal fondée.

[51] Les *Lignes directrices* s’appliquent à un domaine complexe du droit, régi par la *Loi sur le divorce*, où elles jouent un rôle capital. Le législateur a confié dans les faits tout ce domaine du droit aux cours supérieures provinciales. Ainsi, il serait pour le moins curieux que les cours fédérales, à qui la législation fédérale n’accorde pratiquement aucune

federal courts, which, as a result of federal legislation, have virtually no jurisdiction with respect to family law matters. The appellants' judicial review proceedings are thus deeply inconsistent with fundamental parliamentary choices about where important family law issues will be determined.

[52] Third, the appellants' position that obtaining a ruling in the Federal Court would be more efficient than a proliferation of rulings in the various provincial superior courts in individual family law proceedings cannot be accepted. The appellants submit that the alternative remedy of litigation in the provincial superior courts is inefficient and would give rise to multiple proceedings, undermining judicial economy. This is simply not the case.

[53] The appellants' position overlooks the fact that a ruling of the Federal Court on this issue would not be binding on any provincial superior court. Thus, regardless of what the Federal Court might decide, before the ruling could have any practical effect, the issue would have to be re-litigated in the superior courts, or, alternatively, litigated up to this Court. Even if there were a binding ruling that the *Guidelines* were unlawful, a proliferation of litigation would be inevitable. It would be for the provincial courts to decide the impact of the illegality of the *Guidelines* on particular support orders and that could only be done in the context of a multitude of individual cases. A further complexity arises from the fact that all provinces and territories except Quebec have adopted child support guidelines that are very similar to the *Guidelines* and use the federal child support tables. Those provincial laws are not subject to the appellants' challenge and yet might well be affected by it. These practical considerations significantly undermine the appellants' position that a single judicial review proceeding would resolve the main issue more efficiently.

compétence en matière de droit de la famille, statuent de manière définitive sur la légalité d'un aspect primordial de ce régime. La demande de contrôle judiciaire des appelants est donc profondément incompatible avec les choix fondamentaux du législateur quant à la juridiction compétente pour instruire les questions importantes de droit de la famille.

[52] Troisièmement, on ne peut retenir la thèse des appelants qu'il vaut mieux, pour des raisons d'efficacité, obtenir une décision de la Cour fédérale plutôt qu'une multitude de décisions des différentes cours supérieures provinciales dans le cadre de recours individuels en matière familiale. Les appelants font valoir que le recours subsidiaire consistant à s'adresser à ces cours est inefficace et donnerait lieu à de multiples instances, ce qui nuirait à l'économie des ressources judiciaires. Ce n'est tout simplement pas le cas.

[53] La thèse des appelants néglige le fait qu'aucune cour supérieure provinciale ne serait liée par une décision de la Cour fédérale sur cette question. Ainsi, peu importe la décision que pourrait rendre la Cour fédérale, la question devrait être soumise à nouveau aux cours supérieures avant que cette décision puisse avoir quelque effet pratique ou elle pourrait aussi aboutir à notre Cour. Même si la décision suivant laquelle les *Lignes directrices* sont illégales était contraignante, il y aurait inévitablement prolifération des instances. Il appartiendrait aux cours provinciales de décider de l'incidence que l'illégalité des *Lignes directrices* aurait sur certaines ordonnances alimentaires et elles ne pourraient le faire que dans le contexte d'une multitude d'affaires individuelles. Une autre difficulté découle du fait que toutes les provinces, sauf le Québec, et tous les territoires ont adopté des lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants qui sont très semblables aux *Lignes directrices* et qui appliquent les tables fédérales en la matière. La contestation des appelants ne vise pas ces lois provinciales et, pourtant, elle pourrait bien avoir une incidence sur elles. Ces considérations d'ordre pratique minent sérieusement l'argument des appelants selon lequel un seul recours en contrôle judiciaire permettrait de résoudre plus efficacement la question principale.

[54] In light of these considerations, arguments based on the efficiency of judicial review in the Federal Court do not persuade. They are disconnected from both the practical realities and the potential impact of these proceedings.

[55] I turn to the appellants' remaining specific submissions. They submit that a child support proceeding is not available for some of the appellants and is not appropriate for others. Mark Auer, Vladimir Auer and Iwona Auer-Grzesiak have no alternative way of addressing the impact they allege that the *Guidelines* have on them, in part because children cannot bring a child support application and thus cannot raise the validity of the *Guidelines* in that context. George Connon is not a party to proceedings under the *Divorce Act* and would rather not initiate adversarial proceedings to access the alternative remedy: his complaint is against the Governor General in Council, not his wife.

[56] These submissions refer to factors that, while often strengthening the case for engaging in judicial review, cannot reasonably be thought to be entitled to much weight in the circumstances of this case. While the appellants say that the impact of the *Guidelines* on spouses and children from other marriages can only be addressed in judicial review proceedings, this must be considered in light of the fact that the appellants' judicial review proceedings exclude direct adversarial participation by other directly affected parties: spouses and former spouses seeking child support orders or variations of them under the *Divorce Act*. As the Federal Court of Appeal pointed out, adjudicating the issue in the context of *Divorce Act* or child support proceedings would ensure full participation of these parties. This is at least as important a consideration as giving the appellants an opportunity to try to make their point that the *Guidelines* are unlawful. I agree with the Federal Court of Appeal that while having the legality of the *Guidelines* determined in a single proceeding in the Federal Court might weigh in favour of the Federal Court hearing the application, it does

[54] Vu ces considérations, les arguments fondés sur l'efficacité d'un contrôle judiciaire en Cour fédérale ne sont pas convaincants. Ils ne tiennent compte ni des réalités pratiques ni des répercussions potentielles de ce recours.

[55] J'examinerai maintenant les autres arguments précis des appelants. Ils font valoir que certains d'entre eux ne peuvent tenter de recours visant une pension alimentaire pour enfant et que ce recours ne convient pas aux autres. Mark Auer, Vladimir Auer et Iwona Auer-Grzesiak ne disposent d'aucun autre moyen de faire corriger l'effet que les *Lignes directrices* auraient sur eux, notamment parce que les enfants ne peuvent demander des aliments en leur faveur et ne peuvent donc soulever la question de la validité des *Lignes directrices* dans ce contexte. George Connon n'est pas partie à une instance fondée sur la *Loi sur le divorce* et préfère ne pas engager de procédure contradictoire pour pouvoir obtenir l'autre réparation : sa plainte vise le gouverneur en conseil, non son épouse.

[56] Ces arguments font état de facteurs qui, même s'ils plaident souvent en faveur du contrôle judiciaire, ne peuvent raisonnablement être considérés comme ayant beaucoup de poids dans les circonstances de l'espèce. Bien que les appelants affirment que seule la procédure de contrôle judiciaire permet d'examiner l'incidence des *Lignes directrices* sur les époux et les enfants issus d'autres mariages, il convient de tenir compte du fait que le recours en contrôle judiciaire exercé par les appelants exclut toute participation contradictoire des autres parties directement touchées : les époux et les anciens époux qui cherchent à obtenir ou à faire modifier une ordonnance alimentaire pour enfant en vertu de la *Loi sur le divorce*. Comme l'a souligné la Cour d'appel fédérale, statuer sur la question dans le contexte d'une instance relevant de la *Loi sur le divorce* ou en matière de pension alimentaire pour enfant garantirait la participation entière de ces parties. Il s'agit là d'une considération à tout le moins aussi importante que la possibilité pour les appelants de tenter d'établir le bien-fondé de leur thèse que les *Lignes directrices* sont illégales. Je conviens avec la Cour d'appel

not outweigh the factors that favour declining jurisdiction. Moreover, as I discussed earlier, the touted advantages are largely illusory.

[57] The appellants take exception to the Federal Court and the Federal Court of Appeal concluding that the interest of the payor applicants was to seek a downward variation in the amount of child support that they are paying. Counsel for the appellants emphasized during oral argument that this is not the relief sought in the judicial review application, that it is not the appellants' characterization of the case and that even if successful in their judicial review application, there would be no immediate effect on most of the child support arrangements that underlie this case. Taking this submission at face value, the appellants seek to engage the discretionary judicial review jurisdiction of the Federal Court in an area outside its core institutional expertise in order to achieve "no immediate effect" for themselves. This consideration, in my respectful view, strengthens not weakens the case for declining to engage in judicial review in this case.

[58] The appellants also submit that they seek a declaration of invalidity; the "alternative" would give them something else entirely, which they do not want. Quoting *TeleZone*, at para. 19, they say that "[a]ccess to justice requires that the claimant be permitted to pursue its chosen remedy directly": A.F., at para. 145. The provincial superior courts do not, as required by *TeleZone*, have jurisdiction over the order sought. The appellants maintain that the alternative remedy in the provincial superior courts does not comply with the principle of rule of law. It would not provide instructions to the Governor in Council or permit the appellants to determine whether the *Guidelines* are properly enacted. In my respectful

fédérale que, même si le fait de recourir à la Cour fédérale pour qu'elle décide de la légalité des *Lignes directrices* dans une seule instance milite peut-être en faveur de l'instruction de la demande par cette cour, pareille éventualité ne l'emporte pas sur les facteurs qui étayaient la décision de décliner compétence. De plus, comme je l'ai déjà expliqué, les avantages allégués sont en grande partie illusoire.

[57] Les appelants s'inscrivent en faux contre la conclusion de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale que l'intérêt des demandeurs payeurs consistait à viser la réduction de la pension alimentaire pour enfant qu'ils doivent verser. L'avocat des appelants a souligné en plaidoirie qu'il ne s'agit pas de la réparation sollicitée dans la demande de contrôle judiciaire, que les appelants ne qualifient pas ainsi la présente espèce et que, même si leur demande de contrôle judiciaire était accueillie, cette décision n'aurait pas d'effet immédiat sur la plupart des ententes relatives à une pension alimentaire pour enfant qui sous-tendent la présente affaire. Tenant pour acquis le bien-fondé de cette observation, les appelants cherchent à faire intervenir le pouvoir discrétionnaire de contrôle judiciaire de la Cour fédérale dans un domaine qui dépasse son expertise institutionnelle fondamentale afin qu'il n'y ait [TRADUCTION] « aucun effet immédiat » sur eux. À mon humble avis, cette considération plaide en faveur plutôt qu'à l'encontre du refus de procéder au contrôle judiciaire en l'espèce.

[58] Les appelants ajoutent qu'ils cherchent à obtenir une déclaration d'invalidité; l'« autre » recours leur offrirait quelque chose tout à fait différent, dont ils ne veulent pas. Citant le par. 19 de l'arrêt *TeleZone*, ils affirment que « [l']accès à la justice exige que le demandeur puisse exercer directement le recours qu'il a choisi » : m.a., par. 145. Les cours supérieures provinciales n'ont pas compétence, contrairement à ce qu'exige l'arrêt *TeleZone*, pour rendre l'ordonnance sollicitée. Toujours selon eux, le recours intenté devant les cours provinciales supérieures ne respecte pas le principe de la primauté du droit. Il ne permet pas de donner des directives au gouverneur en conseil ni de déterminer si les

view, these submissions do not identify any reviewable error on the part of the Federal Court.

[59] As I discussed earlier, the remedy available in an alternative forum need not be the claimant's preferred remedy or identical to that which the claimant seeks by way of judicial review. As the Court affirmed in *Matsqui*, at para. 37, and *Harelkin*, at p. 588, the remedial capacity of the alternative decision-maker is only one factor to consider in assessing adequacy. Thus, assuming (as the parties did before us) that the provincial superior courts cannot grant the remedy of a declaration of invalidity, this factor is relevant but not decisive. As for the contention that denying access to judicial review is contrary to the principle of the rule of law, I have already explained that the appellants do not have a right to require the Federal Court to engage in judicial review. Moreover, there is ample opportunity for the legality of the *Guidelines* to be challenged in family law litigation to which their operation is directly relevant.

[60] The appellants further submit that the courts below misunderstood the expertise engaged by these proceedings, as they assumed that this was a family law case. According to the appellants, this case requires administrative, not family law, expertise because the question is whether the legislation authorizes the making of these *Guidelines*. I respectfully disagree.

[61] The appellants request a judicial determination of, among other things, whether the *Guidelines* are based, as they are required to be by s. 26.1(2) of the *Divorce Act*, on the principle "that spouses have a joint financial obligation to maintain the children of the marriage in accordance with their relative abilities to contribute to the performance of that obligation": see A.F., at paras. 12-13. Making that determination will inevitably engage family law expertise

Lignes directrices ont été dûment adoptées. À mon humble avis, ces arguments ne font ressortir aucune erreur susceptible de révision de la part de la Cour fédérale.

[59] Comme je l'ai déjà mentionné, il n'est pas nécessaire que la réparation susceptible d'être accordée par un autre tribunal soit celle privilégiée par le demandeur ou la même que le demandeur cherche à obtenir par voie de contrôle judiciaire. Ainsi que l'a confirmé la Cour dans *Matsqui*, par. 37, et dans *Harelkin*, p. 588, la faculté de l'autre décideur d'accorder une réparation n'est qu'un des facteurs à prendre en considération pour juger du caractère adéquat de la réparation. Donc, à supposer (comme les parties l'ont fait devant nous) que les cours supérieures provinciales ne peuvent prononcer de déclaration d'invalidité, ce facteur est pertinent, mais non décisif. Quant à la prétention voulant que l'interdiction de recourir au contrôle judiciaire soit contraire au principe de la primauté du droit, j'ai déjà expliqué que les appelants n'ont pas le droit d'exiger de la Cour fédérale qu'elle procède à un contrôle judiciaire. Par ailleurs, il est tout à fait possible de contester la légalité des *Lignes directrices* dans le cadre d'un litige en matière familiale où leur application est directement en cause.

[60] Les appelants soutiennent en outre que les juridictions inférieures ont mal saisi le genre d'expertise nécessaire en l'espèce, car elles ont tenu pour acquis qu'il s'agissait d'une affaire de droit de la famille. Selon eux, la présente affaire requiert une expertise en droit administratif, non en droit de la famille, parce qu'il s'agit de déterminer si la loi autorise l'établissement des *Lignes directrices*. Soit dit en tout respect, je ne suis pas d'accord.

[61] Les appelants demandent aux tribunaux de décider, entre autres choses, si les *Lignes directrices* sont fondées, comme l'exige le par. 26.1(2) de la *Loi sur le divorce*, sur le principe « que l'obligation financière de subvenir aux besoins des enfants à charge est commune aux époux et qu'elle est répartie entre eux selon leurs ressources respectives permettant de remplir cette obligation » : voir m.a., par. 12-13. Cette décision requiert forcément une

in relation to, among other things, the nature and extent of the obligation “to maintain” children and how the “relative abilities” of parents to do so should be assessed. The provincial superior courts deal day in and day out with disputes in the context of marital breakdown concerning the needs of children, as well as what custody and support arrangements are in their best interests. They regularly entertain submissions on the suitability of support orders, including setting support for special or extraordinary expenses (s. 7 of the *Guidelines*) and entertaining claims of undue hardship related to payment of support (s. 10 of the *Guidelines*). This subject-matter expertise will properly be brought to bear on the appellants’ contentions. I agree with the following observations of the Federal Court of Appeal:

... the *vires* of the Guidelines should be determined by a court that has developed the particular expertise to properly assess the arguments in their factual context. This is particularly important when one considers the nature of the arguments set out in paragraphs 14 and 15 of the application and the general allegation at paragraph 16 that the Guidelines are unreasonable and manifestly unjust, which involves looking at the impact of the Guidelines and the child support calculation formula on spouses and children in practice. Practical experience is relevant also when one considers that the Guidelines provide significant discretion to the provincial superior courts to depart from the statutory formula. According to the Appellants, such courts in fact rarely exercise that discretion. It would be difficult for the Federal Court to assess the validity of that contention. [para. 13]

(4) Summary

[62] I conclude that the Federal Court did not make any reviewable error in exercising the discretion not to entertain this judicial review application for declaratory relief.

expertise en droit de la famille, notamment pour ce qui est de la nature et de l’étendue de l’obligation « de subvenir aux besoins » des enfants et de l’appréciation des « ressources respectives » des parents leur permettant de remplir cette obligation. Les cours supérieures provinciales sont quotidiennement saisies, dans le contexte de l’échec d’un mariage, de différends concernant les besoins des enfants ou portant sur la question de savoir quels sont les arrangements alimentaires et ceux relatifs à la garde qui sont dans l’intérêt des enfants. Elles entendent régulièrement des observations sur l’opportunité d’une ordonnance alimentaire, y compris sur la fixation d’une somme pour les dépenses spéciales ou extraordinaires (art. 7 des *Lignes directrices*) et sur les difficultés excessives invoquées à propos du paiement d’une pension alimentaire (art. 10 des *Lignes directrices*). L’expertise dans ce domaine sera mise, comme il se doit, à profit pour examiner l’argumentation des appelants. Je souscris aux observations suivantes de la Cour d’appel fédérale :

... une cour qui a acquis l’expertise nécessaire pour bien examiner les arguments dans leur contexte factuel devrait se prononcer sur la légalité des Lignes directrices. Cet aspect est particulièrement important si l’on considère la nature des arguments énumérés aux paragraphes 14 et 15 de la demande et l’affirmation générale qui se trouve au paragraphe 16 selon laquelle les Lignes directrices sont déraisonnables et manifestement injustes, ce qui suppose un examen des répercussions des Lignes directrices et de la formule de calcul de la pension alimentaire pour enfants sur les époux et les enfants. L’expérience pratique est aussi pertinente étant donné que les Lignes directrices confèrent aux cours supérieures des provinces un pouvoir discrétionnaire considérable pour déroger de la formule législative. Selon les appelants, les cours exercent rarement ce pouvoir. Il serait difficile pour la Cour fédérale d’évaluer la validité de cette prétention. [par. 13]

(4) Résumé

[62] Je conclus que la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur susceptible de révision en exerçant le pouvoir discrétionnaire de ne pas entendre la demande de contrôle judiciaire visant à obtenir un jugement déclaratoire.

[63] Since writing my reasons, I have had the advantage of reviewing the concurring reasons of my colleagues Abella and Wagner JJ. As they point out, this case was argued on the basis that there was no dispute that the Federal Court has exclusive original jurisdiction to grant judicial review remedies directed against regulations promulgated by the Governor in Council. This assumption by the parties is hardly surprising given this Court's recent decision in *McArthur*, at paras. 2 and 17, aff'g 2008 ONCA 892, 94 O.R. (3d) 19, at para. 94, in which we at least implicitly if not explicitly affirmed that s. 18 of the Act gives the Federal Court exclusive original jurisdiction to issue a prerogative remedy or grant declaratory relief against any federal board, commission or other tribunal on administrative law grounds. My colleagues point to a number of "concerns" about this assumption and raise various possible arguments that might be made to the contrary. As none of these points was argued, I of course will keep an open mind about them. But I do not want my silence on these issues to be understood as indicating that, at least as presently advised, I share the concerns raised by my colleagues.

[64] At this point, it seems to me that the language of the Act conferring "exclusive original jurisdiction" can be taken as a clear and explicit expression of parliamentary intent. Similarly, as presently advised I see no reason to doubt that the Governor in Council, when exercising "jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament" is a "federal board, commission or other tribunal" within the meaning of s. 2 the Act. Further, the Court in *Paul L'Anglais Inc.* distinguished between Federal Court jurisdiction to rule on constitutionality and jurisdiction to engage in judicial review on administrative law grounds. No one questions that s. 18 does not withdraw the authority of the provincial superior courts to grant the traditional administrative law remedies against federal boards, commissions and tribunals on division of powers grounds: see, e.g., *Paul L'Anglais Inc.* at pp. 152-63. But with respect to judicial review on administrative law grounds, the Court expressly confirmed that the Federal Court has

[63] Depuis que j'ai rédigé mes motifs, j'ai eu l'occasion d'examiner les motifs concordants de mes collègues les juges Abella et Wagner. Comme ils le soulignent, les parties en l'espèce ont plaidé en tenant pour acquis qu'il n'était pas contesté que la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour accorder des redressements liés au contrôle judiciaire à l'encontre de règlements pris par le gouverneur en conseil. Cette supposition des parties n'est guère étonnante compte tenu de l'arrêt récent *McArthur*, par. 2 et 17, conf. 2008 ONCA 892, 94 O.R. (3d) 19, par. 94, où notre Cour a confirmé au moins implicitement, voire explicitement, que l'art. 18 de la Loi confère à la Cour fédérale compétence exclusive, en première instance, pour accorder un bref de prérogative ou rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral sur la base de principes de droit administratif. Mes collègues font état de plusieurs « préoccupations » quant à cette supposition et avancent divers arguments contraires possibles. Puisqu'aucun de ces points n'a été débattu, je garderai, cela va de soi, l'esprit ouvert à leur égard. Je ne souhaite cependant pas que mon silence sur ces questions soit interprété comme indiquant, du moins compte tenu des renseignements à ma disposition, que je partage les préoccupations exprimées par mes collègues.

[64] Il me semble, à ce stade-ci, que les mots de la Loi attribuant une « compétence exclusive, en première instance » peuvent être considérés comme une expression claire et explicite de l'intention du législateur. De même, compte tenu des renseignements à ma disposition, je ne vois aucune raison de douter que le gouverneur en conseil, au moment d'exercer « une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale », est un « office fédéral » au sens de l'art. 2 de la Loi. Qui plus est, la Cour a établi, dans *Paul L'Anglais Inc.*, une distinction entre le pouvoir de la Cour fédérale de statuer sur la constitutionnalité et le pouvoir d'effectuer un contrôle judiciaire sur la base de moyens de droit administratif. Personne ne met en doute que l'art. 18 ne retire pas au cours supérieures provinciales le pouvoir d'octroyer les réparations traditionnelles relevant du droit administratif à l'encontre des offices fédéraux pour des motifs liés au partage des compétences : voir, p. ex., *Paul L'Anglais Inc.*, p. 152-163. Mais en ce qui concerne le contrôle

exclusive original jurisdiction as described in s. 18 of the Act:

In adopting s. 18 of the *Federal Court Act*, . . . Parliament in effect divested the superior courts of the superintending and reforming power over federal agencies and conferred it on the Trial Division of the Federal Court

It is well established that the effect of s. 18 [of the *Federal Court Act*] was to transfer all superintending and reforming power over federal agencies from the superior courts to the Federal Court

. . . Parliament has a perfect right to enact that the superintending and reforming power over federal agencies, acting in the administration of the laws of Canada . . . will be exercised exclusively by the Federal Court, a court created for the better administration of those laws. However, it cannot confer such an exclusive power on the Federal Court when what is involved is no longer the administration of a law of Canada, but the interpretation and application of the Constitution. [pp. 153-54 and 162]

All of these matters are, of course, for another day.

IV. Disposition

[65] I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

[66] ABELLA AND WAGNER JJ. — The provincial superior courts administer the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), and the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175. As the majority states, Parliament has entrusted this entire area of law to the provincial superior courts.

[67] The parties proceeded before us on the assumption that the Federal Court has exclusive jurisdiction to declare invalid all federal regulations

judiciaire effectué sur la base de moyens de droit administratif, la Cour a expressément confirmé que la Cour fédérale possède la compétence exclusive en première instance décrite à l’art. 18 de la Loi :

En adoptant l’art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [. . .] le Parlement a effectivement retiré le pouvoir de surveillance et de contrôle des cours supérieures sur les organismes fédéraux pour le confier à la Division de première instance de la Cour fédérale

Il est bien établi que par l’effet de cet art. 18 [de la *Loi sur la Cour fédérale*] toute la compétence de surveillance et de contrôle des organismes fédéraux est transférée des cours supérieures à la Cour fédérale. . . .

. . . Le Parlement a parfaitement le droit de décréter que le pouvoir de surveillance et de contrôle des organismes fédéraux agissant dans l’administration des lois du Canada [. . .] sera exercé exclusivement par la Cour fédérale, un tribunal établi pour la meilleure administration de ces lois. Mais il ne peut pas confier un tel pouvoir exclusif à la Cour fédérale lorsqu’il s’agit non plus de l’administration d’une loi du Canada, mais de l’interprétation et de l’application de la Constitution. [p. 153-154 et 162]

Toutes ces questions pourront, bien sûr, être examinées à une autre occasion.

IV. Dispositif

[65] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

[66] LES JUGES ABELLA ET WAGNER — Les cours supérieures provinciales appliquent la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3 (2^e suppl.), ainsi que les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175. Comme l’affirment les juges majoritaires, le Parlement a confié à ces tribunaux l’ensemble de ce domaine du droit.

[67] Devant nous, les parties ont tenu pour acquis que la Cour fédérale a compétence exclusive pour déclarer invalides l’ensemble des règlements

promulgated by the Governor in Council. In view of the fact that this issue was not argued, and given its importance, in our respectful view this case should not be seen as categorically endorsing this assumption. Pending argument in another case where the issue is squarely raised, our concerns arise from a number of sources.

[68] First, any derogation from the jurisdiction of the provincial superior courts “requires clear and explicit statutory wording to this effect”: *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at para. 46; *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, [2010] 3 S.C.R. 585, at para. 42. A superior court “has jurisdiction to entertain virtually any claim unless that jurisdiction is specifically, unequivocally and constitutionally removed by Parliament”: *Sorbara v. Canada (Attorney General)* (2009), 98 O.R. (3d) 673 (C.A.), at para. 7, leave to appeal refused, [2009] 3 S.C.R. x. It would be possible to argue, in our view, that s. 18 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, does not clearly and unequivocally strip the provincial superior courts of their jurisdiction to declare federal regulations made by the Governor in Council to be invalid on administrative grounds.

[69] In fact, this Court has never held that the Federal Court enjoys the exclusive authority to declare all regulations made by the Governor in Council invalid. Only two appellate courts have endorsed that proposition: *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney-General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 63 (Sask. C.A.), at pp. 66-69; *Messengeries publi-maison ltée v. Société canadienne des postes*, [1996] R.J.Q. 547 (C.A.).

[70] A contrary view was expressed by several others: *Waddell v. Governor in Council* (1981), 30 B.C.L.R. 127 (S.C.), appeal dismissed as academic (1982), 142 D.L.R. (3d) 177 (B.C.C.A.); *Re Williams and Attorney-General for Canada* (1983), 45 O.R. (2d) 291 (H.C.J.); and *British Columbia Milk Marketing Board v. Aquilini*, [1997] B.C.J. No. 843 (S.C.) (QL), rev'd in part on other grounds (1998), 165

adoptés par le gouverneur en conseil. Comme cette question n'a pas été débattue, et compte tenu de son importance, il ne faudrait pas à notre avis considérer en l'espèce que la Cour endosse de façon catégorique cette hypothèse. En attendant que des arguments soient présentés dans une affaire où la question sera soulevée directement, nos préoccupations à cet égard émanent de plusieurs sources.

[68] Premièrement, toute limitation de la compétence des cours supérieures provinciales « doit être énoncée expressément en termes clairs dans la loi » (*Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 46; *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, [2010] 3 R.C.S. 585, par. 42). Une cour supérieure [TRADUCTION] « peut entendre pratiquement toute demande, à moins que le Parlement lui ait retiré expressément, sans équivoque et de façon constitutionnelle cette compétence » (*Sorbara c. Canada (Attorney General)* (2009), 98 O.R. (3d) 673 (C.A.), par. 7, autorisation d'appel refusée, [2009] 3 R.C.S. x). Selon nous, il serait possible de soutenir que l'art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, ne dépossède pas clairement et sans équivoque les cours supérieures provinciales de leur pouvoir de déclarer invalide pour des moyens de droit administratif un règlement adopté par le gouverneur en conseil.

[69] En fait, notre Cour n'a jamais statué que la Cour fédérale a compétence exclusive pour déclarer invalides l'ensemble des règlements adoptés par le gouverneur en conseil. Seulement deux cours d'appel ont entériné cette proposition (*Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Attorney-General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 63 (C.A. Sask.), p. 66-69, et *Messengeries publi-maison ltée c. Société canadienne des postes*, [1996] R.J.Q. 547 (C.A.)).

[70] Plusieurs autres tribunaux ont exprimé l'opinion contraire (*Waddell c. Governor in Council* (1981), 30 B.C.L.R. 127 (C.S.), appel rejeté en raison de son caractère théorique (1982), 142 D.L.R. (3d) 177 (C.A.C.-B.); *Re Williams and Attorney-General for Canada* (1983), 45 O.R. (2d) 291 (H.C.J.); *British Columbia Milk Marketing Board c. Aquilini*, [1997] B.C.J. No. 843 (C.S.) (QL), inf.

D.L.R. (4th) 626 (B.C.C.A.), notice of discontinuance filed, [1999] 2 S.C.R. v.

[71] Moreover, over three decades ago, this Court decided that provincial superior courts have jurisdiction to declare the federal laws they apply *ultra vires* on division of powers grounds so that they are not left with “the invidious task of execution of federal and provincial laws . . . while being unable to discriminate between valid and invalid federal statutes so as to refuse to ‘execute’ the invalid statutes”: *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, at p. 328.

[72] Provincial superior courts also have jurisdiction to declare the federal laws they apply to be contrary to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: *Wakeford v. Canada* (2002), 58 O.R. (3d) 65 (C.A.), at para. 40, leave to appeal refused, [2002] 4 S.C.R. vii; *Lavers v. British Columbia (Minister of Finance)* (1989), 64 D.L.R. (4th) 193 (B.C.C.A.); *International Fund for Animal Welfare, Inc. v. Canada (Attorney General)* (1998), 157 D.L.R. (4th) 561 (Ont. Ct. (Gen. Div.)).

[73] Federal regulations are federal law. Consequently, an argument can be made that the jurisdiction of the provincial superior courts to declare invalid the federal laws they apply necessarily includes the authority to declare invalid the federal regulations they apply: see e.g. *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, [2015] 1 S.C.R. 401; *Dyck v. Highton* (2003), 239 Sask. R. 38 (Q.B.); *Ward v. Canada (Attorney General)* (1997), 155 Nfld. & P.E.I.R. 313 (Nfld. S.C. (T.D.)), rev’d on other grounds (1999), 183 Nfld. & P.E.I.R. 295 (Nfld. C.A.), rev’d [2002] 1 S.C.R. 569; *Souliere v. Leclair* (1998), 52 C.R.R. (2d) 156 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Premi v. Khodeir* (2009), 198 C.R.R. (2d) 8 (Ont. S.C.J.); *Grenon v. Canada (Attorney General)* (2007), 76 Alta. L.R. (4th) 346 (Q.B.).

[74] We are not suggesting that Parliament lacks the authority under s. 101 of the *Constitution Act*,

en partie pour d’autres motifs (1998), 165 D.L.R. (4th) 626 (C.A.C.-B.), avis de désistement produit, [1999] 2 R.C.S. v).

[71] En outre, il y a plus de 30 ans de cela, notre Cour a décidé que les cours supérieures provinciales ont compétence pour déclarer *ultra vires*, pour des motifs de partage de compétences, les lois fédérales qu’elles appliquent, de façon à ne pas avoir « la tâche peu enviable d’appliquer les lois fédérales et provinciales [. . .] tout en se trouvant dans l’impossibilité de faire la distinction entre les lois fédérales valides et celles qui sont invalides, de manière à pouvoir refuser d’appliquer ces dernières » (*Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, p. 328).

[72] Les cours supérieures provinciales sont également habilitées à déclarer contraires à la *Charte canadienne des droits et libertés* les lois fédérales qu’elles appliquent (*Wakeford c. Canada* (2002), 58 O.R. (3d) 65 (C.A.), par. 40, autorisation d’appel refusée, [2002] 4 R.C.S. vii; *Lavers c. British Columbia (Minister of Finance)* (1989), 64 D.L.R. (4th) 193 (C.A.C.-B.); *International Fund for Animal Welfare, Inc. c. Canada (Attorney General)* (1998), 157 D.L.R. (4th) 561 (C. Ont. (Div. gén.))).

[73] Les règlements fédéraux font partie du droit fédéral. On peut donc soutenir que la compétence des cours supérieures provinciales de déclarer invalides les lois fédérales qu’elles appliquent inclut nécessairement le pouvoir de déclarer invalides les règlements fédéraux qu’elles appliquent (voir p. ex. *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, [2015] 1 R.C.S. 401; *Dyck c. Highton* (2003), 239 Sask. R. 38 (B.R.); *Ward c. Canada (Attorney General)* (1997), 155 Nfld. & P.E.I.R. 313 (C.S.T.-N. (1^{re} inst.)), inf. pour d’autres motifs (1999), 183 Nfld. & P.E.I.R. 295 (C.A.T.-N.), inf. par [2002] 1 R.C.S. 569; *Souliere c. Leclair* (1998), 52 C.R.R. (2d) 156 (C. Ont. (Div. gén.)); *Premi c. Khodeir* (2009), 198 C.R.R. (2d) 8 (C.S.J. Ont.); *Grenon c. Canada (Attorney General)* (2007), 76 Alta. L.R. (4th) 346 (B.R.)).

[74] Nous ne prétendons pas que l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n’autorise pas le

1867 to grant the Federal Court jurisdiction to declare federal regulations *ultra vires*. Our concern is simply whether the *Federal Courts Act* has given it the *exclusive* jurisdiction to do so.

[75] The Federal Court was created to remove from the provincial superior courts the jurisdiction to supervise federal administrative tribunals, not to strip them of their jurisdiction to determine the *vires* of the federal regulations they apply: Ian Bushnell, *The Federal Court of Canada: A History, 1875-1992* (1997), at pp. 157-58; see also Richard W. Pound, *Chief Justice W.R. Jaccett: By the Law of the Land* (1999), at p. 220; John Turner, Minister of Justice and Attorney General of Canada, *House of Commons Debates*, vol. V, 2nd Sess., 28th Parl., March 25, 1970, at pp. 5469-71.

[76] The view that s. 18 of the *Federal Courts Act* was designed to consolidate judicial review jurisdiction of federal boards in a national court — and *not* to interfere with the subject-matter jurisdiction of the provincial superior courts — was later confirmed by Doug Lewis, Minister of Justice and Attorney General of Canada, when introducing certain amendments to the *Federal Court Act* in 1989: *House of Commons Debates*, vol. IV, 2nd Sess., 34th Parl., November 1, 1989, at pp. 5413-14.

[77] There is no evidence that Parliament intended to limit the subject matter jurisdiction of the provincial superior courts by preventing them from determining the *vires* of the regulations they apply. At the very least, this argues for caution and full argument before this Court declares — or is seen to declare — that s. 18 of the *Federal Courts Act* means that the Federal Court has exclusive jurisdiction over *all* federal regulations, even if they are not part of legislative schemes over which the Federal Court has jurisdiction or expertise, such as the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, or, as in this case, the *Divorce Act*.

Parlement à habiliter la Cour fédérale à déclarer *ultra vires* certains règlements fédéraux. Nous nous préoccupons simplement de savoir si la *Loi sur les Cours fédérales* a conféré à la Cour fédérale la compétence *exclusive* pour le faire.

[75] La Cour fédérale a été créée dans le but de retirer aux cours supérieures provinciales le pouvoir de surveillance des tribunaux administratifs fédéraux, et non pas de leur enlever celui de se prononcer sur la validité des règlements fédéraux qu'elles appliquent (Ian Bushnell, *The Federal Court of Canada : A History, 1875-1992* (1997), p. 157-158; voir également Richard W. Pound, *Chief Justice W.R. Jaccett : By the Law of the Land* (1999), p. 220; John Turner, ministre de la Justice et procureur général du Canada, *Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 2^e sess., 28^e lég., 25 mars 1970, p. 5469-5471).

[76] Le point de vue selon lequel l'art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* vise à conférer à un seul tribunal national la compétence en matière de contrôle judiciaire des décisions des offices fédéraux — et *non pas* à empiéter sur la compétence *ratione materiae* des cours supérieures provinciales — a été confirmé subséquemment par Doug Lewis, ministre de la Justice et procureur général du Canada, lorsqu'il a présenté certaines modifications à la *Loi sur la Cour fédérale* en 1989 (*Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 2^e sess., 34^e lég., 1^{er} novembre 1989, p. 5413-5414).

[77] Rien n'indique que le Parlement ait voulu limiter la compétence *ratione materiae* des cours supérieures provinciales en les empêchant de se prononcer sur la validité des règlements qu'elles appliquent. Cela signifie à tout le moins que la Cour doit faire preuve de prudence et bénéficier d'une argumentation complète avant de déclarer — ou de donner l'impression de déclarer — que l'art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* attribue à la Cour fédérale la compétence exclusive sur *tous* les règlements fédéraux, même s'ils ne font pas partie de régimes législatifs relevant de la compétence ou de l'expertise de la Cour fédérale, tels que le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, ou, comme c'est le cas en l'espèce, la *Loi sur le divorce*.

[78] Nor should the companion decisions in *Canada (Attorney General) v. McArthur*, [2010] 3 S.C.R. 626, and *TeleZone* necessarily contradict this view. With respect, the question of whether the provincial superior courts have jurisdiction to declare federal regulations invalid was not in issue in either case, and neither judgment purported to decide the question of whether the Governor in Council is a “federal board, commission or other tribunal” for the purposes of the *Federal Courts Act*. In fact, the Governor in Council was not implicated in either case. As such, we respectfully disagree with the majority’s assertion that *McArthur* “implicitly if not explicitly affirmed that s. 18 of the Act gives the Federal Court exclusive original jurisdiction to issue a prerogative remedy or grant declaratory relief” against the Governor in Council: para. 63.

[79] In *McArthur*, a prison inmate sought damages in the Ontario Superior Court of Justice against federal prison authorities for “arbitrary detention and alleged mistreatment”: para. 1. The legal issue was whether the inmate had to “first seek judicial review in the Federal Court to quash the segregation orders that [were] the basis of his claim” before he could proceed with his monetary claims in the superior court: para. 1. In *TeleZone*, a company sought damages in the Ontario Superior Court of Justice for breach of contract, negligence, and unjust enrichment resulting from a decision of the Minister of Industry Canada. The legal issue in that case was whether the company had to obtain “an order quashing the Minister’s decision” from the Federal Court before it could proceed with its damages claim in the superior court: para. 2.

[80] In both cases, this Court concluded that s. 18 of the *Federal Courts Act* does not require a party to seek judicial review in the Federal Court before initiating an action for damages against the Crown in a provincial superior court. The Court’s decisions focused entirely on the jurisdiction of the provincial superior courts to issue monetary relief. As

[78] Les arrêts connexes *Canada (Procureur général) c. McArthur*, [2010] 3 R.C.S. 626, et *TeleZone* ne contredisent pas nécessairement ce point de vue. Avec égards, aucun de ces arrêts ne traite de la question de savoir si les cours supérieures provinciales peuvent déclarer invalides des règlements fédéraux, ni ne vise à déterminer si le gouverneur en conseil est un « office fédéral » pour les fins de l’application de la *Loi sur les Cours fédérales*. En fait, le gouverneur en conseil n’était pas en cause dans ces affaires. En conséquence, nous ne pouvons souscrire à l’affirmation des juges majoritaires selon laquelle l’arrêt *McArthur* « a confirmé au moins implicitement, voire explicitement, que l’art. 18 de la Loi confère à la Cour fédérale compétence exclusive, en première instance, pour accorder un bref de prérogative ou rendre un jugement déclaratoire » contre le gouverneur en conseil (par. 63).

[79] Dans *McArthur*, un détenu réclamait devant la Cour supérieure de justice de l’Ontario des dommages-intérêts contre les autorités carcérales fédérales pour « détention arbitraire et mauvais traitements prétendument subis » (par. 1). La question de droit à trancher était de savoir si le détenu devait « au préalable présenter une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale pour faire annuler les ordres d’isolement cellulaire sur lesquels repos[ait] son recours » avant de pouvoir présenter ses réclamations monétaires devant la cour supérieure (par. 1). Dans *TeleZone*, une société réclamait devant la Cour supérieure de justice de l’Ontario des dommages-intérêts pour inexécution de contrat, négligence et enrichissement injustifié découlant d’une décision du ministre d’Industrie Canada. La question de droit à trancher dans cette affaire consistait à déterminer si la société devait obtenir « une ordonnance de la Cour fédérale du Canada annulant la décision du ministre » avant de pouvoir intenter son action en dommages-intérêts devant la cour supérieure (par. 2).

[80] Dans les deux cas, la Cour a conclu que l’art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* n’oblige pas une partie à présenter une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale avant d’entreprendre contre l’État une action en dommages-intérêts devant une cour supérieure provinciale. Ces décisions portent uniquement sur le pouvoir des cours

the majority itself acknowledges, the question of the provincial superior courts' jurisdiction to issue declaratory relief in connection with federal regulations was not in issue. As a result, it is difficult to see how it can be said that these cases "support the principle" that the provincial superior courts have only a limited authority, or that they stand for the proposition that the provincial superior courts can only consider the administrative validity of federal regulations where it is "genuinely a necessary step in an otherwise valid proceeding and is not simply made to appear as such as the result of 'artful pleading'": para. 24.

[81] The majority also suggests that this Court's decision in *Canada Labour Relations Board v. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 147, "expressly confirmed" that s. 18 grants the Federal Court exclusive original jurisdiction "to engage in judicial review on administrative law grounds", while the provincial superior courts retain only the "jurisdiction to rule on constitutionality": para. 64. In our respectful view, the *Paul L'Anglais* decision supports a contrary interpretation.

[82] *Paul L'Anglais* was about a decision by the Canada Labour Relations Board, which had found that two media companies were "federal undertakings and that their employees perform work which falls under the jurisdiction established by the *Canada Labour Code*". The companies brought a motion in the Quebec Superior Court arguing that their activities fell within "the exclusive authority of the provincial legislatures". The issue before the Court was whether s. 18 ousted the jurisdiction of the superior court to "review the decision made in the case at bar by the Board". The Court held that s. 18 does not have "the effect of superseding the superintending and reforming power of the Superior Court and its jurisdiction in evocation over the decision rendered in the case at bar by the Canada Labour Relations Board": pp. 151-52, 158 and 163. Not only did the Court make no reference to any distinction between "constitutionality" and "administrative

supérieures provinciales d'accorder une réparation monétaire. Comme le reconnaissent eux-mêmes les juges majoritaires, la question de savoir si les cours supérieures provinciales ont compétence pour prononcer un jugement déclaratoire relativement à des règlements fédéraux n'était pas en cause. Il est donc difficile de voir comment on peut affirmer que ces arrêts « appuient le principe » selon lequel les cours supérieures provinciales ne disposent que d'un pouvoir limité, ou qu'ils permettent d'affirmer que ces cours ne peuvent examiner la légalité administrative de règlements fédéraux que lorsqu'il s'agit d'« une étape vraiment nécessaire d'une instance par ailleurs valide et qu'on ne cherche pas à la faire simplement paraître comme telle grâce à une "plaidoirie habile" » (par. 24).

[81] Les juges majoritaires indiquent également que l'arrêt *Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 147, « a expressément confirmé » que l'art. 18 confère à la Cour fédérale la compétence exclusive en première instance « d'effectuer un contrôle judiciaire sur la base de moyens de droit administratif », alors que les cours supérieures provinciales ne conservent que le « pouvoir [. . .] de statuer sur la constitutionnalité » (par. 64). À notre avis, la décision *Paul L'Anglais* énonce une interprétation contraire.

[82] L'arrêt *Paul L'Anglais* portait sur une décision dans laquelle le Conseil canadien des relations du travail avait conclu que deux entreprises médiatiques étaient « des entreprises fédérales, et que leurs employés effectu[ai]ent du travail qui tombe sous la juridiction du *Code canadien du travail* ». Dans une requête introduite devant la Cour supérieure du Québec, les entreprises en question ont plaidé que leurs activités étaient assujetties « au pouvoir exclusif des législatures provinciales ». La question dont était saisie notre Cour était de savoir si l'art. 18 avait pour effet d'exclure la compétence de la Cour supérieure de « réviser la décision rendue en l'espèce par le Conseil ». La Cour a conclu que l'art. 18 n'a pas « pour effet d'écarter le pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure et sa compétence en évocation sur la décision rendue en l'espèce par le Conseil canadien des relations du travail » (p. 151-152, 158 et 163). Non seulement

law grounds”, it made no reference to administrative law grounds at all. It is with respect inaccurate to state, as the majority does, that the Court made a distinction between “jurisdiction to rule on constitutionality”, and jurisdiction “to engage in judicial review on administrative law grounds” for the purposes of s. 18.

[83] What the Court did say in *Paul L’Anglais* was that it was expressly endorsing and applying its earlier decision in *Law Society* (p. 158). In that case, the Director of Investigation and Research had interpreted the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, as giving him jurisdiction to initiate an investigation into the regulations and policies about advertising by members of the Law Society of British Columbia. The Law Society responded by initiating an action in the British Columbia Supreme Court seeking a declaration that the Act did not apply to the Law Society or its members, or, to the extent that it did apply, a declaration that the Act was *ultra vires* Parliament. The legal issue was whether s. 18 ousted the jurisdiction of the superior court to issue declarations in connection with federal laws. The Court concluded that s. 18 did not have this effect: pp. 320, 322-23 and 329.

[84] In reaching this conclusion, the *Law Society* decision too did not distinguish between “constitutionality” and “administrative law grounds” to determine the effect of s. 18 on the jurisdiction of the provincial superior courts. Rather, the Court expressly held that the provincial superior courts cannot be stripped of the jurisdiction to declare invalid the federal laws they apply:

It is difficult to see how an argument can be advanced that a statute adopted by Parliament for the establishment of a court for the better administration of the laws of Canada can at the same time include a provision that the provincial superior courts may no longer declare a statute enacted by Parliament to be beyond the constitutional

la Cour ne mentionne aucune distinction entre des motifs de « constitutionnalité » et ceux « de droit administratif », mais elle ne fait nullement mention de tels motifs. Soit dit en tout respect, il est inexact d’affirmer, comme le font les juges majoritaires, que la Cour a établi une distinction entre le « pouvoir [. . .] de statuer sur la constitutionnalité » et celui « d’effectuer un contrôle judiciaire sur la base de moyens de droit administratif » pour l’application de l’art. 18.

[83] La Cour a dit dans l’arrêt *Paul L’Anglais* qu’elle endossait et appliquait expressément son arrêt antérieur *Law Society* (p. 158). Dans cette affaire, le directeur des enquêtes et recherches avait considéré que la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, c. C-23, lui donnait le pouvoir d’instituer une enquête sur les règlements et les politiques du Barreau de la Colombie-Britannique relativement à la publicité faite par ses membres. Le Barreau a répliqué en demandant à la Cour suprême de la Colombie-Britannique de rendre un jugement déclarant que la loi en cause ne s’appliquait pas au Barreau ou à ses membres, ou, dans la mesure où elle s’y appliquait, de rendre un jugement déclarant que cette loi outrepassait la compétence du Parlement. La question de droit consistait à décider si l’art. 18 écartait la compétence de la cour supérieure de rendre des jugements déclaratoires relativement à des lois fédérales. La Cour a conclu que l’art. 18 n’avait pas un tel effet (p. 320, 322-323 et 329).

[84] En tirant cette conclusion dans l’arrêt *Law Society*, la Cour n’a pas non plus fait de distinction entre les motifs de « constitutionnalité » et ceux « de droit administratif » pour déterminer l’impact de l’art. 18 sur la compétence des cours supérieures provinciales. Elle a plutôt statué expressément que les cours supérieures provinciales ne peuvent être dépouillées de leur pouvoir de déclarer invalides les lois fédérales qu’elles appliquent :

Il est difficile de comprendre comment on peut prétendre qu’une loi que le Parlement a adoptée en vue de l’établissement d’un tribunal pour la meilleure exécution des lois du Canada peut en même temps disposer que les cours supérieures des provinces ne peuvent plus déclarer qu’une loi adoptée par le Parlement outrepassa la

authority of Parliament. Sections 17 and 18 of the *Federal Court Act* must, in the view of the appellants, be so construed. In my view Parliament lacks the constitutional authority to so provide. To do so would strip the basic constitutional concepts of judicature of this country, namely the superior courts of the provinces, of a judicial power fundamental to a federal system as described in the *Constitution Act*. At the same time it would leave the provincially-organized superior courts with the invidious task of execution of federal and provincial laws, to paraphrase the Valin case, supra, while being unable to discriminate between valid and invalid federal statutes so as to refuse to “execute” the invalid statutes. For this second and more fundamental reason I conclude that the British Columbia courts have the requisite jurisdiction to entertain the claims for declarations herein made. [Emphasis added; p. 328.]

There was no suggestion, either in *Law Society* or *Paul L’Anglais*, that the legal proposition — provincial superior courts should not be in the “invidious” position of having to apply invalid federal laws — extended only to declarations of constitutional invalidity.

[85] Accordingly, although we agree with the result reached by the majority, we are concerned that the reasons not be seen as representing a definitive view from this Court that the provincial superior courts cannot declare federal regulations invalid on administrative grounds.

APPENDIX

Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.)

26.1 (1) The Governor in Council may establish guidelines respecting the making of orders for child support, including, but without limiting the generality of the foregoing, guidelines

(a) respecting the way in which the amount of an order for child support is to be determined;

compétence constitutionnelle de ce dernier. C’est pourtant l’interprétation que, selon les appelants, il faut donner aux art. 17 et 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*. À mon avis, la Constitution n’investit pas le Parlement du pouvoir d’adopter pareille disposition. S’il en était autrement, ces organismes judiciaires de base qu’a établis la Constitution de ce pays, notamment les cours supérieures des provinces, seraient dépouillés d’un pouvoir judiciaire fondamental dans un régime fédéral comme celui décrit dans la *Loi constitutionnelle*. De plus, ces cours supérieures constituées par les provinces se verraient chargées de la tâche peu enviable d’appliquer les lois fédérales et provinciales, pour paraphraser l’arrêt *Valin*, précité, tout en se trouvant dans l’impossibilité de faire la distinction entre les lois fédérales valides et celles qui sont invalides, de manière à pouvoir refuser d’appliquer ces dernières. Pour cette seconde raison plus fondamentale, je conclus que les cours de la Colombie-Britannique ont la compétence requise pour entendre les demandes de déclaration faites en l’espèce. [Je souligne; p. 328.]

Rien n’indique dans l’arrêt *Law Society* ou dans l’arrêt *Paul L’Anglais* que l’énoncé juridique — selon lequel les cours supérieures provinciales ne devraient pas se trouver dans la situation « peu enviable » où elles doivent appliquer des lois fédérales invalides — ne s’appliquait qu’aux déclarations d’invalidité en matière constitutionnelle.

[85] En conséquence, bien que nous soyons d’accord avec le résultat auquel parviennent les juges majoritaires, nous craignons que les motifs ne soient interprétés comme une opinion définitive de notre Cour voulant que les cours supérieures provinciales ne peuvent pas déclarer des règlements fédéraux invalides pour des moyens de droit administratif.

ANNEXE

Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, c. 3 (2^e suppl.)

26.1 (1) Le gouverneur en conseil peut établir des lignes directrices à l’égard des ordonnances pour les aliments des enfants, notamment pour :

a) régir le mode de détermination du montant des ordonnances pour les aliments des enfants;

(b) respecting the circumstances in which discretion may be exercised in the making of an order for child support;

(c) authorizing a court to require that the amount payable under an order for child support be paid in periodic payments, in a lump sum or in a lump sum and periodic payments;

(d) authorizing a court to require that the amount payable under an order for child support be paid or secured, or paid and secured, in the manner specified in the order;

(e) respecting the circumstances that give rise to the making of a variation order in respect of a child support order;

(f) respecting the determination of income for the purposes of the application of the guidelines;

(g) authorizing a court to impute income for the purposes of the application of the guidelines; and

(h) respecting the production of income information and providing for sanctions when that information is not provided.

(2) The guidelines shall be based on the principle that spouses have a joint financial obligation to maintain the children of the marriage in accordance with their relative abilities to contribute to the performance of that obligation.

(3) In subsection (1), “order for child support” means

(a) an order or interim order made under section 15.1;

(b) a variation order in respect of a child support order; or

(c) an order or an interim order made under section 19.

Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175

7. (1) In a child support order the court may, on either spouse’s request, provide for an amount to cover all or any portion of the following expenses, which expenses may be estimated, taking into account the necessity of the expense in relation to the child’s best interests and

b) régir les cas où le tribunal peut exercer son pouvoir discrétionnaire lorsqu’il rend des ordonnances pour les aliments des enfants;

c) autoriser le tribunal à exiger que le montant de l’ordonnance pour les aliments d’un enfant soit payable sous forme de capital ou de pension, ou des deux;

d) autoriser le tribunal à exiger que le montant de l’ordonnance pour les aliments d’un enfant soit versé ou garanti, ou versé et garanti, selon les modalités prévues par l’ordonnance;

e) régir les changements de situation au titre desquels les ordonnances modificatives des ordonnances alimentaires au profit d’un enfant peuvent être rendues;

f) régir la détermination du revenu pour l’application des lignes directrices;

g) autoriser le tribunal à attribuer un revenu pour l’application des lignes directrices;

h) régir la communication de renseignements sur le revenu et prévoir les sanctions afférentes à la non-communication de tels renseignements.

(2) Les lignes directrices doivent être fondées sur le principe que l’obligation financière de subvenir aux besoins des enfants à charge est commune aux époux et qu’elle est répartie entre eux selon leurs ressources respectives permettant de remplir cette obligation.

(3) Pour l’application du paragraphe (1), « ordonnance pour les aliments d’un enfant » s’entend :

a) de l’ordonnance ou de l’ordonnance provisoire rendue au titre de l’article 15.1;

b) de l’ordonnance modificative de l’ordonnance alimentaire au profit d’un enfant;

c) de l’ordonnance ou de l’ordonnance provisoire rendue au titre de l’article 19.

Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175

7. (1) Le tribunal peut, sur demande de l’un des époux, prévoir dans l’ordonnance alimentaire une somme, qui peut être estimative, pour couvrir tout ou partie des frais ci-après, compte tenu de leur nécessité par rapport à l’intérêt de l’enfant et de leur caractère raisonnable par rapport

the reasonableness of the expense in relation to the means of the spouses and those of the child and to the family's spending pattern prior to the separation:

(a) child care expenses incurred as a result of the custodial parent's employment, illness, disability or education or training for employment;

(b) that portion of the medical and dental insurance premiums attributable to the child;

(c) health-related expenses that exceed insurance reimbursement by at least \$100 annually, including orthodontic treatment, professional counselling provided by a psychologist, social worker, psychiatrist or any other person, physiotherapy, occupational therapy, speech therapy and prescription drugs, hearing aids, glasses and contact lenses;

(d) extraordinary expenses for primary or secondary school education or for any other educational programs that meet the child's particular needs;

(e) expenses for post-secondary education; and

(f) extraordinary expenses for extracurricular activities.

(1.1) For the purposes of paragraphs (1)(d) and (f), the term "extraordinary expenses" means

(a) expenses that exceed those that the spouse requesting an amount for the extraordinary expenses can reasonably cover, taking into account that spouse's income and the amount that the spouse would receive under the applicable table or, where the court has determined that the table amount is inappropriate, the amount that the court has otherwise determined is appropriate; or

(b) where paragraph (a) is not applicable, expenses that the court considers are extraordinary taking into account

(i) the amount of the expense in relation to the income of the spouse requesting the amount, including the amount that the spouse would receive under the applicable table or, where the court has determined that the table amount is inappropriate, the amount that the court has otherwise determined is appropriate,

aux ressources des époux et de l'enfant et aux habitudes de dépenses de la famille avant la séparation :

a) les frais de garde de l'enfant engagés pour permettre au parent en ayant la garde d'occuper un emploi, ou de poursuivre des études ou de recevoir de la formation en vue d'un emploi, ou engagés en raison d'une maladie ou d'une invalidité du parent;

b) la portion des primes d'assurance médicale et dentaire attribuable à l'enfant;

c) les frais relatifs aux soins de santé dépassant d'au moins 100 \$ par année la somme que la compagnie d'assurance rembourse, notamment les traitements orthodontiques, les consultations professionnelles d'un psychologue, travailleur social, psychiatre ou toute autre personne, la physiothérapie, l'ergothérapie, l'orthophonie, les médicaments délivrés sur ordonnance, les prothèses auditives, les lunettes et les lentilles cornéennes;

d) les frais extraordinaires relatifs aux études primaires ou secondaires ou à tout autre programme éducatif qui répond aux besoins particuliers de l'enfant;

e) les frais relatifs aux études postsecondaires;

f) les frais extraordinaires relatifs aux activités parascolaires.

(1.1) Pour l'application des alinéas (1)d) et f), « frais extraordinaires » s'entend :

a) des frais qui excèdent ceux que l'époux demandant une somme pour frais extraordinaires peut raisonnablement assumer, compte tenu de son revenu et de la somme qu'il recevrait en vertu de la table applicable ou, si le tribunal statue que cette somme ne convient pas, de la somme que le tribunal juge indiquée;

b) si l'alinéa a) ne s'applique pas, des frais que le tribunal considère comme extraordinaires, compte tenu :

(i) de leur montant par rapport au revenu de l'époux demandant une somme pour ces frais, y compris celle qu'il recevrait en vertu de la table applicable ou, si le tribunal statue que cette somme ne convient pas, de la somme que le tribunal juge indiquée,

- (ii) the nature and number of the educational programs and extracurricular activities,
- (iii) any special needs and talents of the child or children,
- (iv) the overall cost of the programs and activities, and
- (v) any other similar factor that the court considers relevant.

(2) The guiding principle in determining the amount of an expense referred to in subsection (1) is that the expense is shared by the spouses in proportion to their respective incomes after deducting from the expense, the contribution, if any, from the child.

(3) Subject to subsection (4), in determining the amount of an expense referred to in subsection (1), the court must take into account any subsidies, benefits or income tax deductions or credits relating to the expense, and any eligibility to claim a subsidy, benefit or income tax deduction or credit relating to the expense.

(4) In determining the amount of an expense referred to in subsection (1), the court shall not take into account any universal child care benefit or any eligibility to claim that benefit.

10. (1) On either spouse's application, a court may award an amount of child support that is different from the amount determined under any of sections 3 to 5, 8 or 9 if the court finds that the spouse making the request, or a child in respect of whom the request is made, would otherwise suffer undue hardship.

(2) Circumstances that may cause a spouse or child to suffer undue hardship include the following:

- (a) the spouse has responsibility for an unusually high level of debts reasonably incurred to support the spouses and their children prior to the separation or to earn a living;
- (b) the spouse has unusually high expenses in relation to exercising access to a child;
- (c) the spouse has a legal duty under a judgment, order or written separation agreement to support any person;

- (ii) de la nature et du nombre de programmes éducatifs et des activités parascolaires,
- (iii) des besoins particuliers et des talents de l'enfant,
- (iv) du coût global des programmes et des activités,
- (v) des autres facteurs similaires que le tribunal estime pertinents.

(2) La détermination du montant des dépenses aux termes du paragraphe (1) procède du principe qu'elles sont partagées en proportion du revenu de chaque époux, déduction faite de la contribution fournie par l'enfant, le cas échéant.

(3) Sous réserve du paragraphe (4), lorsqu'il calcule le montant des dépenses visées au paragraphe (1), le tribunal tient compte de tout avantage ou subvention, ou déduction ou crédit d'impôt, relatifs aux dépenses, ou de l'admissibilité à ceux-ci.

(4) Le tribunal ne tient pas compte des prestations universelles pour la garde d'enfants, ou de l'admissibilité à celles-ci, dans le calcul du montant des dépenses visées au paragraphe (1).

10. (1) Le tribunal peut, sur demande de l'un des époux, fixer comme montant de l'ordonnance alimentaire un montant différent de celui qui serait déterminé en application des articles 3 à 5, 8 et 9, s'il conclut que, sans cette mesure, l'époux qui fait cette demande ou tout enfant visé par celle-ci éprouverait des difficultés excessives.

(2) Des difficultés excessives peuvent résulter, notamment :

- a) des dettes anormalement élevées qui sont raisonnablement contractées par un époux pour soutenir les époux et les enfants avant la séparation ou pour gagner un revenu;
- b) des frais anormalement élevés liés à l'exercice par un époux du droit d'accès auprès des enfants;
- c) des obligations légales d'un époux découlant d'un jugement, d'une ordonnance ou d'une entente de séparation écrite pour le soutien alimentaire de toute personne;

(d) the spouse has a legal duty to support a child, other than a child of the marriage, who is

(i) under the age of majority, or

(ii) the age of majority or over but is unable, by reason of illness, disability or other cause, to obtain the necessaries of life; and

(e) the spouse has a legal duty to support any person who is unable to obtain the necessaries of life due to an illness or disability.

(3) Despite a determination of undue hardship under subsection (1), an application under that subsection must be denied by the court if it is of the opinion that the household of the spouse who claims undue hardship would, after determining the amount of child support under any of sections 3 to 5, 8 or 9, have a higher standard of living than the household of the other spouse.

(4) In comparing standards of living for the purpose of subsection (3), the court may use the comparison of household standards of living test set out in Schedule II.

(5) Where the court awards a different amount of child support under subsection (1), it may specify, in the child support order, a reasonable time for the satisfaction of any obligation arising from circumstances that cause undue hardship and the amount payable at the end of that time.

(6) Where the court makes a child support order in a different amount under this section, it must record its reasons for doing so.

Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7

17. (1) Except as otherwise provided in this Act or any other Act of Parliament, the Federal Court has concurrent original jurisdiction in all cases in which relief is claimed against the Crown.

(2) Without restricting the generality of subsection (1), the Federal Court has concurrent original jurisdiction, except as otherwise provided, in all cases in which

(a) the land, goods or money of any person is in the possession of the Crown;

(b) the claim arises out of a contract entered into by or on behalf of the Crown;

d) des obligations légales d'un époux pour le soutien alimentaire d'un enfant, autre qu'un enfant à charge, qui :

(i) n'est pas majeur,

(ii) est majeur, sans pouvoir, pour cause notamment de maladie ou d'invalidité, subvenir à ses propres besoins;

e) des obligations légales d'un époux pour le soutien alimentaire de toute personne qui ne peut subvenir à ses propres besoins pour cause de maladie ou d'invalidité.

(3) Même s'il conclut à l'existence de difficultés excessives, le tribunal doit rejeter la demande faite en application du paragraphe (1) s'il est d'avis que le ménage de l'époux qui les invoque aurait, par suite de la détermination du montant de l'ordonnance alimentaire en application des articles 3 à 5, 8 et 9, un niveau de vie plus élevé que celui du ménage de l'autre époux.

(4) Afin de comparer les niveaux de vie des ménages visés au paragraphe (3), le tribunal peut utiliser la méthode prévue à l'annexe II.

(5) S'il rajuste le montant de l'ordonnance alimentaire en vertu du paragraphe (1), le tribunal peut, dans l'ordonnance, prévoir une période raisonnable pour permettre à l'époux de satisfaire les obligations qui causent des difficultés excessives et fixer le montant de celle-ci à l'expiration de cette période.

(6) Le tribunal doit enregistrer les motifs de sa décision de rajuster le montant de l'ordonnance alimentaire en vertu du présent article.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, c. F-7

17. (1) Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, la Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, dans les cas de demande de réparation contre la Couronne.

(2) Elle a notamment compétence concurrente en première instance, sauf disposition contraire, dans les cas de demande motivés par :

a) la possession par la Couronne de terres, biens ou sommes d'argent appartenant à autrui;

b) un contrat conclu par ou pour la Couronne;

(c) there is a claim against the Crown for injurious affection; or

(d) the claim is for damages under the *Crown Liability and Proceedings Act*.

(3) The Federal Court has exclusive original jurisdiction to hear and determine the following matters:

(a) the amount to be paid if the Crown and any person have agreed in writing that the Crown or that person shall pay an amount to be determined by the Federal Court, the Federal Court — Trial Division or the Exchequer Court of Canada; and

(b) any question of law, fact or mixed law and fact that the Crown and any person have agreed in writing shall be determined by the Federal Court, the Federal Court — Trial Division or the Exchequer Court of Canada.

(4) The Federal Court has concurrent original jurisdiction to hear and determine proceedings to determine disputes in which the Crown is or may be under an obligation and in respect of which there are or may be conflicting claims.

(5) The Federal Court has concurrent original jurisdiction

(a) in proceedings of a civil nature in which the Crown or the Attorney General of Canada claims relief; and

(b) in proceedings in which relief is sought against any person for anything done or omitted to be done in the performance of the duties of that person as an officer, servant or agent of the Crown.

(6) If an Act of Parliament confers jurisdiction in respect of a matter on a court constituted or established by or under a law of a province, the Federal Court has no jurisdiction to entertain any proceeding in respect of the same matter unless the Act expressly confers that jurisdiction on that court.

18. (1) Subject to section 28, the Federal Court has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

c) un trouble de jouissance dont la Couronne se rend coupable;

d) une demande en dommages-intérêts formée au titre de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*.

(3) Elle a compétence exclusive, en première instance, pour les questions suivantes :

a) le paiement d'une somme dont le montant est à déterminer, aux termes d'une convention écrite à laquelle la Couronne est partie, par la Cour fédérale — ou l'ancienne Cour de l'Échiquier du Canada — ou par la Section de première instance de la Cour fédérale;

b) toute question de droit, de fait ou mixte à trancher, aux termes d'une convention écrite à laquelle la Couronne est partie, par la Cour fédérale — ou l'ancienne Cour de l'Échiquier du Canada — ou par la Section de première instance de la Cour fédérale.

(4) Elle a compétence concurrente, en première instance, dans les procédures visant à régler les différends mettant en cause la Couronne à propos d'une obligation réelle ou éventuelle pouvant faire l'objet de demandes contradictoires.

(5) Elle a compétence concurrente, en première instance, dans les actions en réparation intentées :

a) au civil par la Couronne ou le procureur général du Canada;

b) contre un fonctionnaire, préposé ou mandataire de la Couronne pour des faits — actes ou omissions — survenus dans le cadre de ses fonctions.

(6) Elle n'a pas compétence dans les cas où une loi fédérale donne compétence à un tribunal constitué ou maintenu sous le régime d'une loi provinciale sans prévoir expressément la compétence de la Cour fédérale.

18. (1) Sous réserve de l'article 28, la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour :

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

(2) The Federal Court has exclusive original jurisdiction to hear and determine every application for a writ of *habeas corpus ad subjiciendum*, writ of *certiorari*, writ of prohibition or writ of *mandamus* in relation to any member of the Canadian Forces serving outside Canada.

(3) The remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Jensen Shawa Solomon Duguid Hawkes, Calgary.

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

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

(2) Elle a compétence exclusive, en première instance, dans le cas des demandes suivantes visant un membre des Forces canadiennes en poste à l'étranger : bref d'*habeas corpus ad subjiciendum*, de *certiorari*, de prohibition ou de *mandamus*.

(3) Les recours prévus aux paragraphes (1) ou (2) sont exercés par présentation d'une demande de contrôle judiciaire.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants : Jensen Shawa Solomon Duguid Hawkes, Calgary.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Ottawa.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Jason Rodgeron *Respondent*

INDEXED AS: R. v. RODGERSON

2015 SCC 38

File No.: 35947.

2015: January 14; 2015: July 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Murder — Charge to jury — Evidence — Post-offence conduct — After killing victim, accused concealed body and cleaned up scene of death — Accused fled from and lied to police — Trial judge instructed jury on use of accused's post-offence conduct in assessing issue of intent for murder — Whether trial judge erred in instructions to jury on concealment and clean-up, and if so, whether that error was fatal in conjunction with erroneous instructions on accused's flight from and lies to police — Detrimental impact of long and complex jury charges on criminal justice system.

R was charged with first degree murder in connection with the death of Y. At trial, there was no dispute that R caused Y's death. R's primary defence was self-defence, but he also relied on lack of intent, provocation, and an absence of evidence establishing first degree murder. He testified that after he and Y engaged in consensual sexual activity, a heated exchange occurred and she attacked him with a knife. A physical struggle ensued, culminating in Y's death. R maintained that he did not intend to kill or seriously injure Y. Rather, he testified that he used only moderate force, and that her death was accidental. To rebut R's position on the amount of force used and the issue of intent, Crown counsel relied on forensic analysis of Y's injuries and of bloodstains found at R's home, as well as on evidence of R's post-offence efforts to conceal Y's

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Jason Rodgeron *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. RODGERSON

2015 CSC 38

N° du greffe : 35947.

2015 : 14 janvier; 2015 : 17 juillet.

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

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

Droit criminel — Meurtre — Exposé au jury — Preuve — Comportement postérieur à l'infraction — Après avoir tué la victime, l'accusé a dissimulé son corps et nettoyé les lieux du décès — L'accusé a tenté d'échapper aux policiers et leur a menti — Directives du juge du procès au jury quant à l'utilisation qu'il pouvait faire du comportement de l'accusé postérieur à l'infraction dans son appréciation de l'intention requise pour commettre un meurtre — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans ses directives au jury concernant la dissimulation et le nettoyage? — Dans l'affirmative, cette erreur, combinée aux directives erronées relatives au fait que l'accusé avait tenté d'échapper aux policiers et leur avait menti, était-elle fatale? — Effet préjudiciable, sur le système de justice criminelle, des directives au jury longues et complexes.

R a été accusé du meurtre au premier degré de Y. Au procès, nul n'a contesté que R avait causé la mort de Y. En défense, R a invoqué principalement la légitime défense, mais il a aussi invoqué l'absence d'intention, la provocation et l'absence de preuve établissant le meurtre au premier degré. Il a témoigné que Y et lui ont eu des rapports sexuels consensuels, qu'ils ont eu ensuite une violente querelle et que Y l'a attaqué avec un couteau. Il s'en est suivi une altercation au terme de laquelle Y a trouvé la mort. R a maintenu qu'il n'avait pas l'intention de tuer ou de blesser grièvement Y. Il a plutôt expliqué n'avoir employé qu'une force modérée et que le décès de Y était accidentel. Pour réfuter la thèse de R concernant la force employée et la question de l'intention, l'avocat du ministère public s'est fondé sur l'analyse médico-légale des

body and to clean up the scene of her death. The Crown also led evidence that R fled from the police, and initially lied to them about who was responsible for Y's death.

R was convicted by a jury of second degree murder. On appeal from his conviction, R maintained that the trial judge failed to properly instruct the jury on the various ways in which R's post-offence conduct could and could not be used. A majority of the Court of Appeal agreed and ordered a new trial on a charge of second degree murder.

Held: The appeal should be dismissed.

The Crown concedes that the trial judge erred by instructing the jury that it could consider R's flight from and lies to the police on the issue of intent. This appeal centres on the instructions related to the remaining post-offence conduct: R's concealment of Y's body, and his clean-up of the scene of her death.

In order to establish that R was guilty of murder, rather than manslaughter, the Crown had to prove that he either intended to kill Y or to cause her bodily harm which he knew was likely to cause death. The cornerstone of its case was the nature and extent of Y's injuries and the degree of force required to inflict them. The Crown asserted that the forensic evidence revealed a more prolonged and violent physical altercation than the version of events described by R.

It is relatively straightforward to understand how R's efforts at concealment and clean-up were capable of supporting the inference that he acted unlawfully. However, these efforts were also capable of supporting the further inference that R sought to conceal Y's body and clean up the scene of her death in order to conceal the nature and extent of her injuries and the degree of force required to inflict them. This in turn could have been relevant on the issue of intent for murder: the more severe the injuries, and the more force required to inflict them, the stronger

blessures subies par Y et sur les résultats de l'analyse des taches de sang trouvées à la résidence de R, ainsi que sur la preuve des efforts que R avait déployés après l'infraction pour dissimuler le corps de Y et nettoyer les lieux de son décès. Le ministère public a aussi présenté des éléments de preuve démontrant que R avait tenté d'échapper aux policiers et leur avait d'abord menti au sujet de la personne responsable du décès de Y.

Un jury a reconnu R coupable de meurtre au second degré. En appel de sa déclaration de culpabilité, R a maintenu que le juge du procès n'avait pas bien expliqué aux jurés les diverses façons dont ils pouvaient utiliser le comportement postérieur à l'infraction de R et les façons dont ils ne pouvaient pas l'utiliser. La Cour d'appel à la majorité a accepté cet argument et a ordonné la tenue d'un nouveau procès sur l'accusation de meurtre au second degré.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le ministère public admet que le juge du procès a commis une erreur en disant aux jurés qu'ils pouvaient, pour se prononcer sur la question de l'intention, prendre en compte le fait que R avait tenté d'échapper aux policiers et leur avait menti. Les directives relatives aux autres comportements de R postérieurs à l'infraction, soit la dissimulation du corps de Y et le nettoyage des lieux de son décès, sont au cœur du présent pourvoi.

Pour établir que R était coupable de meurtre plutôt que d'homicide involontaire coupable, le ministère public devait prouver qu'il avait l'intention de causer la mort de Y ou de lui infliger des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort. La pierre angulaire de sa thèse résidait dans la nature et la gravité des blessures subies par Y ainsi que le degré de force requis pour les lui infliger. Le ministère public a plaidé que la preuve médico-légale révélait une altercation physique plus prolongée et violente que ce que R avait laissé entendre dans sa version des faits.

Il est relativement aisé de comprendre de quelle façon les efforts déployés par R pour dissimuler le corps et nettoyer les lieux pouvaient étayer l'inférence qu'il a agi de façon illégale. Toutefois, ces efforts pouvaient également permettre de conclure que R avait tenté de dissimuler le corps de Y et de nettoyer les lieux de son décès afin de dissimuler la nature et la gravité des blessures qu'elle avait subies, ainsi que le degré de force requis pour les infliger. Ces éléments auraient à leur tour pu être pertinents pour trancher la question de l'intention requise

the inference that he intended to kill, or to cause bodily harm which he knew was likely to cause death.

This chain of inferential reasoning was narrow, and the relevance of the evidence was attenuated. The trial judge should have assisted the jury with a specific instruction on how to use this evidence on the issue of intent. However, the sections of the jury charge relating to intent failed to link the concealment and clean-up evidence to the nature and extent of Y's injuries and the force required to inflict them. Rather, the charge merely reiterated the existence of this evidence, and instructed the jury to consider it along with all the other evidence. This was a legal error that created a risk that the jury might convict R for murder based only on the broader inference that the concealment and clean-up pointed to a consciousness of guilt and a desire to prevent discovery of an unlawful killing.

After the jury rejected self-defence, the issue of R's intent was the central issue at trial. Moreover, the Crown's case was not overwhelming. As a result, the curative proviso does not apply and R is entitled to a new trial for second degree murder.

Both the Crown and the dissenting judge in the Court of Appeal expressed concern that requiring a more specific instruction on the concealment and clean-up evidence would further fuel the trend towards lengthier and more complex jury charges. While these concerns are valid, a few modest alterations would have saved this jury charge from legal error. At the same time, a great many of the instructions that were included could and should have been removed. The length, repetitiveness, and complexity of the charge were unwarranted.

A trial judge must strike a crucial balance by crafting a jury charge that is both comprehensive and comprehensible. Over-charging is just as incompatible with this duty as is under-charging. Trial judges have taken to quoting large extracts from model charge manuals to safeguard their verdicts from appeal. But model charge manuals do not necessarily translate into model charges.

pour commettre un meurtre : plus les blessures étaient graves et plus la force requise pour les infliger était grande, plus il était possible d'en déduire qu'il avait l'intention de la tuer ou de lui causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort.

Ce raisonnement par déduction était ténu et la pertinence de la preuve était faible. Le juge du procès aurait dû aider le jury en lui donnant des directives précises sur la façon d'utiliser ces éléments de preuve pour l'examen de la question de l'intention. Cependant, les sections des directives au jury concernant l'intention n'ont pas établi de lien entre, d'une part, les éléments de preuve relatifs à la dissimulation et au nettoyage et, d'autre part, la nature et la gravité des blessures infligées à Y ainsi que la force requise pour les infliger. Les directives ont plutôt simplement répété l'existence de ces éléments de preuve et ont dit aux jurés qu'ils devaient en tenir compte au même titre que tous les autres éléments de preuve. Il s'agissait là d'une erreur de droit qui créait un risque que le jury déclare R coupable de meurtre en se fondant uniquement sur l'inférence plus générale que la dissimulation et le nettoyage indiquaient que R était conscient de sa culpabilité et qu'il voulait empêcher que l'on découvre qu'il avait causé illégalement la mort de quelqu'un.

Après que le jury eût écarté la légitime défense, la question de l'intention de R devenait la question cruciale au procès. En outre, la preuve du ministère public n'était pas accablante. En conséquence, la disposition réparatrice ne s'applique pas et R a droit à un nouveau procès pour meurtre au second degré.

Le ministère public et le juge dissident en Cour d'appel se sont dits préoccupés par le fait qu'exiger des directives plus précises sur les éléments de preuve relatifs à la dissimulation et au nettoyage pourrait alimenter davantage la tendance vers des exposés au jury plus longs et plus complexes. Bien que ces préoccupations soient légitimes, quelques modestes modifications auraient produit un exposé sans erreurs de droit. Par ailleurs, un grand nombre des directives qui y figuraient auraient pu et auraient dû être supprimées. La longueur, les redites et la complexité de l'exposé au jury n'étaient pas justifiées.

Le juge du procès doit atteindre un équilibre délicat en rédigeant un exposé au jury qui est à la fois complet et compréhensible. Il va tout autant à l'encontre de ce rôle de donner des directives trop longues que de faire un exposé trop court. Les juges du procès ont entrepris de citer de longs passages de recueils de modèles de directives pour protéger leurs verdicts contre les appels. Mais les

They are there to guide, not govern. The failure to isolate the critical issues in a case and tailor the charge to them inevitably makes the instructions less helpful to the jury. The fundamental purpose of the jury charge must be to educate, not complicate.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523; *R. v. Jack* (1993), 88 Man. R. (2d) 93, aff'd [1994] 2 S.C.R. 310; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Hebert*, [1996] 2 S.C.R. 272; *R. v. Mathisen*, 2008 ONCA 747, 239 C.C.C. (3d) 63; *R. v. Pintar* (1996), 30 O.R. (3d) 483; *R. v. Mack*, 2014 SCC 58, [2014] 3 S.C.R. 3; *R. v. McNeil* (2006), 84 O.R. (3d) 125; *R. v. Zebedee* (2006), 81 O.R. (3d) 583.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 34(1) [am. 2012, c. 9, s. 2], (2) [*idem*], 35 [*idem*], 686(1)(b)(iii).

Authors Cited

Granger, Christopher. *The Criminal Jury Trial in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
Watt, David. *Helping Jurors Understand*. Toronto: Thomson Carswell, 2007.
Watt, David. *Ontario Specimen Jury Instructions (Criminal)*. Toronto: Thomson Carswell, 2003.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Feldman and MacPherson JJ.A.), 2014 ONCA 366, 319 O.A.C. 254, 309 C.C.C. (3d) 535, [2014] O.J. No. 2232 (QL), 2014 CarswellOnt 5936 (WL Can.), setting aside the accused's conviction for second degree murder and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Megan Stephens, for the appellant.

Christopher Hicks and *Kristin Bailey*, for the respondent.

recueils de modèles de directives ne se transforment pas nécessairement en directives modèles. Ils sont là pour guider, non pour prescrire. Le défaut d'isoler les questions critiques dans une affaire et d'adapter les exposés à ces questions rend inévitablement les directives moins utiles au jury. L'objectif fondamental des directives au jury doit être d'éduquer et non de compliquer les choses.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; *R. c. Jack* (1993), 88 Man. R. (2d) 93, conf. par [1994] 2 R.C.S. 310; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Hebert*, [1996] 2 R.C.S. 272; *R. c. Mathisen*, 2008 ONCA 747, 239 C.C.C. (3d) 63; *R. c. Pintar* (1996), 30 O.R. (3d) 483; *R. c. Mack*, 2014 CSC 58, [2014] 3 R.C.S. 3; *R. c. McNeil* (2006), 84 O.R. (3d) 125; *R. c. Zebedee* (2006), 81 O.R. (3d) 583.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 34(1) [mod. 2012, c. 9, art. 2], (2) [*idem*], 35 [*idem*], 686(1)(b)(iii).

Doctrine et autres documents cités

Granger, Christopher. *The Criminal Jury Trial in Canada*, 2nd ed., Scarborough (Ont.), Carswell, 1996.
Watt, David. *Helping Jurors Understand*, Toronto, Thomson Carswell, 2007.
Watt, David. *Ontario Specimen Jury Instructions (Criminal)*, Toronto, Thomson Carswell, 2003.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Feldman et MacPherson), 2014 ONCA 366, 319 O.A.C. 254, 309 C.C.C. (3d) 535, [2014] O.J. No. 2232 (QL), 2014 CarswellOnt 5936 (WL Can.), qui a annulé la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Megan Stephens, pour l'appelante.

Christopher Hicks et *Kristin Bailey*, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Overview

[1] Jason Rodgeron was charged with first degree murder in connection with the death of Amber Young. He was tried by a court composed of judge and jury, and convicted of second degree murder.

[2] At trial, there was no dispute that Mr. Rodgeron caused Ms. Young's death. Rather, his primary defence was that he was acting in lawful self-defence when he killed her. Secondly, he relied on the defences of lack of intent and provocation to reduce the charge of murder to manslaughter. Finally, he maintained that the crime of first degree murder was not made out on the evidence.

[3] In the context of his self-defence claim, Mr. Rodgeron conceded that he was applying force to Ms. Young at the time of her death. He maintained, however, that the force in question was moderate and designed solely to protect himself from death or grievous bodily harm. In using the force he did, it was not his intention to kill or seriously injure Ms. Young. The fact that she died from the force used was purely accidental.

[4] The Crown sought to rebut Mr. Rodgeron's position that the force he used was moderate and not designed to kill or seriously injure Ms. Young. To that end, Crown counsel relied in part on certain aspects of Mr. Rodgeron's post-offence conduct — namely, his efforts to conceal her body in the backyard of his home and to clean up the scene of her death.

[5] The Crown also led other post-offence conduct at trial. Specifically, the Crown adduced evidence that Mr. Rodgeron fled from the police when they came to search his home, and that he initially

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[1] Jason Rodgeron a été accusé du meurtre au premier degré d'Amber Young. Il a été jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury et il a été reconnu coupable de meurtre au second degré.

[2] Au procès, nul n'a contesté que M. Rodgeron avait causé la mort de M^{me} Young. Ce dernier a plutôt invoqué comme principal moyen de défense qu'il avait agi en légitime défense lorsqu'il l'a tuée. À titre subsidiaire, il a invoqué l'absence d'intention et la provocation dans le but de faire réduire l'accusation de meurtre à celle d'homicide involontaire coupable. Enfin, il a maintenu que suivant la preuve, le crime de meurtre au premier degré n'avait pas été établi.

[3] Dans le cadre de son allégation de légitime défense, M. Rodgeron a admis avoir employé la force contre M^{me} Young au moment de son décès. Il a toutefois maintenu que la force en question était modérée et qu'elle visait uniquement à le protéger contre la mort ou contre des lésions corporelles graves. En faisant usage de cette force, il n'avait pas l'intention de tuer ou de blesser grièvement M^{me} Young. Selon lui, le décès causé par le recours à la force était purement accidentel.

[4] Le ministère public a tenté de réfuter la thèse de M. Rodgeron suivant laquelle la force employée était modérée et ne visait pas à tuer ou à blesser grièvement M^{me} Young. À cette fin, l'avocat du ministère public s'est fondé en partie sur certains aspects du comportement de M. Rodgeron postérieur à l'infraction, notamment sur les efforts qu'il avait déployés pour dissimuler le corps de la victime dans la cour arrière de sa maison et pour nettoyer les lieux où elle était décédée.

[5] Le ministère public a également présenté au procès d'autres éléments de preuve au sujet du comportement de l'accusé après l'infraction. Plus précisément, le ministère public a présenté des éléments

lied to the police about who was responsible for Ms. Young's death. The parties acknowledge that this body of evidence had no bearing on the issue of Mr. Rodgerson's intent.

[6] At trial, Mr. Rodgerson argued that the evidence of concealment and clean-up also had no bearing on the issue of his intent. The trial judge disagreed. However, in his charge to the jury, the trial judge did not explain the limited and somewhat nuanced basis upon which the evidence of concealment and clean-up could be used to establish the requisite intent for murder. Nor did he direct the jury that the other post-offence conduct — Mr. Rodgerson's flight from the police and his attempt to mislead them — could not be used to establish intent. Rather than limiting the use of this evidence, as he should have, to negating the defence of self-defence and establishing that Ms. Young died as a result of an unlawful act, the trial judge also left it to the jury to consider in deciding the issue of intent. By its verdict, the jury obviously concluded that Mr. Rodgerson had the requisite intent for murder.

[7] On appeal to the Ontario Court of Appeal from his conviction, Mr. Rodgerson raised several grounds of appeal relating to the jury charge. Among them, he challenged the trial judge's failure to properly instruct the jury on the various ways in which Mr. Rodgerson's post-offence conduct could be used, and the ways in which it could not be used.

[8] A majority of the Court of Appeal, per Doherty J.A., concluded that (1) evidence of Mr. Rodgerson's flight from and lies to the police was irrelevant to determining whether he had the requisite intent for murder; (2) the trial judge erred by instructing the

de preuve démontrant que M. Rodgerson avait tenté d'échapper aux policiers lorsque ceux-ci s'étaient présentés pour perquisitionner chez lui, et qu'il leur avait d'abord menti sur l'identité de la personne responsable de la mort de M^{me} Young. Les parties reconnaissent que ces éléments de preuve n'ont eu aucune incidence sur la question de l'intention de M. Rodgerson.

[6] Au procès, M. Rodgerson a plaidé que les éléments de preuve relatifs à la dissimulation et au nettoyage des lieux n'avaient aucun rapport avec la question de son intention. Le juge du procès n'était pas de cet avis. Toutefois, dans son exposé au jury, le juge n'a pas expliqué le cadre limité et quelque peu nuancé à l'intérieur duquel les éléments de preuve relatifs à la dissimulation et au nettoyage pouvaient être utilisés pour démontrer l'intention requise pour commettre un meurtre. Il n'a pas non plus précisé aux jurés que les autres agissements de M. Rodgerson après l'infraction — le fait qu'il avait tenté d'échapper aux policiers et de les induire en erreur — ne pouvaient servir à établir l'intention. Au lieu de limiter, comme il aurait dû le faire, l'utilisation de ces éléments de preuve de sorte qu'ils ne servent que pour écarter le moyen de la légitime défense et pour établir que M^{me} Young était décédée par suite d'un acte illégal, le juge du procès a aussi permis aux jurés d'en tenir compte pour se prononcer sur la question de l'intention. Par son verdict, le jury a de toute évidence estimé que M. Rodgerson avait l'intention requise pour commettre un meurtre.

[7] Dans le cadre de l'appel de sa déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel de l'Ontario, M. Rodgerson a invoqué plusieurs moyens d'appel portant sur les directives données aux jurés. Il a notamment reproché au juge du procès de ne pas avoir bien expliqué aux jurés les diverses façons dont ils pouvaient utiliser le comportement postérieur à l'infraction de M. Rodgerson, et les façons dont ils ne pouvaient pas l'utiliser.

[8] Au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, le juge Doherty a conclu que : (1) la preuve relative à la tentative de M. Rodgerson d'échapper aux policiers et aux mensonges faits aux policiers n'était pas pertinente pour déterminer s'il avait

jury that it could consider evidence of his flight from and lies to the police in assessing the issue of intent; (3) evidence of Mr. Rodgerson's concealment and clean-up was relevant to assessing the issue of intent, but the trial judge failed to instruct the jury on the limited way in which this evidence could be used for that purpose; and (4) the curative proviso, *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii), did not apply (2014 ONCA 366, 319 O.A.C. 254). As a result, the majority ordered a new trial.

[9] Writing in dissent, MacPherson J.A. agreed with the majority that the trial judge erred in his instructions on the use of Mr. Rodgerson's flight from and lies to the police. Standing alone, he considered this error to be minor. As regards the concealment and clean-up evidence, he disagreed with the majority that a more specific instruction was necessary. In his view, the trial judge's general cautionary instruction about the dangers associated with evidence of post-offence conduct was sufficient. Finding only one minor error in the jury charge, he would have applied the curative proviso and dismissed the appeal.

[10] The sole issue before this Court is whether the majority was correct in holding that the trial judge erred in his instructions on the concealment and clean-up, and if so, whether that error — in conjunction with the erroneous instructions on Mr. Rodgerson's flight from and lies to the police — was fatal. I conclude that the majority was correct on both counts, and I would affirm the order for a new trial. Before addressing these issues, however, it is necessary to review the circumstances of

l'intention requise pour commettre un meurtre; (2) le juge du procès avait commis une erreur en disant au jury qu'il pouvait, dans son appréciation de l'intention, prendre en compte la preuve concernant la tentative de fuite et les mensonges de M. Rodgerson; (3) les éléments de preuve relatifs à la dissimulation et au nettoyage des lieux par M. Rodgerson étaient pertinents pour se prononcer sur la question de l'intention, mais que le juge du procès n'avait pas donné de directives au jury sur la façon limitée dont ces éléments de preuve pouvaient être utilisés à cette fin; (4) la disposition réparatrice du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, le sous-al. 686(1)(b)(iii), ne s'appliquait pas (2014 ONCA 366, 319 O.A.C. 254). En conséquence, les juges majoritaires ont ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[9] Le juge MacPherson, dissident, a convenu avec les juges majoritaires que le juge du procès avait commis une erreur dans ses directives au sujet de l'utilisation du fait que M. Rodgerson avait tenté d'échapper aux policiers et leur avait menti. Il a estimé que, prise isolément, cette erreur était mineure. Au sujet des éléments de preuve relatifs à la dissimulation et au nettoyage, il n'était pas d'accord avec la conclusion des juges majoritaires suivant laquelle des instructions plus précises étaient nécessaires. À son avis, la mise en garde générale que le juge du procès avait servie aux jurés dans ses directives au sujet des dangers que comportait la prise en compte des éléments de preuve relatifs au comportement postérieur à l'infraction était suffisante. Comme il n'avait décelé qu'une seule erreur mineure dans l'exposé au jury, le juge MacPherson aurait appliqué la disposition réparatrice et il aurait rejeté l'appel.

[10] La seule question en litige devant notre Cour est de savoir si les juges majoritaires ont eu raison de conclure que le juge du procès avait commis une erreur dans ses directives relatives à la dissimulation et au nettoyage et, dans l'affirmative, si cette erreur — combinée aux directives erronées relatives au fait que M. Rodgerson avait tenté d'échapper aux policiers et leur avait menti — était fatale. Je conclus que les juges majoritaires avaient raison sur les deux points et je confirmerais l'ordonnance relative à la tenue

Ms. Young's death and to summarize the pertinent evidence presented at Mr. Rodgerston's trial.

II. Factual Background

A. *Ms. Young's Death*

[11] On October 26, 2008, Mr. Rodgerston and Ms. Young met for the first time in a bar in Oshawa, Ontario. Both had been drinking earlier in the day, and Ms. Young had also taken various prescription medications. They talked and drank together at the bar, and Ms. Young gave Mr. Rodgerston an ecstasy tablet. She told him it was worth five dollars. After leaving the bar, Ms. Young accompanied Mr. Rodgerston to his home. While in the living room, Ms. Young repeatedly asked Mr. Rodgerston about the five dollars she was owed.

[12] Mr. Rodgerston was the sole witness to Ms. Young's death. At trial, he testified that he and Ms. Young engaged in consensual sexual activity, first in the living room and then in his bedroom. According to Mr. Rodgerston, shortly after moving to the bedroom, he lost interest in Ms. Young and he suggested that they return to the bar. Ms. Young asked Mr. Rodgerston again about the money she was owed, to which he replied, "What are you? Some sort of whore?" Mr. Rodgerston testified that, in response, Ms. Young attacked him with a knife, and they engaged in a physical struggle. This struggle culminated in him pressing down on her face with his forearm until she appeared to pass out. Shortly thereafter, Mr. Rodgerston also passed out. He claimed that he did not know that Ms. Young was dead until he awoke the next day.

B. *Mr. Rodgerston's Post-Offence Conduct*

[13] Mr. Rodgerston made extensive efforts to conceal Ms. Young's body and clean up the scene of her

d'un nouveau procès. Toutefois, avant d'aborder ces questions, j'estime qu'il est nécessaire d'examiner les circonstances entourant le décès de M^{me} Young et de résumer les éléments de preuve pertinents présentés au procès de M. Rodgerston.

II. Contexte factuel

A. *Le décès de M^{me} Young*

[11] Le 26 octobre 2008, M. Rodgerston et M^{me} Young se sont rencontrés pour la première fois dans un bar d'Oshawa, en Ontario. Ils avaient tous les deux bu plus tôt le même jour, et M^{me} Young avait aussi pris divers médicaments sur ordonnance. Ils ont parlé et bu ensemble au bar et M^{me} Young a donné à M. Rodgerston un comprimé d'ecstasy. Elle lui a dit qu'il valait cinq dollars. Après avoir quitté le bar, M^{me} Young a accompagné M. Rodgerston chez lui. Alors qu'ils étaient au salon, M^{me} Young a demandé à plusieurs reprises à M. Rodgerston de lui donner les cinq dollars qu'il lui devait.

[12] M. Rodgerston est la seule personne qui a été témoin du décès de M^{me} Young. Au procès, il a témoigné que lui et M^{me} Young avaient eu des rapports sexuels consensuels, d'abord dans le salon, puis dans sa chambre. Selon M. Rodgerston, peu après être passé à la chambre, il a perdu tout intérêt pour M^{me} Young et il lui a suggéré de retourner au bar ensemble. M^{me} Young a demandé de nouveau à M. Rodgerston l'argent qu'il lui devait, ce à quoi il lui a répondu : [TRADUCTION] « T'es quoi, toi? Une espèce de pute? » M. Rodgerston a expliqué que M^{me} Young a alors réagi en l'attaquant avec un couteau et qu'ils en sont venus aux coups. Cette altercation a atteint son paroxysme lorsqu'il a placé son avant-bras sur le visage de M^{me} Young jusqu'à ce qu'elle semble perdre connaissance. Peu après, M. Rodgerston s'est lui aussi évanoui. Il affirme qu'il ignorait que M^{me} Young était morte jusqu'à ce qu'il se réveille le lendemain.

B. *Comportement de M. Rodgerston postérieur à l'infraction*

[13] M. Rodgerston a fait beaucoup d'efforts pour dissimuler le corps de M^{me} Young et nettoyer

death. He purchased bleach, rubber gloves, and garbage bags, and dug a shallow grave in the backyard of the house. He then dragged Ms. Young's body from the bedroom to the backyard. He removed her clothing and jewellery, placed her body in the grave, poured bleach into the hole and filled it up with dirt. He then returned to the house and removed his bloodstained mattress from the bedroom. He cut up the bloodstained carpet and placed it in garbage bags, along with Ms. Young's shoes and remnants of their sexual activity. He also broke Ms. Young's cellphone and removed the battery. Finally, he used bleach to clean up the blood, and other remnants of their sexual activity and physical altercation, located on the living room carpet, the kitchen floor, and the bedroom walls.

[14] Several days after Ms. Young's death, on October 29, police officers executed a search warrant at Mr. Rodgerston's home. When the police arrived, Mr. Rodgerston attempted to flee, but he was quickly caught and arrested near the front steps of his home. During his initial police interview, he made various false statements in which he attempted to deflect blame from himself by suggesting that someone else had killed Ms. Young.

C. *Forensic Evidence*

[15] At trial, the Crown relied on the testimony of two key expert witnesses: Dr. Michael Pollanen, the forensic pathologist who conducted Ms. Young's autopsy, and David Sibley, a forensic analyst who conducted a bloodstain pattern analysis at Mr. Rodgerston's home. The Crown also put forward the testimony of Dr. Marie Elliot, a forensic toxicologist who analysed the drug and alcohol content of Ms. Young's blood.

[16] Dr. Pollanen described the injuries he found on Ms. Young's head and face, including bruising, abrasions, and cuts on the inside of her lips. While he could not ascertain a conclusive cause of death, he testified that the types of injuries he observed were consistent with death by smothering.

les lieux de son décès. Il a acheté du javellisant, des gants de caoutchouc et des sacs à ordures, et il a creusé une tombe peu profonde dans la cour arrière de sa maison. Il a ensuite traîné le corps de M^{me} Young de la chambre jusqu'à la cour arrière. Il a retiré ses vêtements et ses bijoux, a déposé son corps dans la tombe, a versé du javellisant dans le trou et l'a rempli de terre. Il est ensuite retourné dans la maison et a retiré le matelas maculé de sang de la chambre. Il a découpé le tapis taché de sang et l'a jeté dans des sacs à ordures avec les chaussures de M^{me} Young et les vestiges de leurs ébats sexuels. Il a également brisé le téléphone cellulaire de M^{me} Young et en a retiré la pile. Enfin, il s'est servi du javellisant pour nettoyer le sang et les autres vestiges de leurs activités sexuelles et de leur altercation sur le tapis du salon, le plancher de la cuisine et les murs de la chambre.

[14] Quelques jours après la mort de M^{me} Young, le 29 octobre, des policiers ont exécuté un mandat de perquisition en se présentant à la résidence de M. Rodgerston. À l'arrivée des policiers, M. Rodgerston a tenté de s'enfuir, mais il a rapidement été attrapé et arrêté près des marches devant sa maison. Lors de son premier interrogatoire de la police, il a fait plusieurs fausses déclarations pour tenter de se disculper en laissant entendre que quelqu'un d'autre avait tué M^{me} Young.

C. *La preuve médico-légale*

[15] Au procès, le ministère public s'est appuyé sur le témoignage de deux témoins experts clés : le docteur Michael Pollanen, le médecin légiste qui a procédé à l'autopsie de M^{me} Young, et M. David Sibley, l'analyste médico-légal qui a analysé la morphologie des traces de sang à la résidence de M. Rodgerston. Le ministère public a également fait témoigner la docteure Marie Elliot, une toxicologue judiciaire qui a analysé la teneur en drogue et en alcool du sang de M^{me} Young.

[16] Le docteur Pollanen a décrit les blessures constatées au visage et à la tête de M^{me} Young et notamment des ecchymoses, des écorchures, et des entailles à l'intérieur de ses lèvres. Même s'il ne pouvait déterminer avec certitude la cause du décès, il a expliqué que le type de blessures observées était

Mr. Sibley described the results of his bloodstain pattern analysis, which shed light on the nature of the physical altercation between Mr. Rodgerston and Ms. Young, as well as on Mr. Rodgerston's efforts to clean up the scene after her death.

III. Analysis

A. *The Relevance of the Post-Offence Concealment and Clean-Up in Determining Mr. Rodgerston's Intent*

[17] The Crown concedes that the trial judge erred by instructing the jury that it could consider Mr. Rodgerston's flight from and lies to the police on the issue of intent (A.F., at para. 5). It is the remaining post-offence conduct — Mr. Rodgerston's concealment of Ms. Young's body, and his clean-up of the scene of her death — which is at the heart of this appeal.

[18] The Court of Appeal unanimously rejected Mr. Rodgerston's assertion that the concealment and clean-up evidence was irrelevant to establishing the requisite intent for murder. The Court of Appeal was split, however, on whether the trial judge provided sufficient direction to the jury on *how* it could use that evidence in assessing the issue of intent. Before determining whether the majority was correct to find that the lack of instruction constituted a legal error, it is first necessary to clarify, as a preliminary matter, precisely how the post-offence concealment and clean-up evidence is probative on the issue of Mr. Rodgerston's intent.

[19] In order to establish that Mr. Rodgerston was guilty of murder, rather than manslaughter, the Crown had to prove that he either intended to kill Ms. Young, or he intended to cause her bodily harm which he knew was likely to cause death. In this regard, the cornerstone of the Crown's case

compatible avec une mort par suffocation. M. Sibley a expliqué les résultats de son analyse des taches de sang, ce qui a permis de mieux comprendre la nature de l'altercation physique entre M. Rodgerston et M^{me} Young, ainsi que les efforts déployés par M. Rodgerston pour nettoyer les lieux après le décès.

III. Analyse

A. *Pertinence de la dissimulation et du nettoyage après l'infraction pour déterminer l'intention de M. Rodgerston*

[17] Le ministère public admet que le juge du procès a commis une erreur en disant aux jurés qu'ils pouvaient, pour se prononcer sur la question de l'intention, prendre en compte le fait que M. Rodgerston avait tenté d'échapper aux policiers et leur avait menti (m.a., par. 5). Ce sont les autres comportements de M. Rodgerston postérieurs à l'infraction — la dissimulation du corps de M^{me} Young et le nettoyage des lieux de son décès — qui sont au cœur du présent pourvoi.

[18] La Cour d'appel a rejeté à l'unanimité l'argument de M. Rodgerston suivant lequel les éléments de preuve relatifs à la dissimulation et au nettoyage n'étaient pas pertinents pour établir l'intention requise pour commettre un meurtre. La Cour d'appel était toutefois divisée sur la question de savoir si le juge du procès avait donné aux jurés des directives suffisantes quant à *la façon* dont ils pouvaient utiliser ces éléments de preuve pour se prononcer sur la question de l'intention. Avant de déterminer si les juges majoritaires ont eu raison de conclure que l'insuffisance de directives constituait une erreur de droit, il est d'abord nécessaire de préciser, à titre préliminaire, la mesure dans laquelle les éléments de preuve relatifs à la dissimulation et au nettoyage après l'infraction ont une valeur probante pour ce qui est de la question de l'intention de M. Rodgerston.

[19] Pour établir que M. Rodgerston était coupable de meurtre plutôt que d'homicide involontaire coupable, le ministère public devait prouver soit qu'il avait l'intention de causer la mort de M^{me} Young, soit qu'il avait l'intention de lui infliger des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la

was the nature and extent of the injuries suffered by Ms. Young, and the degree of force required to inflict them. The more severe the injuries caused by Mr. Rodgerston, and the more force required to inflict them, the stronger the inference that he intended to kill Ms. Young or cause her serious injury. To show that the nature and extent of the injuries and the degree of force used pointed to murder, the Crown introduced Dr. Pollanen's autopsy evidence and Mr. Sibley's bloodstain pattern analysis.

[20] It is relatively straightforward to understand how Mr. Rodgerston's efforts at concealment and clean-up were capable of supporting the inference that he acted unlawfully. The jury could reasonably have concluded that he was attempting to conceal evidence of a crime that he had committed — that is, unlawfully causing Ms. Young's death. However, these efforts were also capable of supporting the further inference that he was acting not merely to hide *the fact* that a crime had occurred, but to hide *the extent* of the crime. In other words, the jury might reasonably have concluded that he sought to conceal Ms. Young's body and clean up the scene of her death in order to conceal the nature and extent of Ms. Young's injuries and the degree of force required to inflict them. As indicated, the more severe the injuries, and the more force required to inflict them, the stronger the inference that he intended to kill Ms. Young or cause her bodily harm which he knew was likely to cause death. This is not the only inference that could be drawn from the concealment and clean-up, but it is one the jury was entitled to draw.

[21] In this regard, the post-offence concealment and clean-up is simply *some* evidence that the jury could look to — in addition to the evidence of Dr. Pollanen and Mr. Sibley — in deciding the nature and extent of the injuries and the degree of force required to inflict them. While the meaning of the

mort. À cet égard, la nature et la gravité des blessures subies par M^{me} Young ainsi que le degré de force requis pour les lui infliger constituaient la pierre angulaire de la thèse du ministère public. Plus les blessures infligées par M. Rodgerston étaient graves et plus grande était la force requise pour les lui infliger, plus il était possible de conclure qu'il avait l'intention de tuer M^{me} Young ou de lui causer des blessures graves. Pour démontrer que la nature et la gravité des blessures ainsi que le degré de force employé permettaient de conclure à un meurtre, le ministère public a exposé en preuve le rapport d'autopsie du docteur Pollanen et l'analyse morphologique des taches de sang faite par M. Sibley.

[20] Il est relativement aisé de comprendre de quelle façon les efforts déployés par M. Rodgerston pour dissimuler le corps et nettoyer les lieux pouvaient étayer l'inférence qu'il a agi de façon illégale. Le jury aurait raisonnablement pu conclure qu'il tentait de dissimuler les preuves d'un crime qu'il avait commis — soit celui d'avoir causé illégalement la mort de M^{me} Young. Toutefois, ces efforts pouvaient également permettre de conclure aussi que M. Rodgerston tentait non seulement de cacher *le fait* qu'un crime avait été commis, mais aussi de cacher *la gravité* de ce crime. En d'autres mots, le jury aurait raisonnablement pu conclure que M. Rodgerston cherchait à dissimuler le corps de M^{me} Young et à nettoyer les lieux de son décès afin de dissimuler la nature et la gravité des blessures subies par M^{me} Young et le degré de force requis pour les lui infliger. Comme indiqué précédemment, plus les blessures infligées étaient graves et plus grande était la force requise pour les infliger, plus il était possible de conclure qu'il avait l'intention de tuer M^{me} Young ou de lui causer des lésions corporelles qu'il savait de nature à causer la mort. Ce n'est pas la seule conclusion qui pouvait se dégager de la dissimulation et du nettoyage, mais c'est une conclusion que le jury pouvait tirer.

[21] À cet égard, la dissimulation et le nettoyage postérieurs à l'infraction constituent simplement *certain*s des éléments de preuve dont le jury pouvait tenir compte — en plus du témoignage du docteur Pollanen et de M. Sibley — pour décider de la nature et de la gravité des blessures et du degré de

forensic evidence was vigorously contested at trial, the Crown's interpretation was that it revealed a more prolonged and violent physical altercation than the version of events described by Mr. Rodgerston. It was open to the jury to look to the post-offence concealment and clean-up as evidence that tended to confirm this interpretation.

[22] On this point, I reach the same conclusion as the Court of Appeal. Doherty J.A. summarized the necessary inferential reasoning in the following manner:

Before the post-offence conduct relating to the hiding of the body and the clean-up of the homicide scene could assist the Crown in proving the appellant's state of mind, the jury first had to be satisfied that there was a somewhat prolonged and bloody struggle during which the appellant struck Ms. Young in the head or face several times, or at least more than twice. The jury could come to that conclusion only after a careful consideration of the competing interpretations of the forensic evidence placed before it. Second, the jury had to be satisfied that the appellant had engaged in the post-offence conduct to destroy evidence that would reveal an extensive struggle and assault well beyond that admitted by him in his evidence. [Emphasis added; para. 76.]

[23] I do not disagree with this description of the different inferences required to make use of the concealment and clean-up evidence on the issue of intent. I am concerned, however, that this paragraph could be misinterpreted to suggest that, on this issue, it would have been impermissible for the jury to consider the concealment and clean-up evidence *at all* until it had first satisfied itself, based on *other* evidence, that the altercation between Mr. Rodgerston and Ms. Young had taken a particular form. I do not ascribe such an interpretation to Doherty J.A., but I wish to avoid any possible confusion on the matter. In my view, such an approach would needlessly complicate the jury's already complicated analytical task. Moreover, it would represent an unwarranted requirement that the evidence be placed in artificial

force requis pour les infliger. Bien que la signification de la preuve médico-légale ait été vigoureusement contestée au procès, l'interprétation qu'en a donnée le ministère public était qu'elle révélait une altercation physique plus prolongée et violente que ce que M. Rodgerston avait laissé entendre dans sa version des faits. Il était loisible au jury de considérer que la dissimulation et le nettoyage postérieurs à l'infraction constituaient des éléments de preuve qui tendaient à confirmer cette interprétation.

[22] Sur ce point, j'en arrive à la même conclusion que la Cour d'appel. Le juge Doherty a résumé comme suit le raisonnement par déduction nécessaire :

[TRADUCTION] Avant que le comportement postérieur à l'infraction relatif à la dissimulation du corps et au nettoyage des lieux de l'homicide puisse aider le ministère public à établir l'état d'esprit de l'appellant, le jury devait en premier lieu être convaincu qu'il y avait eu un échange de coups prolongé et sanglant au cours duquel l'appellant avait frappé M^{me} Young à la tête ou au visage à plusieurs reprises ou, du moins, plus de deux fois. Le jury ne pouvait venir à cette conclusion qu'après avoir examiné attentivement les interprétations opposées de la preuve médico-légale qui lui avait été soumise. En second lieu, le jury devait être convaincu que l'appellant avait adopté ce comportement postérieur à l'infraction afin de détruire des éléments de preuve qui révéleraient une altercation et des actes de violence beaucoup plus intenses que ceux qu'il avait admis dans son témoignage. [Je souligne; par. 76.]

[23] Je ne suis pas en désaccord avec cette description des différentes inférences requises pour que les éléments de preuve relatifs à la dissimulation et au nettoyage puissent servir dans l'examen de la question de l'intention. Je crains toutefois que ce paragraphe puisse être mal interprété de façon à laisser entendre que, sur cette question, il n'aurait *absolument pas* été permis au jury de tenir compte des éléments de preuve relatifs à la dissimulation et au nettoyage s'il n'est pas d'abord convaincu, en se fondant sur d'*autres* éléments de preuve, que l'altercation entre M. Rodgerston et M^{me} Young revêtait une forme particulière. Je n'attribue pas une telle interprétation au juge Doherty, mais je tiens à éviter toute confusion à ce propos. À mon avis, une telle approche compliquerait inutilement l'analyse déjà

silos before being considered by the jury. The jurisprudence disfavors this type of evidentiary segregation: see *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345. The jury was entitled to consider both the forensic evidence and the evidence of post-offence concealment and clean-up simultaneously, as a whole, in determining the nature and extent of Ms. Young's injuries and the degree of force required to inflict them.

B. *The Trial Judge Failed to Adequately Instruct the Jury on the Use of the Post-Offence Concealment and Clean-Up Evidence in Assessing Mr. Rodgerston's Intent*

[24] I agree with the Court of Appeal majority that the trial judge erred in his instructions to the jury by failing to provide sufficient guidance on how to use the evidence of concealment and clean-up on the issue of intent.

(1) The Trial Judge's Instructions on Post-Offence Conduct

[25] The trial judge referred to Mr. Rodgerston's concealment and clean-up on numerous occasions in his lengthy jury charge. He provided an initial, "general instruction" on post-offence conduct, in which he gave an overview of its various permissible uses and cautioned the jury about the dangers commonly associated with this type of evidence. In particular, as MacPherson J.A. observed in his reasons, the trial judge instructed the jury in accordance with the cautionary requirements set forth in this Court's decisions in *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72 ("*White 1998*"), and *R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433 ("*White 2011*"). The trial judge stated:

complexe à laquelle le jury doit se livrer. De plus, elle constituerait une exigence injustifiée, du fait qu'elle obligerait à compartimenter la preuve de façon artificielle avant que le jury puisse l'examiner. La jurisprudence déconseille ce type de cloisonnement de la preuve : voir *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345. Le jury avait le droit de tenir compte simultanément et comme un tout de la preuve médico-légale et de la preuve de la dissimulation et du nettoyage postérieurs à l'infraction pour déterminer la nature et la gravité des blessures subies par M^{me} Young et le degré de force requis pour les lui infliger.

B. *Le juge du procès n'a pas donné de directives adéquates au jury sur l'utilisation de la preuve relative à la dissimulation et au nettoyage postérieurs à l'infraction pour évaluer l'intention de M. Rodgerston*

[24] Je suis d'accord avec les juges majoritaires de la Cour d'appel pour affirmer que le juge du procès a commis une erreur dans ses directives aux jurés en ne leur donnant pas d'indications suffisantes sur la façon dont ils pouvaient se servir de la preuve relative à la dissimulation et au nettoyage pour se prononcer sur la question de l'intention.

(1) Les directives du juge du procès relatives au comportement postérieur à l'infraction

[25] Dans ses longues directives aux jurés, le juge du procès a mentionné à plusieurs reprises les mesures prises par M. Rodgerston pour dissimuler le corps et nettoyer les lieux. Il a d'abord donné des « directives générales » sur le comportement postérieur à l'infraction, dans lesquelles il a donné un aperçu général des diverses utilisations permises de ce type de preuve, et il a mis le jury en garde contre les dangers que comporte habituellement une preuve de ce genre. En particulier, comme le juge MacPherson l'a fait observer dans ses motifs, les directives que le juge du procès a données aux jurés étaient conformes à la mise en garde qui s'impose telle que formulée par notre Cour dans les arrêts *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72 (« *White 1998* »), et *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433 (« *White 2011* »). Le juge du procès a déclaré ce qui suit :

3. . . . I wish to *caution* you about a potential danger concerning post offence conduct. Post offence conduct may appear more probative than it really is, and may be, by its very nature, less reliable than it seems, or may be consistent with other less obvious explanations than the one advanced by Crown counsel. You must consider evidence of post offence conduct with care and the caution I have provided to you. I would also direct you to reserve your final judgment about . . . Jason Rodgerson’s post offence conduct until *all* the evidence has been considered during your deliberations.

4. What a person said or did *after* an offence was committed *may* indicate that he acted or spoke in a way which, according to human experience and logic, is consistent with the conduct of a person who committed the offence and inconsistent with the conduct of someone who did not do so. On the other hand, there may be other explanations for what Jason Rodgerson said or did afterwards, such that the conduct does not assist in deciding whether he acted unlawfully or whether or not he intended to kill Amber Young. [Emphasis in original; A.R., vol. IX, at p. 63.]

[26] Throughout the charge, the trial judge repeatedly referred back to the evidence of concealment and clean-up in his instructions on the elements of the relevant offences and of Mr. Rodgerson’s defences. On each occasion, he provided the same type of generic instruction. He did not draw any distinction between using the concealment and clean-up evidence to evaluate whether Ms. Young died as a result of an unlawful act, and using it to evaluate Mr. Rodgerson’s intent. Each time, he simply instructed the jury that “[o]nce again you also have to consider the post offence conduct which I have previously outlined to you”, or words to that effect (A.R., vol. IX, at p. 119). On some occasions, the trial judge provided a brief factual summary of the relevant evidence, while on others he did not. At no point, however, did he assist the jury in understanding *how* it could use the concealment and clean-up evidence in determining whether Mr. Rodgerson had the requisite intent for murder. Nor did he explain

[TRADUCTION]

3. . . . je tiens à vous *mettre en garde* contre un danger potentiel en ce qui a trait au comportement postérieur à l’infraction. La valeur probante du comportement postérieur à l’infraction peut sembler plus grande qu’elle ne l’est en réalité et il peut, de par sa nature même, être moins fiable qu’il ne le semble, ou être compatible avec d’autres explications moins évidentes que celles avancées par l’avocat du ministère public. Vous devez examiner avec prudence la preuve relative au comportement postérieur à l’infraction et tenir compte de la mise en garde que je vous ai faite. Je vous demande également de réserver votre jugement final au sujet [. . .] du comportement postérieur à l’infraction de Jason Rodgerson jusqu’à ce que *tous* les éléments de preuve aient été examinés au cours de vos délibérations.

4. Ce qu’une personne a dit ou fait *après* qu’une infraction a été commise *peut* indiquer qu’elle a agi ou parlé d’une façon qui, suivant la logique et l’expérience humaine, est compatible avec la conduite d’une personne qui a commis l’infraction et incompatible avec la conduite d’une personne qui ne l’a pas commise. Par contre, il peut exister d’autres explications relativement à ce que Jason Rodgerson a dit ou a fait par la suite, de sorte que ce comportement n’est pas utile pour décider s’il a agi de façon illégale ou s’il avait ou non l’intention de tuer Amber Young. [En italique dans l’original; d.a., vol. IX, p. 63.]

[26] Du début à la fin de son exposé, le juge du procès est constamment revenu sur les éléments de preuve portant sur la dissimulation et le nettoyage pour donner des directives aux jurés sur les éléments constitutifs des infractions pertinentes et sur les moyens de défense de M. Rodgerson. Chaque fois, il a donné le même type d’instructions générales. Il n’a fait aucune distinction entre le fait d’utiliser les éléments de preuve relatifs à la dissimulation et au nettoyage pour évaluer si la mort de M^{me} Young résultait d’un acte illégal et le fait d’utiliser ces mêmes éléments de preuve pour déterminer l’intention de M. Rodgerson. Chaque fois, il a simplement expliqué aux jurés que [TRADUCTION] « [I]à encore, vous devez tenir compte du comportement postérieur à l’infraction que je vous ai déjà mentionné » ou dit quelque chose en ce sens (d.a., vol. IX, p. 119). À quelques reprises, le juge du procès a offert un bref résumé factuel des éléments de preuve pertinents, alors qu’à d’autres moments, il

how the inferential reasoning was different on this issue than on the question of whether Mr. Rodgerston had acted unlawfully.

(2) A More Specific Instruction Was Required

[27] The jury was entitled to consider the concealment and clean-up evidence in respect of Mr. Rodgerston's self-defence claim and whether he *unlawfully* killed Ms. Young. It was also entitled to consider this evidence in evaluating whether he had the requisite intent for murder. Regarding self-defence and unlawful killing, the relevance of the concealment and clean-up and the nature of the available inference was a matter of common sense: concealing the body and cleaning up the scene of Ms. Young's death could be viewed as evidence that Mr. Rodgerston knew he had killed Ms. Young unlawfully and was acting to cover it up. Once the jury moved on to the issue of intent for murder, however, this simple inferential reasoning was no longer of any use. Rather, the limited relevance of this post-offence conduct on the issue of intent rested on the following, narrower inference: the jury might reasonably conclude that Mr. Rodgerston concealed Ms. Young's body and cleaned up the scene of her death in order to conceal the nature and extent of her injuries and the degree of force required to inflict them.

[28] In the sections of the jury charge relating to the issue of intent, the trial judge failed to link the evidence of concealment and clean-up to the nature and extent of Ms. Young's injuries and the force required to inflict them. Rather, his charge

ne l'a pas fait. Il n'a toutefois jamais aidé le jury à comprendre *de quelle manière* il pouvait utiliser les éléments de preuve relatifs à la dissimulation et au nettoyage pour décider si M. Rodgerston possédait l'intention requise pour commettre un meurtre. Il n'a pas expliqué non plus comment le raisonnement par déduction était différent sur cette question par rapport à celle de savoir si M. Rodgerston avait agi de façon illégale.

(2) La nécessité de directives plus précises

[27] Le jury avait le droit de tenir compte des éléments de preuve relatifs à la dissimulation et au nettoyage pour examiner l'allégation de légitime défense de M. Rodgerston et la question de savoir s'il avait causé *illégalement* la mort de M^{me} Young. Il avait également le droit de tenir compte de ces éléments de preuve pour déterminer si M. Rodgerston avait l'intention requise pour commettre un meurtre. En ce qui concerne la légitime défense et le fait de causer illégalement la mort, la pertinence des éléments de preuve relatifs à la dissimulation et au nettoyage et la nature des conclusions qu'on pouvait en tirer relevaient du simple bon sens. La dissimulation du corps et le nettoyage des lieux où M^{me} Young était décédée pouvaient être considérés comme des éléments de preuve tendant à démontrer que M. Rodgerston savait qu'il avait causé illégalement la mort de M^{me} Young et qu'il tentait de camoufler le meurtre. Toutefois, lorsque le jury est passé à la question de l'intention requise pour commettre un meurtre, ce simple raisonnement par déduction devenait tout à fait inutile. La pertinence limitée de ce comportement postérieur à l'infraction, en rapport avec la question de l'intention, reposait plutôt sur l'inférence plus étroite suivante : le jury pouvait raisonnablement conclure que M. Rodgerston avait dissimulé le corps de M^{me} Young et nettoyé les lieux de son décès afin de dissimuler la nature et la gravité de ses blessures et le degré de force requis pour les infliger.

[28] Dans les sections des directives au jury concernant la question de l'intention, le juge du procès n'a pas établi de lien entre, d'une part, les éléments de preuve relatifs à la dissimulation et au nettoyage et, d'autre part, la nature et la gravité des blessures

merely reiterated the existence of the evidence, and instructed the jury to consider it along with all the other evidence adduced at trial. This was a legal error. Having first used the concealment and clean-up evidence in a common sense manner based on clear and readily accessible inferences, there was a risk that the jury might continue to rely on the evidence in this same manner on the issue of intent. The failure to instruct the jury on the narrower basis for using the evidence created a risk that the jury might convict Mr. Rodgerston for murder based only on the broader inference that had previously been sufficient: that the concealment and clean-up pointed to a consciousness of guilt and a desire to prevent discovery of an unlawful killing.

[29] A more specific instruction was required. It need not have been long or complex. After first explaining to the jury the factual link between Mr. Rodgerston's concealment and clean-up efforts and the resulting concealment of the injuries to Ms. Young's body and the blood at the scene, the trial judge need only have added a few sentences, along these lines:

The nature and extent of the injuries and the force used to inflict them are factors you may consider in assessing Mr. Rodgerston's intent at the time he caused Ms. Young's death. In this regard, you may take into account the evidence of Mr. Rodgerston's concealment and clean-up in determining whether he intended to kill Ms. Young, or to cause her serious bodily harm which he knew was likely to cause death. On this issue, you will need to consider this evidence in a different way than I have instructed you previously. You may conclude that Mr. Rodgerston sought to conceal Ms. Young's body and clean up the scene of her death in order to conceal the nature and extent of Ms. Young's injuries and the degree of force required to inflict them. You may or may

infligées à M^{me} Young ainsi que la force requise pour les infliger. Dans ses directives, il a plutôt simplement répété l'existence des éléments de preuve et a dit aux jurés qu'ils devaient en tenir compte au même titre que tous les éléments de preuve présentés au procès. Il s'agissait là d'une erreur de droit. Ayant d'abord utilisé d'une manière qui tombe sous le sens les éléments de preuve relatifs à la dissimulation et au nettoyage en se fondant sur des inférences claires et faciles à tirer, les jurés risquaient de continuer à se fonder sur la preuve de la même manière pour se prononcer sur la question de l'intention. Le défaut d'expliquer au jury l'utilisation plus restreinte qu'il devait faire de ces éléments de preuve créait un risque que le jury déclare M. Rodgerston coupable de meurtre en se fondant uniquement sur l'inférence plus générale qui avait été antérieurement jugée suffisante, soit que la dissimulation et le nettoyage indiquaient que M. Rodgerston était conscient de sa culpabilité et qu'il voulait empêcher que l'on découvre qu'il avait causé illégalement la mort de quelqu'un.

[29] Le jury avait besoin de directives plus précises. Il n'était pas nécessaire qu'elles soient longues ou complexes. Après avoir d'abord expliqué au jury le lien factuel qui existait entre, d'une part, les efforts de M. Rodgerston pour dissimuler le corps et nettoyer les lieux et, d'autre part, le fait qu'il avait ainsi réussi à dissimuler les blessures infligées à M^{me} Young et les taches de sang sur les lieux, il suffisait que le juge du procès ajoute quelques phrases selon le modèle suivant :

La nature et la gravité des blessures ainsi que le degré de force requis pour les infliger sont des facteurs que vous pouvez prendre en compte pour apprécier l'intention de M. Rodgerston au moment où il a causé le décès de M^{me} Young. À cet égard, vous pouvez tenir compte des éléments de preuve relatifs aux efforts de dissimulation et de nettoyage de M. Rodgerston pour déterminer s'il avait l'intention de tuer M^{me} Young ou de lui causer des lésions corporelles graves qu'il savait de nature à causer la mort. Sur cette question, vous devrez examiner ces éléments de preuve d'une manière différente de celle que je vous ai indiquée précédemment. Vous pouvez conclure que M. Rodgerston a tenté de dissimuler le corps de M^{me} Young et de nettoyer le lieu

not reach this conclusion — it is up to you — but if you do reach this conclusion, you may consider this along with all of the other pertinent evidence in determining whether Mr. Rodgerston had the requisite intent for murder.

[30] In crafting the jury charge, a trial judge has a general duty to inform the jury of the relevant evidence, and to assist the jury in linking that evidence to the issues that it must consider in reaching a verdict. The level of detail that is required varies depending on the context. As the majority of this Court stated in *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, per Bastarache J.:

The extent to which the evidence must be reviewed “will depend on each particular case. The test is one of fairness. The accused is entitled to a fair trial and to make full answer and defence. So long as the evidence is put to the jury in a manner that will allow it to fully appreciate the issues and the defence presented, the charge will be adequate” [para. 57]

(Quoting C. Granger, *The Criminal Jury Trial in Canada* (2nd ed. 1996), at p. 249.)

[31] I do not suggest that the evidence of concealment and clean-up in this case was technical or unusually involved. However, its relevance to the issue of intent was more than a matter of common sense, and a more specific instruction was required in order to present the evidence and the available inferences to the jury in a comprehensible form. As described in *Daley*, “the task of the trial judge is to explain the critical evidence and the law and relate them to the essential issues in plain, understandable language” (para. 57 (emphasis added), quoting *R. v. Jack* (1993), 88 Man. R. (2d) 93 (C.A.), at para. 39, aff’d [1994] 2 S.C.R. 310). The failure to do so here amounts to a legal error.

de son décès afin de dissimuler la nature et la gravité des blessures subies par M^{me} Young et le degré de force requis pour les lui infliger. Vous pouvez tirer ou non cette conclusion — vous en déciderez — mais, si vous tirez cette conclusion, vous pouvez tenir compte de ces éléments de preuve ainsi que de tous les autres éléments de preuve pertinents pour déterminer si M. Rodgerston avait l’intention requise pour commettre un meurtre.

[30] Lorsqu’il élabore son exposé à l’intention du jury, le juge du procès a l’obligation générale d’informer le jury des éléments de preuve pertinents et de l’aider à établir les liens nécessaires entre ces éléments de preuve et les questions dont le jury doit tenir compte pour parvenir à un verdict. L’abondance des détails requis varie en fonction du contexte. Ainsi que le juge Bastarache l’a déclaré au nom des juges majoritaires de notre Cour dans l’arrêt *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523 :

L’étendue de la récapitulation de la preuve [TRANSDUCTION] « variera en fonction des cas, et le critère à appliquer est celui de l’équité. L’accusé a droit à un procès équitable et à une défense pleine et entière. Dans la mesure où l’exposé présente la preuve d’une façon qui permette au jury de bien comprendre les questions à trancher et la défense soumise, il est adéquat » . . . [par. 57]

(Citant C. Granger, *The Criminal Jury Trial in Canada* (2^e éd. 1996), p. 249.)

[31] Je ne prétends pas que la preuve relative à la dissimulation et au nettoyage présentée en l’espèce était de nature technique ou particulièrement complexe. Toutefois, sa pertinence à l’égard de la question de l’intention était plus qu’une simple question de bon sens, et des directives plus précises étaient nécessaires pour présenter de façon compréhensible la preuve et les conclusions que le jury pouvait en tirer. Comme la Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Daley*, « l’obligation du juge du procès [. . .] “consiste à expliquer les éléments de preuve déterminants ainsi que les règles de droit et à les rattacher aux questions fondamentales en des termes simples et intelligibles” » (par. 57 (je souligne), citant l’arrêt *R. c. Jack* (1993), 88 Man. R. (2d) 93 (C.A.), par. 39, conf. par [1994] 2 R.C.S. 310). L’omission du juge du procès de le faire en l’espèce constitue une erreur de droit.

(3) Requiring a More Specific Instruction Is Consistent With This Court's Jurisprudence on Post-Offence Conduct

[32] MacPherson J.A., writing in dissent, found no error in the trial judge's instructions related to the post-offence concealment and clean-up. He concluded that the jury charge conformed to the requirements for instructions on post-offence conduct established in *White 1998* and *White 2011*.

[33] Those two cases relate to a trial judge's obligation to caution the jury about the dangers associated with post-offence conduct in general. I agree with MacPherson J.A. that the jury charge in this case provided an adequate caution against those dangers. With respect, however, I do not share his view that this conclusion disposes of the appeal.

[34] The legal error in the jury charge was the failure to assist the jury in understanding the limited and somewhat nuanced relevance of the concealment and clean-up evidence on the issue of intent for murder. This error is unrelated to the required caution on the dangers associated with post-offence conduct in general. *White 1998* and *White 2011* do not serve to insulate jury instructions on post-offence conduct from challenge on other grounds. They do nothing to circumscribe the need to provide specific instructions where the relevance of the evidence on a particular issue is not readily apparent and where the natural inclinations of the jury might lead it down a wrong path. Correctly cautioning the jury in accordance with *White 1998* and *White 2011* is therefore necessary, but not always sufficient.

(3) L'obligation de donner des directives plus précises est conforme à la jurisprudence de notre Cour sur le comportement postérieur à l'infraction

[32] Le juge MacPherson, dissident, n'a décelé aucune erreur dans les instructions données par le juge du procès au sujet de la dissimulation et du nettoyage postérieurs à l'infraction. Il a conclu que les directives données au jury étaient conformes aux exigences en matière de directives relatives au comportement postérieur à l'infraction établies dans les arrêts *White 1998* et *White 2011*.

[33] Ces deux arrêts concernent l'obligation du juge du procès de mettre le jury en garde contre les dangers que présente le comportement postérieur à l'infraction en général. Je suis d'accord avec le juge MacPherson pour dire que, dans le cas qui nous occupe, les directives données au jury contenaient une mise en garde suffisante contre ces dangers. En toute déférence, je ne partage cependant pas son avis que cette conclusion tranche le sort du présent pourvoi.

[34] L'erreur de droit que comportent les directives au jury réside dans le fait qu'elles n'ont pas aidé le jury à comprendre la pertinence limitée et quelque peu nuancée des éléments de preuve relatifs à la dissimulation et au nettoyage en ce qui concerne la question de l'intention de commettre un meurtre. Cette erreur n'a rien à voir avec la mise en garde qui doit être formulée au sujet des dangers que présente le comportement postérieur à l'infraction en général. Les arrêts *White 1998* et *White 2011* ne peuvent être invoqués pour dissocier les directives données au jury sur le comportement postérieur à l'infraction des contestations fondées sur d'autres motifs. Ils ne contribuent nullement à circonscrire le besoin de formuler des instructions spécifiques lorsque la pertinence des éléments de preuve sur une question particulière n'est pas évidente et que le jury pourrait être naturellement porté à faire fausse route. Il est donc nécessaire, mais pas toujours suffisant, de bien mettre en garde le jury conformément aux arrêts *White 1998* et *White 2011*.

(4) The “Gaps” in the Jury Charge Were Not Filled by the Crown’s Closing Argument

[35] The Crown asserts that its closing submissions at trial “arguably filled precisely the ‘gaps’ in the charge that concerned the majority at the Court of Appeal” (A.F., at para. 62). As the majority of this Court stated in *Daley*, the “charge to the jury takes place not in isolation, but in the context of the trial as a whole”, and therefore “[a]ppellate review of the trial judge’s charge will encompass the addresses of counsel as they may fill gaps left in the charge” (para. 58). On the facts of this case, however, I am unpersuaded that the Crown’s closing address was sufficient to remedy the deficiency in the jury charge.

[36] The Crown made several statements during its closing submissions that were of some value in explaining to the jury how the evidence of concealment and clean-up related to the issue of intent. However, they were scattered throughout a lengthy closing argument, and many of them were vague and oblique. Most important, just like the trial judge, the Crown never hit the nail on the head. The Crown’s closing argument did not contain a clear and simple description of the way in which the concealment and clean-up evidence could be used in evaluating the issue of Mr. Rodgerston’s intent. The submissions lacked a direct explanation of the permissible inference, as described by Doherty J.A., that Mr. Rodgerston attempted to conceal Ms. Young’s body and clean up the scene of her death “because the injuries to the body and the blood at the scene would reveal an assault consistent only with an intention to cause bodily harm that would likely cause death” (para. 68). As such, the closing submissions do not suffice to fill the gap and correct the legal error in the jury charge.

(4) Les « lacunes » des directives données au jury n’ont pas été comblées par la plaidoirie finale du ministère public

[35] Le ministère public affirme que les observations finales qu’il a présentées au procès [TRADUCTION] « auraient précisément comblé les “lacunes” des directives au jury qui préoccupaient les juges majoritaires de la Cour d’appel » (m.a., par. 62). Ainsi que les juges majoritaires de notre Cour l’ont déclaré dans l’arrêt *Daley*, « l’exposé au jury ne constitue pas une étape isolée; il s’inscrit dans le déroulement général du procès » et, en conséquence, « [l]’examen en appel de l’exposé au jury portera aussi sur les plaidoiries des avocats qui pourraient en combler les lacunes » (par. 58). Toutefois, vu l’ensemble des faits de la présente affaire, je ne suis pas convaincu que l’exposé final du ministère public était suffisant pour combler les lacunes de l’exposé du juge au jury.

[36] Dans son plaidoyer final, le ministère public a fait plusieurs déclarations qui présentaient une certaine utilité pour expliquer au jury en quoi les éléments de preuve relatifs à la dissimulation et au nettoyage avaient trait à la question de l’intention. Toutefois, ces déclarations étaient disséminées un peu partout dans un long plaidoyer final et bon nombre d’entre elles étaient vagues et indirectes. Mais surtout, à l’instar du juge du procès, le ministère public n’a jamais frappé juste. La plaidoirie finale du ministère public ne renfermait aucune description claire et simple de la façon dont le jury pouvait utiliser les éléments de preuve relatifs à la dissimulation et au nettoyage pour examiner la question de l’intention de M. Rodgerston. On ne trouve pas dans ces observations d’explication limpide de la conclusion qui pouvait être tirée, soit que, selon le juge Doherty, M. Rodgerston avait tenté de dissimuler le corps de M^{me} Young et de nettoyer les lieux où elle était décédée [TRADUCTION] « parce que les blessures infligées au corps et le sang sur les lieux révéleraient une agression compatible uniquement avec une intention d’infliger des lésions corporelles de nature à causer la mort » (par. 68). Par conséquent, les observations finales ne suffisaient pas pour combler les lacunes et corriger l’erreur de droit que comportait l’exposé du juge au jury.

[37] I should also note, in regard to the instructions on Mr. Rodgerston's flight from and lies to the police, that the legal error amounted to misdirection, not non-direction. The trial judge instructed the jury that it could use the evidence to infer that Mr. Rodgerston had the requisite intent for murder, when no such inference was available. The error was unrelated to a gap in the charge, and as such, the gap-filling principle contemplated by *Daley* could have no application.

C. *The Curative Proviso Does Not Apply*

[38] The charge contained two legal errors. First, it is not disputed that the trial judge erred by instructing the jury to consider Mr. Rodgerston's flight from and lies to the police on the issue of intent. Second, the trial judge erred in his instructions on Mr. Rodgerston's concealment and clean-up efforts.

[39] The Crown argues that, notwithstanding any such errors, the curative proviso should apply. I agree with Doherty J.A.'s analysis on this point. As he noted, after the jury rejected self-defence, the issue of Mr. Rodgerston's intent was "the central issue at trial", and these two errors "went directly to the jury's consideration of that issue" (para. 79). Furthermore, the Crown's case was not overwhelming. The curative proviso does not apply, and Mr. Rodgerston is entitled to a new trial for second degree murder.

D. *The Jury Charge as a Whole*

[40] In his dissenting opinion, MacPherson J.A. expressed concern about requiring a more specific

[37] Je tiens également à faire observer, en ce qui concerne les directives relatives au fait que M. Rodgerston a tenté d'échapper aux policiers et leur a menti, que l'erreur de droit consistait en une directive erronée et non en une absence de directives. Le juge du procès a expliqué aux jurés qu'ils pouvaient utiliser les éléments de preuve en question pour en inférer que M. Rodgerston avait l'intention requise pour commettre un meurtre, alors qu'une telle inférence n'était pas possible. L'erreur n'avait rien à voir avec une lacune de l'exposé et pour cette raison, le principe visant à combler les lacunes dont il est question dans l'arrêt *Daley* ne pouvait s'appliquer.

C. *La disposition réparatrice ne s'applique pas*

[38] L'exposé au jury comportait deux erreurs de droit. En premier lieu, nul ne conteste que le juge du procès a commis une erreur en donnant pour directive au jury de tenir compte, pour se prononcer sur la question de l'intention, du fait que M. Rodgerston avait tenté d'échapper aux policiers et leur avait menti. En second lieu, le juge du procès a commis une erreur dans ses directives au jury en ce qui concerne les efforts de dissimulation et de nettoyage qu'a faits M. Rodgerston.

[39] Le ministère public soutient que, malgré ces erreurs, la disposition réparatrice devrait s'appliquer. Je souscris à l'analyse du juge Doherty sur ce point. Ainsi qu'il l'a fait observer, dès lors que le jury avait écarté la légitime défense, la question de l'intention de M. Rodgerston devenait [TRADUCTION] « la question cruciale au procès » et les deux erreurs en question « portaient directement sur l'examen de cette question par le jury » (par. 79). De plus, la preuve du ministère public n'était pas accablante. La disposition réparatrice ne s'applique pas, et M. Rodgerston a droit à un nouveau procès pour meurtre au second degré.

D. *L'exposé au jury dans son ensemble*

[40] Dans son opinion dissidente, le juge MacPherson s'est dit préoccupé par le fait d'exiger des

instruction on the concealment and clean-up evidence, in part because he did not wish to further fuel the trend towards lengthier and more complex jury charges. In his view,

appellate courts should be very wary of expanding jury instructions A common theme of contemporary judicial and counsel discourse is that jury charges today are not as helpful to juries as in times past. That is because the modern jury charge is, especially in most murder cases, exceptionally long and complex, rendering doubtful a jury's comprehension and comfort. [para. 103]

In her factum, Ms. Stephens for the Crown echoes this concern, noting that “[t]his charge was already incredibly long and complex” (para. 71). Quoting from both *Daley*, at para. 56, and *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at para. 13, the Crown emphasizes that “[b]revity in the jury charge is desired” and “[t]he judge’s role is to ‘decant and simplify’” (para. 41).

[41] While I differ on the disposition of this appeal, I share these concerns about the proliferation of long and unnecessarily complex jury charges. The jury charge in this case spans over 200 pages and took a full day to present in court. I have concluded that the trial judge erred by failing to sufficiently aid the jury in understanding how to use the evidence of post-offence concealment and clean-up on the issue of intent. I emphatically reject any suggestion, however, that an even longer jury charge was required in this case.

[42] I start with the observation that a jury charge may be “so unnecessarily confusing that it constitute[s] an error of law” (*R. v. Hebert*, [1996] 2 S.C.R. 272, at p. 277). It is apparent that taming the unchecked expansion of jury charges is not merely

directives plus précises sur les éléments de preuve relatifs à la dissimulation et au nettoyage, en partie parce qu’il ne souhaitait pas alimenter davantage la tendance vers des exposés au jury plus longs et plus complexes. À son avis,

[TRADUCTION] les juridictions d’appel devraient se garder d’allonger les directives aux jurys [. . .] Selon un thème récurrent dans le discours actuel de la magistrature et du barreau, les directives aux jurys sont de nos jours moins utiles aux jurés qu’elles ne l’étaient par le passé. C’est parce que ces directives sont maintenant, surtout dans la plupart des procès pour meurtre, exceptionnellement longues et complexes, ce qui permet de douter de la compréhension et de l’aisance des jurés. [par. 103]

Dans son mémoire, l’avocate du ministère public, M^{me} Stephens, reprend cette opinion en faisant observer que [TRADUCTION] « [c]et exposé était déjà incroyablement long et complexe » (par. 71). Citant les arrêts *Daley*, par. 56, et *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 13, le ministère public souligne qu’« [i]l est souhaitable que l’exposé au jury soit concis » et que « le rôle du juge du procès est “de clarifier et de simplifier” » (par. 41).

[41] Bien que je ne partage pas cette opinion quant à la façon de trancher le présent pourvoi, je partage ces préoccupations au sujet de la prolifération des exposés aux jurys longs et inutilement complexes. En l’espèce, l’exposé au jury excède 200 pages et sa présentation a nécessité une journée complète d’audience. J’en suis venu à la conclusion que le juge du procès a commis une erreur en n’aidant pas suffisamment le jury à comprendre de quelle manière il devait utiliser les éléments de preuve relatifs à la dissimulation et au nettoyage postérieurs à l’infraction pour trancher la question de l’intention. J’écarte catégoriquement toutefois toute idée qu’un exposé au jury encore plus long était nécessaire en l’espèce.

[42] Je tiens d’entrée de jeu à faire observer qu’un exposé au jury peut « prêt[er] inutilement à confusion à un point tel qu’il constitu[e] une erreur de droit » (*R. c. Hebert*, [1996] 2 R.C.S. 272, p. 277). De toute évidence, il est non seulement souhaitable,

advisable — it is a legal necessity. Mr. Rodgerston does not argue that the jury charge in this case was so complex and confusing that it meets the *Hebert* standard. However, having reviewed the charge in its entirety, I feel obliged to comment on the detrimental impact that increasingly long and complex jury charges are having on our criminal justice system. In doing so, I intend no disrespect to the trial judge, who obviously put a great deal of time and effort into preparing the charge.

[43] The basic facts of Ms. Young’s death were not disputed at trial. Mr. Rodgerston’s testimony asserting self-defence and the Crown’s contradictory theory were both clear and readily comprehensible. In my respectful view, the length, repetitiveness, and complexity of the jury charge were unwarranted. The unwieldy final product resulted from a combination of decisions taken by the Crown, defence counsel, and the trial judge. Each of these actors, both in this case and in the justice system at large, bears a responsibility for ensuring that jury charges are as clear and comprehensible as possible. Rote, repetitive and generic charges are of little value, and are often harmful to the jury’s comprehension. Indeed, they can and do lead to instruction that is all but meaningless. Charges should be thoughtfully tailored to focus on the key evidence and the key issues that are relevant in the particular context of the case.

(1) The Role of the Crown

[44] A significant contributing factor to the lengthy and convoluted jury charge in this case was the decision by Crown counsel at trial (not Ms. Stephens) to pursue a conviction for first degree murder. Ms. Stephens concedes that the first degree murder count was “entirely based on circumstantial evidence”

mais également nécessaire sur le plan juridique, de freiner l’extension sans réserve des directives aux jurys. M. Rodgerston ne prétend pas que, dans le cas qui nous occupe, l’exposé au jury était à ce point complexe et confus pour répondre au critère de l’arrêt *Hebert*. Toutefois, après avoir examiné l’exposé en entier, je me sens contraint de formuler quelques observations sur les conséquences néfastes que les exposés au jury de plus en plus longs et complexes ont sur notre système de justice criminelle. Ce faisant, je n’ai nullement l’intention de manquer de respect envers le juge du procès, qui a de toute évidence consacré beaucoup de temps et d’énergie à la rédaction des directives en question.

[43] Les faits essentiels entourant le décès de M^{me} Young n’ont pas été contestés au procès. Le témoignage dans lequel M. Rodgerston a invoqué la légitime défense et la thèse contraire du ministère public étaient tous les deux clairs et facilement compréhensibles. Avec égards, la longueur, les redites et la complexité de l’exposé au jury n’étaient pas justifiées. Le produit final compliqué découlait d’un ensemble de décisions prises par le ministère public, l’avocat de la défense et le juge du procès. Chacun de ces acteurs, tant dans la présente affaire que dans le système judiciaire en général, est responsable de veiller à ce que les directives au jury soient aussi claires et compréhensibles que possible. Un exposé mécanique, répétitif et générique a peu de valeur et nuit souvent à la compréhension du jury. En fait, il peut se traduire et se traduit par des directives pour ainsi dire inutiles. Les exposés aux jurés devraient être soigneusement adaptés de manière à être axés sur les principaux éléments de preuve et les questions essentielles qui sont pertinents eu égard au contexte particulier de l’affaire.

(1) Le rôle du ministère public

[44] Un facteur important qui a contribué aux directives longues et alambiquées données aux jurés en l’espèce est la décision que l’avocat du ministère public au procès (et non M^{me} Stephens) a prise de porter des accusations de meurtre au premier degré. M^{me} Stephens admet que le chef d’accusation de

(transcript, at p. 8). I would go further and suggest that the evidence supporting first degree murder was paper thin, and more a matter of speculation than of inferences that could reasonably be drawn from the circumstantial evidence. Put simply, I have difficulty seeing how it could pass the reasonable prospect of conviction threshold. The decision to proceed with first degree murder required the trial judge to include instructions on each of the four separate theories of constructive first degree murder advanced by the Crown: that Mr. Rodgerston intentionally killed Ms. Young in the course of (1) a sexual assault; or (2) an unlawful confinement; or (3) an attempted sexual assault; or (4) an attempted unlawful confinement. This increased the length of the jury charge by almost 40 pages.

[45] The jury in this case did not convict Mr. Rodgerston of first degree murder, but rather of the lesser included offence of second degree murder. As such, in a new trial, only the second degree murder charge will be before the jury. This will reduce the complexity of the jury charge. This same concern will arise in future cases, however. Certainly, it is within the Crown's discretion to prosecute charges where the evidence would permit a reasonable jury to convict. However, some semblance of a cost-benefit analysis would serve the justice system well. Where the additional or heightened charges are marginal, and pursuing them would necessitate a substantially more complex trial process and jury charge, the Crown should carefully consider whether the public interest would be better served by either declining to prosecute the marginal charges from the outset or deciding not to pursue them once the evidence at trial is complete.

meurtre au premier degré [TRADUCTION] « reposait entièrement sur des preuves circonstanciées » (transcription, p. 8). J'irais plus loin en disant que les éléments de preuve à l'appui d'une accusation de meurtre au premier degré étaient extrêmement faibles et relevaient davantage de la spéculation que de déductions pouvant raisonnablement être tirées des preuves circonstanciées. Pour dire les choses simplement, j'ai du mal à voir comment la preuve pouvait satisfaire au critère préliminaire de la possibilité raisonnable d'obtenir une déclaration de culpabilité. La décision de porter des accusations de meurtre au premier degré obligeait le juge du procès à formuler des directives sur chacune des quatre thèses relatives au meurtre au premier degré par imputation avancées par le ministère public, à savoir que M. Rodgerston avait causé intentionnellement la mort de M^{me} Young dans l'une ou l'autre des situations suivantes : (1) une agression sexuelle; (2) une séquestration; (3) une tentative d'agression sexuelle; (4) une tentative de séquestration. De ce fait, l'exposé au jury a été augmenté de près de 40 pages.

[45] En l'espèce, le jury n'a pas reconnu M. Rodgerston coupable de meurtre au premier degré, mais plutôt de l'infraction moindre et incluse de meurtre au second degré. Par conséquent, lors d'un nouveau procès, seule l'accusation de meurtre au second degré sera soumise au jury, ce qui diminuera la complexité des directives au jury. Les mêmes préoccupations reviendront toutefois à l'avenir dans d'autres affaires. Certes, il est loisible au ministère public d'intenter des poursuites lorsque la preuve permettrait à un jury raisonnable de déclarer l'accusé coupable. Toutefois, une sorte d'analyse de rentabilité servirait également le système de justice. Lorsque les autres accusations ou les accusations plus sévères sont d'importance secondaire et que la poursuite relative à ces accusations nécessiterait un procès et des directives au jury beaucoup plus complexes, le ministère public devrait sérieusement se demander si l'intérêt public serait mieux servi en décidant dès le départ de ne pas tenter de poursuites relativement aux accusations d'importance secondaire, ou en décidant de ne pas y donner suite lorsque la preuve au procès est complète.

[46] While trial judges must proceed with caution, I see no difficulty in questioning Crown counsel about the efficacy of proceeding with a more serious charge or charges in circumstances where the evidence surpasses the directed verdict threshold, but only barely. Apart from increasing the length and complexity of the jury charge and the burden on the jury in its deliberation process, charging a more serious offence risks deflecting the jury's attention away from the crucial issue or issues upon which the case truly hinges.

(2) The Role of Defence Counsel

[47] The defence theory of the case was relatively straightforward. Mr. Rodgerson, testifying in his own defence, asserted that Ms. Young attacked him unexpectedly with a knife causing him to fear for his life, that he used physical force only to protect himself, and that she died during the course of their struggle — a death which he did not intend to cause. This simple narrative generated jury instructions on the defence of “involuntary act” accident, and three different bases of self-defence under ss. 34(1), 34(2), and 35 of the *Criminal Code*, as they then existed (amended S.C. 2012, c. 9, s. 2). Nearly a quarter of the jury charge was dedicated to instructions on these four topics, three of which were unnecessary and only served to complicate the charge.

[48] To begin, there was no basis for providing instruction on the defence of “involuntary act” accident. While Mr. Rodgerson did testify that Ms. Young's death was an accident, this was a case of accident going to *mens rea* — i.e., Mr. Rodgerson's claim that he did not intend to kill Ms. Young. In oral submissions on behalf of Mr. Rodgerson, Mr. Hicks, who was not counsel at trial, acknowledged that there was no basis for an instruction on “involuntary act” accident, and indicated that none would be sought should the order for a new trial be upheld

[46] Bien que le juge du procès doive agir avec prudence, je ne vois aucun inconvénient à ce qu'il interroge l'avocat du ministère public au sujet de l'efficacité de porter une ou des accusations plus graves dans des circonstances où la preuve excède à peine le seuil du verdict imposé. Mis à part le fait qu'elle augmente la longueur et la complexité de l'exposé au jury et qu'elle alourdit le fardeau imposé au jury lors de ses délibérations, la décision de porter des accusations pour une infraction plus grave risque de détourner l'attention du jury de la ou des questions cruciales dont l'issue de l'affaire dépend réellement.

(2) Le rôle de l'avocat de la défense

[47] La thèse développée par la défense au procès était relativement simple. M. Rodgerson, qui témoignait pour sa propre défense, a affirmé que M^{me} Young l'avait attaqué inopinément avec un couteau et que, craignant pour sa vie, il avait recouru à la force physique uniquement pour se protéger. Il a poursuivi en disant que M^{me} Young était morte au cours de leur altercation mais qu'il n'avait pas eu l'intention de causer sa mort. Ce simple récit a donné lieu à des directives au jury sur la défense de l'accident attribuable à un « acte involontaire » et sur les trois moyens de légitime défense prévus aux par. 34(1) et 34(2) et à l'art. 35 du *Code criminel* dans leur rédaction alors en vigueur (modifiés par L.C. 2012, c. 9, art. 2). Près du quart de l'exposé au jury a été consacré aux instructions sur ces quatre sujets, dont trois étaient inutiles et n'ont servi qu'à compliquer l'exposé.

[48] Tout d'abord, rien ne justifiait le juge de donner des directives sur la défense de l'accident attribuable à un « acte involontaire ». Bien que M. Rodgerson ait expliqué dans son témoignage que la mort de M^{me} Young était accidentelle, cet accident mettait en cause la *mens rea* — soit l'allégation de M. Rodgerson suivant laquelle il n'avait pas l'intention de causer la mort de M^{me} Young. Dans son plaidoyer pour le compte de M. Rodgerson, M. Hicks, qui n'était pas l'avocat de M. Rodgerson au procès, a reconnu que rien ne justifiait des directives

(transcript, at p. 53).¹ Mr. Hicks also acknowledged that s. 34(2) alone would have encompassed the basis of self-defence asserted by Mr. Rodgerston's testimony (pp. 53-54). Section 34(2) was available if Mr. Rodgerston accidentally killed Ms. Young, or if he did so intentionally: see *R. v. Pintar* (1996), 30 O.R. (3d) 483 (C.A.), at p. 497. Mr. Rodgerston received no benefit from having two additional forms of self-defence put to the jury. Such instruction could only serve to complicate the charge and confuse the jury (*Pintar*, p. 497).

[49] Defence counsel, while of course seeking to advance the client's defence by all lawful and ethical means, also has an obligation to assist the trial judge in crafting a jury charge that provides clear and comprehensible instructions on the defences that are actually implicated by the defence theory of the case. Had that been done here by defence counsel at trial, the charge could have been shortened by nearly 50 pages.

(3) The Role of the Trial Judge

[50] While the Crown and defence counsel both have roles to play, the role of the trial judge is the

¹ During the pre-charge conference, defence counsel relied on *R. v. Mathisen*, 2008 ONCA 747, 239 C.C.C. (3d) 63, to support his request for an instruction on the defence of "involuntary act" accident. The trial judge expressed skepticism that this defence had an air of reality on the record, but agreed to include the instruction because Crown counsel did not oppose the request. In my view, the facts of this case on this issue bear little resemblance to *Mathisen*. On cross-examination, Mr. Rodgerston testified that he applied pressure to Ms. Young's face with his arm using as much force as he thought was necessary in order to restrain her from stabbing him. In his closing submission to the jury, defence counsel reiterated that Mr. Rodgerston "was pressing down on her face as hard as [he] could" (A.R., vol. VIII, at p. 153). On this record and these submissions, there was no basis to instruct the jury on the defence of "involuntary act" accident.

sur un accident attribuable à un « acte involontaire », ajoutant qu'aucune directive à cet égard ne serait demandée si l'ordonnance concernant la tenue d'un nouveau procès était confirmée (transcription, p. 53)¹. M. Hicks a également reconnu qu'à lui seul, le par. 34(2) aurait englobé le moyen de la légitime défense invoqué par M. Rodgerston dans son témoignage (p. 53-54). Le paragraphe 34(2) aurait pu être invoqué si M. Rodgerston avait causé accidentellement la mort de M^{me} Young, ou s'il l'avait tuée intentionnellement : voir *R. c. Pintar* (1996), 30 O.R. (3d) 483 (C.A.), p. 497. M. Rodgerston n'a retiré aucun avantage du fait que deux autres formes de la légitime défense ont été soumises au jury. Ces directives ne pouvaient que compliquer l'exposé et confondre le jury (*Pintar*, p. 497).

[49] Même s'il cherche évidemment à défendre son client par tous les moyens licites et éthiques possibles, l'avocat de la défense a l'obligation d'aider le juge du procès à élaborer un exposé qui donne au jury des directives claires et compréhensibles sur les moyens de défense que comporte effectivement la thèse de la défense. Si l'avocat de la défense au procès avait agi en ce sens, l'exposé aurait été plus court d'une cinquantaine de pages.

(3) Le rôle du juge du procès

[50] Bien que l'avocat du ministère public et l'avocat de la défense aient chacun un rôle à jouer,

¹ Au cours de la conférence préalable à l'exposé du juge au jury, l'avocat de la défense a invoqué l'arrêt *R. c. Mathisen*, 2008 ONCA 747, 239 C.C.C. (3d) 63, pour appuyer sa demande de directives sur la défense d'accident attribuable à un « acte involontaire ». Le juge du procès a exprimé son scepticisme quant à l'apparence de vraisemblance de ce moyen de défense au vu du dossier, mais a accepté de formuler des directives en ce sens parce que l'avocat du ministère public ne s'était pas opposé à cette demande. À mon avis, les faits de la présente affaire sur cette question offrent peu de ressemblance avec ceux de l'affaire *Mathisen*. En contre-interrogatoire, M. Rodgerston a expliqué qu'il avait exercé une pression sur le visage de M^{me} Young avec son bras en utilisant le degré de force qu'il avait jugé nécessaire pour l'empêcher de le poignarder. Dans son plaidoyer final au jury, l'avocat de la défense a répété que M. Rodgerston [TRADUCTION] « appuyait sur son visage aussi fort qu'[il] le pouvai[t] » (d.a., vol. VIII, p. 153). Selon le dossier et les arguments en question, rien ne permettait de donner des directives au jury sur la défense de l'accident attribuable à un « acte involontaire ».

most vital, and the most difficult, in formulating jury instructions. A trial judge must strike a crucial balance by crafting a jury charge that is both comprehensive and comprehensible. Recognizing the difficulty inherent in this task, this Court has “repeatedly endorsed” the functional approach to reviewing jury charges (*R. v. Mack*, 2014 SCC 58, [2014] 3 S.C.R. 3, at para. 49). This functional approach is designed to “ensure that the yardstick by which we measure the fitness of a [jury charge] does not become overly onerous”, in order to reduce “the proliferation of very lengthy charges in which judges often quote large extracts from appellate decisions simply to safeguard verdicts from appeal” (*Jacquard*, at para. 1). Under the functional approach, the trial judge’s duty is to “decant and simplify” (*ibid.*, at para. 13). Over-charging is just as incompatible with this duty as is under-charging.

[51] More than 15 years later, the concern expressed in *Jacquard* remains. However, rather than quoting large extracts from appellate decisions, trial judges have taken to quoting large extracts from model charge manuals to safeguard their verdicts from appeal. This has resulted in an overreliance on the rote reproduction of excerpts from model jury instructions. But model charge manuals do not necessarily translate into model charges. They are a tool, not the final product. They are there to guide, not govern. In my view, the failure to isolate the critical issues in a case and tailor the charge to them inevitably makes the instructions less helpful to the jury and adds unnecessarily to their length and complexity.

[52] Courts have repeatedly emphasized that the jury charge must “be tailored to the facts of the specific case” (*R. v. McNeil* (2006), 84 O.R. (3d) 125 (C.A.), at para. 21). While “[t]he model instructions are intended to provide a starting point for trial judges”, modification will frequently be required

c’est le juge du procès qui a le rôle le plus crucial et le plus ardu lorsqu’il s’agit de formuler des directives à l’intention du jury. Le juge du procès doit atteindre un équilibre délicat en rédigeant un exposé au jury qui est à la fois complet et compréhensible. Reconnaissant la difficulté inhérente à cette tâche, notre Cour a « maintes fois fait sienne » la démarche fonctionnelle dans l’examen des directives au jury (*R. c. Mack*, 2014 CSC 58, [2014] 3 R.C.S. 3, par. 49). Cette démarche fonctionnelle vise à « nous assurer que le critère que nous utilisons pour évaluer la justesse des directives du juge du procès au jury ne devienne pas trop exigeant », afin de diminuer « la multiplication des exposés interminables au cours desquels les juges citent souvent de longs extraits des décisions rendues en appel dans le simple but de protéger les verdicts contre les appels » (*Jacquard*, par. 1). Selon la démarche fonctionnelle, le rôle du juge du procès est « de clarifier et de simplifier » (*ibid.*, par. 13). Il va tout autant à l’encontre de ce rôle de donner des directives trop longues que de faire un exposé trop court.

[51] Plus de 15 ans plus tard, les préoccupations soulevées dans l’arrêt *Jacquard* sont toujours d’actualité. Toutefois, au lieu de citer de larges extraits des décisions rendues en appel, les juges du procès ont entrepris de citer de longs passages de recueils de modèles de directives pour protéger leurs verdicts contre les appels. Il s’en est suivi un recours excessif à la reproduction mécanique d’extraits de directives modèles au jury. Mais les recueils de modèles de directives ne se transforment pas nécessairement en directives modèles. Ils sont un outil, non le produit final. Ils sont là pour guider, non pour prescrire. À mon avis, le défaut d’isoler les questions critiques dans une affaire et d’adapter les exposés à ces questions rend inévitablement les directives moins utiles au jury et les rend inutilement plus longues et plus complexes.

[52] Les tribunaux ont souligné à plusieurs reprises que l’exposé du jury doit [TRADUCTION] « être adapté aux faits de l’espèce » (*R. c. McNeil* (2006), 84 O.R. (3d) 125 (C.A.), par. 21). Bien que « [l]es modèles de directives visent à proposer un point de départ au juge du procès », ils devront fréquemment

to provide the jury “with the applicable legal principles in a format that facilitates the application of those principles to the specific circumstances of the case” (*ibid.*). Trial judges must “separate the wheat from the chaff” when determining which defences may be applicable, and must engage in a “careful and considered culling . . . to avoid unnecessary, inappropriate and irrelevant legal instruction of a kind that might well divert the jury’s attention” from the primary disputed issues in the case (*Pintar*, at p. 494).

[53] This principle was endorsed in *Helping Jurors Understand* (2007), at p. 82, by no less authority than Justice Watt of the Ontario Court of Appeal (then of the Superior Court of Justice), also the author of the *Ontario Specimen Jury Instructions (Criminal)* (2003):

A specimen is a sample. A specimen instruction is a sample instruction about its subject-matter. Specimen instructions do *not* and cannot be expected to provide legally accurate directions for every set of circumstances that fall within their reach. There are no one-size-fits-all jury instructions. At best, specimen instructions provide the basic building blocks for final and other instructions. The twists and turns of individual cases will dictate the nature and extent of modification required to ensure legal accuracy. [Emphasis in original.]

[54] In the present case, a few modest alterations would have saved this jury charge from legal error. At the same time, a great many of the instructions that were included could and should have been removed. In the event that Mr. Rodgerson’s new trial adduces substantially similar evidence, and the positions of the parties on that evidence remain the same, it is my view that a substantially more streamlined jury charge would suffice. Mr. Rodgerson would benefit from a jury keenly focused on the evidence and arguments forming the basis of his defence, and not distracted by hours of confusing and repetitive generic instruction. The Crown would also benefit from a simplified charge, with fewer unnecessary contours in which grounds for an appeal of conviction may lay

être modifiés pour présenter aux jurés « les principes juridiques applicables sous une forme qui facilite leur application en fonction des circonstances spécifiques de l’espèce » (*ibid.*). Les juges du procès doivent [TRADUCTION] « séparer le bon grain de l’ivraie » lorsqu’ils déterminent les moyens de défense applicables, et ils doivent procéder à une « sélection attentive et circonspecte [. . .] pour éviter toute directive juridique inutile, inopportune ou non pertinente qui pourrait détourner l’attention du jury » des principales questions en litige dans le procès (*Pintar*, p. 494).

[53] Ce principe a été retenu dans l’ouvrage *Helping Jurors Understand* (2007), p. 82, publié par nul autre que le juge Watt de la Cour d’appel de l’Ontario (alors juge de la Cour supérieure de justice), qui a également écrit pour les procès criminels l’ouvrage *Ontario Specimen Jury Instructions (Criminal)* (2003) :

[TRADUCTION] Un modèle offre un exemple. Une directive modèle offre un exemple d’une directive sur un sujet donné. Les directives modèles *ne* donnent *pas* d’instructions légalement exactes pour chaque situation qu’elles sont censées viser et elles ne prétendent pas le faire. Il n’existe pas de directives au jury universelles. Tout au plus, les modèles de directives offrent-ils des éléments de base permettant de formuler des instructions finales ou autres. Les particularités de chaque affaire détermineront la nature et l’ampleur des modifications requises pour assurer l’exactitude juridique. [En italique dans l’original.]

[54] En l’espèce, quelques modestes modifications auraient produit un exposé sans erreurs de droit. Par ailleurs, un grand nombre des directives qui y figureraient auraient pu et auraient dû être supprimées. Si, dans le cadre du nouveau procès de M. Rodgerson, des éléments de preuve essentiellement semblables sont présentés et que la position des parties relativement à ces éléments de preuve demeure la même, j’estime qu’un exposé au jury beaucoup plus simple suffirait. Il serait avantageux pour M. Rodgerson que le jury examine attentivement la preuve et les arguments qui constituent le fondement de sa défense, et qu’il ne se laisse pas distraire par des heures de directives générales répétitives qui ne font que créer de la confusion. Le ministère public bénéficierait

hidden. I do not wish to appear naïve, and I recognize that such an everybody-wins approach is easier said than done. Nevertheless, I remain firmly of the view that “common sense and the law need not be strangers”, and that the fundamental purpose of the jury charge must be “to educate, not complicate” (*R. v. Zebedee* (2006), 81 O.R. (3d) 583 (C.A.), at para. 82).

IV. Conclusion

[55] It was open to the jury to conclude that Mr. Rodgerston sought to conceal Ms. Young’s body and clean up the scene of her death in order to conceal the nature and extent of her injuries and the degree of force required to inflict them. This in turn could have been relevant on the issue of whether Mr. Rodgerston had the requisite intent for murder: the more severe the injuries, and the more force required to inflict them, the stronger the inference that Mr. Rodgerston intended to kill, or to cause bodily harm which he knew was likely to cause death.

[56] This chain of inferential reasoning was narrow, and the relevance of the evidence was attenuated. The trial judge should have assisted the jury with a specific instruction on how to link the concealment and clean-up evidence with the issue of intent. His failure to do so was a legal error, and one that is sufficiently serious, in conjunction with the erroneous instructions on Mr. Rodgerston’s flight from and lies to the police, that the curative proviso cannot apply. I would dismiss the Crown’s appeal and affirm the Court of Appeal’s judgment ordering a new trial on a charge of second degree murder.

également d’un exposé simplifié, expurgé de tout élément inutile susceptible de dissimuler des motifs d’appel d’une déclaration de culpabilité. Je ne veux pas paraître naïf et je reconnais qu’une méthode qui assure que « tout le monde sort gagnant » est plus facile à proposer qu’à réaliser. Néanmoins, je demeure fermement convaincu que [TRADUCTION] « le bon sens et le droit ne sont pas nécessairement incompatibles » et que l’objectif fondamental des directives au jury doit être « d’éduquer et non de compliquer les choses » (*R. c. Zebedee* (2006), 81 O.R. (3d) 583 (C.A.), par. 82).

IV. Conclusion

[55] Il était loisible au jury de conclure que M. Rodgerston avait tenté de dissimuler le corps de M^{me} Young et de nettoyer les lieux de son décès afin de dissimuler la nature et la gravité des blessures qu’elle avait subies, ainsi que le degré de force requis pour les infliger. Ces éléments auraient à leur tour pu être pertinents pour trancher la question de savoir si M. Rodgerston avait l’intention requise pour commettre un meurtre : plus les blessures étaient graves et plus la force requise pour les infliger était grande, plus il était possible d’en déduire que M. Rodgerston avait l’intention de tuer M^{me} Young ou de lui causer des lésions corporelles qu’il savait être de nature à causer la mort.

[56] Ce raisonnement par déduction était ténu et la pertinence de la preuve était faible. Le juge du procès aurait dû aider le jury en lui donnant des directives précises sur la façon d’établir un lien entre, d’une part, les éléments de preuve relatifs à la dissimulation et au nettoyage et, d’autre part, la question de l’intention. Son défaut de le faire constitue une erreur de droit qui, combinée aux directives erronées qu’il a données au sujet du fait que M. Rodgerston avait tenté d’échapper aux policiers et leur avait menti, était suffisamment grave pour que la disposition réparatrice ne puisse s’appliquer. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi formé par le ministère public et de confirmer le jugement par lequel la Cour d’appel a ordonné la tenue d’un nouveau procès pour meurtre au second degré.

Appeal dismissed.

Pourvoi rejeté.

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

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

Solicitors for the respondent: Hicks Adams, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Hicks Adams, Toronto.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse *Appellant*

v.

Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center) and Javed Latif *Respondents*

- and -

Javed Latif *Appellant*

v.

Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center) and Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse *Respondents*

and

Canadian Civil Liberties Association, Canadian Human Rights Commission, Center for Research-Action on Race Relations, National Council of Canadian Muslims, Canadian Muslim Lawyers Association and South Asian Legal Clinic of Ontario *Interveners*

INDEXED AS: QUEBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) v. BOMBARDIER INC. (BOMBARDIER AEROSPACE TRAINING CENTER)

2015 SCC 39

File No.: 35625.

2015: January 23; 2015: July 23.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis, Wagner and Côté JJ.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse *Appelante*

c.

Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation) et Javed Latif *Intimés*

- et -

Javed Latif *Appelant*

c.

Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation) et Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse *Intimées*

et

Association canadienne des libertés civiles, Commission canadienne des droits de la personne, Centre de recherche-action sur les relations raciales, Conseil national des musulmans canadiens, Association canadienne des avocats musulmans et South Asian Legal Clinic of Ontario *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : QUÉBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) c. BOMBARDIER INC. (BOMBARDIER AÉRONAUTIQUE CENTRE DE FORMATION)

2015 CSC 39

N° du greffe : 35625.

2015 : 23 janvier; 2015 : 23 juillet.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Human rights — Right to equality — Discrimination based on national or ethnic origin — Evidence — Canadian company denying request for pilot training made by Canadian citizen of Pakistani origin on basis of decision of U.S. authorities to prohibit training of pilot in question in United States — Two-step process for discrimination complaint under s. 10 of Quebec Charter — Definition of prima facie discrimination, and degree of proof required in order to establish it — Whether prima facie discrimination has been proven in this case — Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, s. 10.

B operates two centres, in Montréal and Dallas, at which pilots are trained on the types of aircraft it produces. This training is offered to pilots holding licences issued by various authorities, including Canada and the United States. L, a Canadian citizen born in Pakistan, held Canadian and U.S. pilot's licences. In 2004, L registered for training at B's Dallas centre under his U.S. licence. A security clearance from the U.S. authorities was requested for L in accordance with enhanced aviation security measures that had been implemented by the United States in the wake of the terrorist attacks of September 11, 2001. This request was denied. As a result, L could not receive the training from B under his U.S. licence. B also refused to train him at its Montréal centre under his Canadian licence. Being of the view that B's refusal constituted discrimination against him, L filed a complaint with the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse ("Commission"). After investigating, the Commission initiated proceedings in the Human Rights Tribunal in which it alleged that B had impaired L's right to avail himself of services ordinarily offered to the public and his right to the safeguard of his dignity and reputation without discrimination based on ethnic or national origin, contrary to ss. 4, 10 and 12 of the Quebec *Charter of human rights and freedoms*.

The Tribunal agreed with the Commission, ordering B to pay damages to L. It also ordered B to cease applying or considering the standards and decisions of the U.S. authorities in national security matters when dealing with applications for the training of pilots under Canadian pilot's licences. The Court of Appeal set aside the Tribunal's decision on the basis that the Tribunal could not find that B had discriminated against L without proof

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droits de la personne — Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur l'origine nationale ou ethnique — Preuve — Entreprise canadienne refusant la demande de formation de pilotage de la part d'un citoyen canadien d'origine pakistanaise sur la base d'une décision des autorités américaines d'interdire la formation à ce pilote aux États-Unis — Démarche à deux volets dans le cadre d'une plainte de discrimination fondée sur l'art. 10 de la Charte québécoise — En quoi consiste la discrimination prima facie et quel est le degré de preuve requis pour l'établir? — Y a-t-il preuve de l'existence de discrimination prima facie en l'espèce? — Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 10.

B exploite deux centres de formation pour pilotes, à Montréal et à Dallas, sur les types d'avion qu'elle produit. Ces formations sont offertes à des titulaires de licences de pilote délivrées par différentes autorités, y compris le Canada et les États-Unis. L, un citoyen canadien né au Pakistan, détient des licences de pilote canadienne et américaine. En 2004, L s'inscrit à une formation au centre de B à Dallas sur la base de sa licence américaine. Une approbation de sécurité est demandée aux autorités américaines pour L, conformément aux mesures accrues de sécurité en matière d'aviation mises en place par les États-Unis dans la foulée des attentats terroristes du 11 septembre 2001. Cette approbation est refusée. Conséquemment, L ne peut suivre la formation chez B sur la base de sa licence américaine. B refuse également de lui donner cette formation au centre de Montréal sur la base de sa licence canadienne. D'avis que ce refus de B est discriminatoire à son endroit, L dépose une plainte auprès de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (« Commission »). Après enquête, cette dernière saisit le Tribunal des droits de la personne, reprochant à B d'avoir porté atteinte au droit de L de bénéficier de services ordinairement offerts au public et à son droit à la sauvegarde de sa dignité et de sa réputation, sans discrimination fondée sur l'origine ethnique ou nationale, contrairement aux art. 4, 10 et 12 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec.

Le Tribunal donne raison à la Commission, et condamne B à verser à L des dommages-intérêts. Il ordonne également à B de cesser d'appliquer ou de considérer les normes et décisions des autorités américaines en matière de sécurité nationale lors du traitement de demandes de formation de pilote sur la base d'une licence de pilote canadienne. La Cour d'appel infirme la décision du Tribunal, étant d'avis que celui-ci ne pouvait conclure à un acte

that the U.S. authorities' decision was itself based on a ground that is prohibited under the *Charter*.

Held: The appeals should be dismissed.

An application with respect to a complaint under the *Charter* involves a two-step process that successively imposes separate burdens of proof on the plaintiff and the defendant. Whatever form discrimination takes, this two-step analysis does not change. The fact that racial profiling is recognized as a prohibited form of discrimination does not therefore change this process. At the first step, s. 10 of the *Charter* requires that the plaintiff prove three elements: (1) a distinction, exclusion or preference, (2) based on one of the grounds listed in the first paragraph of s. 10, and (3) which has the effect of nullifying or impairing the right to full and equal recognition and exercise of a human right or freedom. If these three elements are established, there is "*prima facie* discrimination". At the second step, the defendant can justify his or her decision or conduct on the basis of the exemptions provided for in the applicable human rights legislation or those developed by the courts. If the defendant fails to do so, discrimination will then be found to have occurred.

The first element of *prima facie* discrimination is not problematic: the plaintiff must prove the existence of differential treatment, that is, that a decision, a measure or conduct affects him or her differently from others to whom it may apply. As regards the second element, the plaintiff has the burden of showing that there is a connection between a prohibited ground of discrimination and the distinction, exclusion or preference of which he or she complains or, in other words, that the ground in question was a factor in the distinction, exclusion or preference. It is not essential that this connection be an exclusive one: for a particular decision or action to be considered discriminatory, the prohibited ground need only have contributed to it. Lastly, as to the third element, the plaintiff must show that the distinction, exclusion or preference affects the full and equal exercise of a right or freedom guaranteed to him or her by the *Charter*. The Quebec *Charter*, unlike the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, does not protect the right to equality *per se*; this right is protected only in the exercise of the other rights and freedoms guaranteed by the *Charter*. The right to non-discrimination cannot therefore serve as a basis for an application on its own and must necessarily be attached to another human right or freedom recognized by law.

discriminatoire de la part de B sans avoir la preuve que la décision des autorités américaines était elle-même fondée sur un motif prohibé par la *Charte*.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

Le recours entrepris en cas de plainte fondée sur la *Charte* comporte une démarche à deux volets qui impose successivement au demandeur et au défendeur un fardeau de preuve distinct. Cette analyse à deux volets ne change pas, quelle que soit la forme que prend la discrimination. Le fait que le profilage racial soit reconnu comme une forme prohibée de discrimination n'altère donc pas cette démarche. Dans un premier temps, l'art. 10 de la *Charte* requiert du demandeur qu'il apporte la preuve de trois éléments : (1) une distinction, exclusion ou préférence; (2) fondée sur l'un des motifs énumérés au premier alinéa de l'art. 10; (3) qui a pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne. Si ces trois éléments sont établis, il y a alors « discrimination *prima facie* » ou « à première vue ». Dans un second temps, le défendeur peut justifier sa décision ou sa conduite en invoquant les exemptions prévues par la loi sur les droits de la personne applicable ou celles développées par la jurisprudence. S'il échoue, le tribunal conclura alors à l'existence de discrimination.

Le premier élément constitutif de la discrimination *prima facie* ne présente pas de difficulté : le demandeur doit prouver l'existence d'une différence de traitement, c'est-à-dire qu'une décision, mesure ou conduite le touche d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer. Relativement au deuxième élément, le demandeur a le fardeau de démontrer qu'il existe un lien entre un motif prohibé de discrimination et la distinction, l'exclusion ou la préférence dont il se plaint ou, en d'autres mots, que ce motif a été un facteur dans la distinction, l'exclusion ou la préférence. Il n'est pas essentiel que ce lien soit exclusif : il suffit que le motif ait contribué aux décisions ou aux gestes reprochés pour que ces derniers soient considérés discriminatoires. Finalement, en ce qui concerne le troisième élément, le demandeur doit démontrer que la distinction, l'exclusion ou la préférence affecte l'exercice en pleine égalité de l'un de ses droits ou libertés garantis par la *Charte*. Contrairement à la *Charte canadienne des droits et libertés*, la *Charte* québécoise ne protège pas le droit à l'égalité en soi; ce droit n'est protégé que dans l'exercice des autres droits et libertés garantis par la *Charte*. Le droit à l'absence de discrimination ne peut donc à lui seul fonder un recours et doit nécessairement être rattaché à un autre droit ou à une autre liberté de la personne reconnus par la loi.

The plaintiff must prove the three elements of *prima facie* discrimination in accordance with the standard of proof that normally applies in the civil law, namely that of proof on a balance of probabilities. In a discrimination context, the expression “*prima facie*” refers only to the first step of the process and does not alter the applicable degree of proof. The use of this expression can be explained quite simply on the basis of the two-step test for complaints of discrimination under the *Charter*, and it concerns only the three elements that must be proven by the plaintiff at the first step. If no justification is established by the defendant, proof of these three elements on a balance of probabilities will be sufficient for the tribunal to find that s. 10 of the *Charter* has been violated. If, on the other hand, the defendant succeeds in justifying his or her decision or conduct, also in accordance with the standard of proof on a balance of probabilities, there will have been no violation, not even if *prima facie* discrimination is found to have occurred. The defendant can therefore either present evidence to refute the allegation of *prima facie* discrimination, put forward a defence justifying the discrimination, or do both.

Because the Tribunal’s decision in this case was not supported by the evidence in the record, it was unreasonable and must be set aside. The Commission had to show that B’s decision was discriminatory by establishing on a balance of probabilities that there was a connection between the decision and L’s ethnic or national origin. Because B’s decision to deny L’s request for training was based solely on the U.S. authorities’ refusal to issue him a security clearance, proof of a connection between the U.S. authorities’ decision and a prohibited ground of discrimination would have satisfied the requirements of the second element of the test for *prima facie* discrimination. However, the Commission did not adduce sufficient evidence — either direct or circumstantial — to show that L’s ethnic or national origin had played any role in the U.S. authorities’ unfavourable reply to his security screening request. It cannot be presumed solely on the basis of a social context of discrimination against a group that a specific decision against a member of that group is necessarily based on a prohibited ground under the *Charter*. In practice, this would amount to reversing the burden of proof in discrimination matters. Evidence of discrimination, even if it is circumstantial, must be tangibly related to the impugned decision or conduct. As a result, it was not open to the Tribunal in this case to conclude that B’s decision constituted *prima facie* discrimination under the *Charter*. The conclusion in this case does not mean that a company can blindly comply with

Le demandeur doit démontrer l’existence des trois éléments constitutifs de la discrimination *prima facie* selon la norme de preuve de la prépondérance des probabilités habituellement requise en droit civil. Dans un contexte de discrimination, l’expression « *prima facie* » ou « à première vue » ne renvoie qu’au premier volet de la démarche à suivre, et ne modifie aucunement le degré de preuve applicable. L’utilisation de cette expression s’explique tout simplement en raison de l’analyse à deux volets des plaintes de discrimination fondées sur la *Charte*, et vise seulement les trois éléments dont la partie demanderesse doit faire la preuve dans le cadre du premier volet. En l’absence de justification établie par le défendeur, la présentation d’une preuve prépondérante à l’égard de ces trois éléments sera suffisante pour permettre au tribunal de conclure à la violation de l’art. 10 de la *Charte*. Par ailleurs, si le défendeur parvient à justifier sa décision ou sa conduite, lui aussi selon la norme de preuve fondée sur la prépondérance des probabilités, il n’y aura pas de violation, et ce, même en présence de discrimination *prima facie*. Le défendeur peut donc présenter soit des éléments de preuve réfutant l’allégation de discrimination *prima facie*, soit une défense justifiant la discrimination, ou les deux.

Comme la décision du Tribunal en l’espèce n’est pas fondée sur la preuve présentée, elle est déraisonnable et doit être infirmée. La Commission devait démontrer que la décision de B était discriminatoire en établissant, par prépondérance de preuve, un lien entre cette décision et l’origine ethnique ou nationale de L. Puisque B a refusé la demande de formation de L uniquement en raison du refus des autorités américaines de délivrer à ce dernier une approbation de sécurité, la preuve d’un lien entre la décision des autorités américaines et un motif prohibé de discrimination aurait satisfait au deuxième élément de l’analyse relative à la discrimination *prima facie*. Or, la Commission n’a pas présenté de preuve suffisante — directe ou circonstancielle — pour démontrer que l’origine ethnique ou nationale de L avait joué de quelque façon que ce soit dans la réponse défavorable des autorités américaines à l’égard de sa demande de vérification de sécurité. On ne peut présumer, du seul fait de l’existence d’un contexte social de discrimination envers un groupe, qu’une décision particulière prise à l’encontre d’un membre de ce groupe est nécessairement fondée sur un motif prohibé au sens de la *Charte*. En pratique, cela reviendrait à inverser le fardeau de la preuve en matière de discrimination. En effet, même circonstancielle, une preuve de discrimination doit présenter un rapport tangible avec la décision ou la conduite contestée. En conséquence, le Tribunal ne pouvait conclure en l’espèce que la décision de B constituait de la discrimination *prima*

a discriminatory decision of a foreign authority without exposing itself to liability under the *Charter*. This conclusion flows from the fact that there is simply no evidence of a connection between a prohibited ground and the foreign decision in question.

Cases Cited

Referred to: *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employés et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, 2000 SCC 27, [2000] 1 S.C.R. 665; *de Montigny v. Brossard (Succession)*, 2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64; *New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 SCC 45, [2008] 2 S.C.R. 604; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525; *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790; *McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) v. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 SCC 4, [2007] 1 S.C.R. 161; *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Gaz métropolitain inc. v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201, aff'g in part 2008 QCTDP 24; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Commission des droits de la personne du Québec v. Ville de Québec*, [1989] R.J.Q. 831, leave to appeal refused, [1989] 2 S.C.R. vi; *Peel Law Assn. v. Pieters*, 2013 ONCA 396, 116 O.R. (3d) 80; *Ruel v. Marois*, [2001] R.J.Q. 2590; *Velk v. McGill University*, 2011 QCCA 578; *Banque Canadienne Nationale v. Mastracchio*, [1962] S.C.R. 53; *Rousseau v. Bennett*, [1956] S.C.R. 89; *Parent v. Lapointe*, [1952] 1 S.C.R. 376; *Université du Québec à Trois-Rivières v. Larocque*, [1993] 1 S.C.R. 471; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 SCC 30, [2004] 1 S.C.R. 789; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3.

facie visée par la *Charte*. La conclusion dans la présente affaire ne signifie pas qu'une entreprise peut se faire le relais aveugle d'une décision discriminatoire émanant d'une autorité étrangère sans engager sa responsabilité au regard de la *Charte*. Cette conclusion découle du fait qu'il n'y a tout simplement pas de preuve d'un lien entre un motif prohibé et la décision étrangère en cause.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employés et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665; *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64; *Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 CSC 45, [2008] 2 R.C.S. 604; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525; *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 CSC 4, [2007] 1 R.C.S. 161; *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201, [2011] R.J.Q. 1253, conf. en partie 2008 QCTDP 24, [2009] R.J.Q. 487; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Québec*, [1989] R.J.Q. 831, autorisation de pourvoi refusée, [1989] 2 R.C.S. vi; *Peel Law Assn. c. Pieters*, 2013 ONCA 396, 116 O.R. (3d) 80; *Ruel c. Marois*, [2001] R.J.Q. 2590; *Velk c. McGill University*, 2011 QCCA 578, 89 C.C.P.B. 175; *Banque Canadienne Nationale c. Mastracchio*, [1962] R.C.S. 53; *Rousseau c. Bennett*, [1956] R.C.S. 89; *Parent c. Lapointe*, [1952] 1 R.C.S. 376; *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, [1993] 1 R.C.S. 471; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3.

Statutes and Regulations Cited

- Act respecting administrative justice*, CQLR, c. J-3, ss. 9 to 12.
- Aviation and Transportation Security Act*, Pub. L. 107-71, § 113, 115 Stat. 597 (2001).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*.
- Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12, ss. 4, 10, 12, 20, 52, 53, 71, 80, 123.
- Civil Code of Québec*, art. 2804.
- Flight Training for Aliens and Other Designated Individuals; Security Awareness Training for Flight School Employees*, 69 Fed. Reg. 56324 (2004).
- Screening of Aliens and Other Designated Individuals Seeking Flight Training*, 68 Fed. Reg. 7313 (2003).
- Vision 100 — Century of Aviation Reauthorization Act*, Pub. L. 108-176, § 612(a), (c), 117 Stat. 2490 (2003).

Authors Cited

- Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile*, 8^e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.
- Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. *Droit administratif*, 6^e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2010.
- Ontario. Ontario Human Rights Commission. *Policy and guidelines on racism and racial discrimination*, 2005 (online: www.ohrc.on.ca/sites/default/files/attachments/Policy_and_guidelines_on_racism_and_racial_discrimination.pdf).
- Proulx, Daniel. « La discrimination fondée sur le handicap: étude comparée de la Charte québécoise » (1996), 56 *R. du B.* 317.
- Quebec. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. *Racial Profiling: Context and Definition*, by Michèle Turenne. Cat. 2.120-1.25.1, 2005 (online: www.cdpcj.qc.ca/Publications/racial_profiling_definition.pdf).
- Robitaille, David. « Non-indépendance et autonomie de la norme d'égalité québécoise: des concepts 'fondateurs' qui méritent d'être mieux connus » (2004), 35 *R.D.U.S.* 103.
- Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4^e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2008.

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Fournier and St-Pierre J.J.A. and Viens J. (*ad hoc*)), 2013 QCCA 1650, [2013] R.J.Q. 1541, [2013] AZ-51004481, [2013] J.Q. n° 12486 (QL), 2013 CarswellQue 9362 (WL Can.), setting aside

Lois et règlements cités

- Aviation and Transportation Security Act*, Pub. L. 107-71, § 113, 115 Stat. 597 (2001).
- Charte canadienne des droits et libertés*.
- Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 4, 10, 12, 20, 52, 53, 71, 80, 123.
- Code civil du Québec*, art. 2804.
- Flight Training for Aliens and Other Designated Individuals; Security Awareness Training for Flight School Employees*, 69 Fed. Reg. 56324 (2004).
- Loi sur la justice administrative*, RLRQ, c. J-3, art. 9 à 12.
- Screening of Aliens and Other Designated Individuals Seeking Flight Training*, 68 Fed. Reg. 7313 (2003).
- Vision 100 — Century of Aviation Reauthorization Act*, Pub. L. 108-176, § 612(a), (c), 117 Stat. 2490 (2003).

Doctrine et autres documents cités

- Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile*, 8^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
- Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. *Droit administratif*, 6^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010.
- Ontario. Commission ontarienne des droits de la personne. *Politique et directives sur le racisme et la discrimination raciale*, 2005 (en ligne : www.ohrc.on.ca/sites/default/files/attachments/Policy_and_guidelines_on_racism_and_racial_discrimination_fr.pdf).
- Proulx, Daniel. « La discrimination fondée sur le handicap : étude comparée de la Charte québécoise » (1996), 56 *R. du B.* 317.
- Québec. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. *Le profilage racial : mise en contexte et définition*, par Michèle Turenne, Cat. 2.120-1.25, 2005 (en ligne : www.cdpcj.qc.ca/Publications/profilage_racial_definition.pdf).
- Robitaille, David. « Non-indépendance et autonomie de la norme d'égalité québécoise : des concepts "fondateurs" qui méritent d'être mieux connus » (2004), 35 *R.D.U.S.* 103.
- Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Fournier et St-Pierre et le juge Viens (*ad hoc*)), 2013 QCCA 1650, [2013] R.J.Q. 1541, [2013] AZ-51004481, [2013] J.Q. n° 12486 (QL), 2013 CarswellQue 9362 (WL Can.), qui a

a decision of the Quebec Human Rights Tribunal, 2010 QCTDP 16, [2011] R.J.Q. 225, [2010] AZ-50698315, [2010] Q.H.R.T.J. No. 16 (QL), 2010 CarswellQue 15544 (WL Can.). Appeals dismissed.

Athanassia Bitzakidis and Christian Baillargeon, for the appellant/respondent Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

Mathieu Bouchard and Catherine Elizabeth McKenzie, for the respondent/appellant Javed Latif.

Michel Sylvestre, Andres Garin and Sébastien Beauregard, for the respondent Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center).

Andrew K. Lokan and Jean-Claude Killey, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Philippe Dufresne and Sheila Osborne-Brown, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

Selwyn Pieters and Aymar Missakila, for the intervener the Center for Research-Action on Race Relations.

Faisal Bhabha, Khalid M. Elgazzar and Faisal Mirza, for the interveners the National Council of Canadian Muslims and the Canadian Muslim Lawyers Association.

Ranjan K. Agarwal and Preet K. Bell, for the intervener the South Asian Legal Clinic of Ontario.

English version of the judgment of the Court delivered by

WAGNER AND CÔTÉ JJ. —

I. Introduction

[1] Discrimination can take a variety of forms. Although some of them are easy to identify, others are less obvious, such as those that result from unconscious prejudices and stereotypes or from standards

infirmé une décision du Tribunal des droits de la personne du Québec, 2010 QCTDP 16, [2011] R.J.Q. 225, [2010] AZ-50698315, [2010] J.T.D.P.Q. n° 16 (QL), 2010 CarswellQue 13376 (WL Can.). Pourvois rejetés.

Athanassia Bitzakidis et Christian Baillargeon, pour l'appelante/intimée la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

Mathieu Bouchard et Catherine Elizabeth McKenzie, pour l'intimé/appelant Javed Latif.

Michel Sylvestre, Andres Garin et Sébastien Beauregard, pour l'intimée Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation).

Andrew K. Lokan et Jean-Claude Killey, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Philippe Dufresne et Sheila Osborne-Brown, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

Selwyn Pieters et Aymar Missakila, pour l'intervenant le Centre de recherche-action sur les relations raciales.

Faisal Bhabha, Khalid M. Elgazzar et Faisal Mirza, pour les intervenants le Conseil national des musulmans canadiens et l'Association canadienne des avocats musulmans.

Ranjan K. Agarwal et Preet K. Bell, pour l'intervenante South Asian Legal Clinic of Ontario.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LES JUGES WAGNER ET CÔTÉ —

I. Introduction

[1] La discrimination peut revêtir plusieurs formes. Alors que dans certains cas ses manifestations sont clairement identifiables, dans d'autres elles sont au contraire moins évidentes, par exemple

that are neutral on their face but have adverse effects on certain persons. The *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12 (“*Charter*”), prohibits the various forms of discrimination and creates a remedy for victims of discrimination.

[2] The case at bar gives the Court its first opportunity to consider a form of discrimination allegedly arising out of a decision of a foreign authority. In this case, a Canadian company refused to provide pilot training to an individual on the basis of a decision by U.S. authorities. It is argued that the U.S. authorities’ decision was the result of racial profiling and that the company discriminated against the individual in question by relying on that decision.

[3] In our opinion, the context of this case and the fact that racial profiling is recognized as a prohibited form of discrimination do not change the two-step process that applies in the context of a complaint under the *Charter*. Under s. 10 of the *Charter*, a plaintiff must establish three elements, including a connection between a prohibited ground of discrimination and the distinction, exclusion or preference of which he or she complains. A plaintiff who successfully establishes these elements will be said to have proven a *prima facie* case of discrimination or to have made *prima facie* proof of discrimination. In such a case, it will then be open to the defendant to try to justify a seemingly discriminatory measure, and if the defendant succeeds in doing so, the tribunal will find no violation under s. 10. Although this process successively imposes separate burdens of proof on the plaintiff and the defendant, and the onus on the plaintiff is simply to prove a “connection” between a prohibited ground of discrimination and the differential treatment he or she receives, it does not create an exception to the standard of proof — proof on a balance of probabilities — that normally applies in the civil law. The plaintiff must therefore establish *prima facie* discrimination on the basis of that standard.

lorsqu’elles résultent de préjugés et de stéréotypes inconscients ou encore de normes en apparence neutres, mais aux effets préjudiciables à l’égard de certaines personnes. La *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (« *Charte* »), interdit les diverses manifestations de discrimination et offre un recours aux gens qui en sont victimes.

[2] La présente affaire permet à la Cour de se pencher pour la première fois sur une forme de discrimination qui trouverait sa source dans une décision d’une autorité étrangère. En l’espèce, une entreprise commerciale canadienne s’est fondée sur une décision des autorités américaines et a refusé de fournir à un individu une formation de pilote. La décision des autorités américaines découlerait, prétend-on, de profilage racial et l’entreprise aurait traité cet individu de façon discriminatoire en s’appuyant sur cette décision.

[3] À notre avis, le contexte de cette affaire et le fait que le profilage racial soit reconnu comme une forme prohibée de discrimination n’altèrent en rien la démarche à deux volets qui doit être suivie dans le cadre d’une plainte fondée sur la *Charte*. Conformément à l’art. 10 de la *Charte*, un demandeur doit établir trois éléments constitutifs, dont un lien entre un motif prohibé de discrimination et la distinction, l’exclusion ou la préférence dont il se plaint. S’il y parvient, on dira qu’il a fait la preuve de discrimination *prima facie* ou qu’il a prouvé *prima facie* l’existence de discrimination. Dans un tel cas, le défendeur peut alors tenter de justifier une mesure en apparence discriminatoire et, s’il réussit à le faire, le tribunal conclura à l’absence d’une violation visée à l’art. 10. Bien que cette démarche impose successivement au demandeur et au défendeur un fardeau de preuve distinct, et que le fardeau qui incombe au premier ne requiert que la preuve d’un simple « lien » entre un motif prohibé de discrimination et la différence de traitement dont il est victime, elle n’écarte pas pour autant la norme de preuve habituellement requise en droit civil, soit la prépondérance des probabilités. Le demandeur doit donc établir, selon cette norme, qu’il y a discrimination *prima facie*.

[4] In this case, it has not been shown on a balance of probabilities that there is a connection between a prohibited ground of discrimination and the company's decision to deny the individual's training request. The company's liability has therefore not been proven under s. 10 of the *Charter*. We would accordingly dismiss the appeals.

II. Facts

[5] The aerospace division of Bombardier Inc. ("Bombardier"), through the Bombardier Aerospace Training Center, operates two centres, in Montréal and Dallas, at which pilots are trained on the types of aircraft produced by Bombardier. This training is offered to pilots holding licences issued by various — national or international — authorities, including Canada and the United States. Bombardier holds a training certificate from the U.S. Federal Aviation Administration ("FAA") under which it is authorized to provide the necessary training to pilots holding U.S. licences.

[6] In the wake of the terrorist attacks of September 11, 2001, the United States implemented enhanced security measures, including in the aviation field. In November 2001, the U.S. Congress passed the *Aviation and Transportation Security Act*, Pub. L. 107-71, 115 Stat. 597 (2001), s. 113 of which (adding 49 U.S.C. § 44939), required that any organization wishing to provide pilot training to an individual who was not a U.S. citizen submit the individual's name to the responsible authorities for security screening: *Screening of Aliens and Other Designated Individuals Seeking Flight Training*, 68 Fed. Reg. 7313 (2003); U.S. Department of Transportation, FAA Notice N 8700.21, *Screening of Aliens and Other Designated Individuals Seeking Flight Training*, Exhibit P-29, A.R. (Commission), vol. XII, at pp. 107-9. That security screening was carried out by the U.S. Department of Justice ("DOJ") until the end of September 2004.

[4] En l'espèce, il n'a pas été démontré, par une preuve prépondérante, qu'il existe un lien entre un motif prohibé de discrimination et la décision de l'entreprise refusant la demande de formation de l'individu. La responsabilité de l'entreprise n'a donc pas été prouvée selon les prescriptions de l'art. 10 de la *Charte*. En conséquence, nous sommes d'avis de rejeter les appels.

II. Faits

[5] Par l'entremise du Centre de formation Bombardier Aéronautique, la division aéronautique de Bombardier Inc. (« Bombardier ») exploite deux centres de formation pour pilotes, à Montréal et à Dallas, sur les types d'avions produits par Bombardier. Ces formations sont offertes à des titulaires de licences de pilote délivrées par différentes autorités — nationales ou internationales — y compris le Canada et les États-Unis. En effet, Bombardier a obtenu de la United States Federal Aviation Administration (« FAA ») un certificat de formateur l'autorisant à offrir la formation nécessaire aux pilotes titulaires d'une licence américaine.

[6] Dans la foulée des attentats terroristes du 11 septembre 2001, les États-Unis ont mis en place des mesures accrues de sécurité, notamment en matière d'aviation. En novembre 2001, le Congrès américain a adopté la loi intitulée *Aviation and Transportation Security Act*, Pub. L. 107-71, 115 Stat. 597 (2001). Celle-ci prévoyait, à l'art. 113 (ajoutant 49 U.S.C. § 44939), que tout organisme désirant offrir une formation de pilotage à un individu ne détenant pas la citoyenneté américaine devait soumettre le nom de cet individu aux autorités responsables d'effectuer une vérification de sécurité : *Screening of Aliens and Other Designated Individuals Seeking Flight Training*, 68 Fed. Reg. 7313 (2003); U.S. Department of Transportation, FAA Notice N 8700.21, *Screening of Aliens and Other Designated Individuals Seeking Flight Training*, pièce P-29, d.a. (Commission), vol. XII, p. 107-109. Jusqu'à la fin de septembre 2004, cette vérification de sécurité était effectuée par le ministère de la justice des États-Unis, le Department of Justice (« DOJ »).

[7] An American statute passed in December 2003, the *Vision 100 — Century of Aviation Reauthorization Act*, Pub. L. 108-176, 117 Stat. 2490 (2003) (“*Vision 100 Act*”), established stricter security screening requirements and transferred control over security screening to the Department of Homeland Security (“DHS”), or more specifically to the Transportation Security Administration (“TSA”). DHS promulgated a rule to implement these stricter requirements in September 2004: *Flight Training for Aliens and Other Designated Individuals; Security Awareness Training for Flight School Employees*, 69 Fed. Reg. 56324 (2004). This rule also established TSA’s security screening program, known as the Alien Flight Student Program (“AFSP”).

[8] No similar measure was adopted by Canada with respect to the training of pilots holding Canadian licences.

[9] Javed Latif, a Canadian citizen born in Pakistan, has been flying planes since 1964. He has held a U.S. pilot’s licence since 1991. Under that licence, he has taken many initial and recurrent training courses from Bombardier among others. He obtained his Canadian pilot’s licence in 2004. His unblemished career record is described in greater detail in the decision at first instance.

[10] In 2003, Mid East Jet offered Mr. Latif work flying a Boeing 737 under his U.S. licence. To obtain that contract, Mr. Latif registered for initial training on that aircraft. In October 2003, DOJ issued him a security clearance. He then took his training in the United States with a company called Alteon and obtained his certification in December 2003. Unfortunately, the job opportunity with Mid East Jet fell through.

[11] In January 2004, Mr. Latif, who was unemployed at the time, accepted a friend’s offer to go to Pakistan to participate in a real estate project. In

[7] Une loi américaine adoptée en décembre 2003, la *Vision 100 — Century of Aviation Reauthorization Act*, Pub. L. 108-176, 117 Stat. 2490 (2003) (« *Vision 100 Act* »), a resserré cette vérification de sécurité et transféré le contrôle de son application au ministère de la sécurité intérieure, le Department of Homeland Security (« DHS »), plus précisément, à l’administration de la sécurité des transports, la Transportation Security Administration (« TSA »). Le règlement de mise en application de ce resserrement a été adopté par le DHS en septembre 2004 : *Flight Training for Aliens and Other Designated Individuals; Security Awareness Training for Flight School Employees*, 69 Fed. Reg. 56324 (2004). Ce règlement a également mis sur pied le programme de vérification de sécurité de la TSA, le Alien Flight Student Program (« AFSP »).

[8] Aucune mesure semblable n’a été adoptée par le Canada à l’égard de la formation des pilotes titulaires d’une licence canadienne.

[9] Citoyen canadien né au Pakistan, Javed Latif pilote des avions depuis 1964. Il détient une licence de pilote américaine depuis 1991 et, sur la base de cette licence, il a suivi, notamment chez Bombardier, de nombreuses formations initiales et périodiques pour différents appareils. Il a obtenu sa licence de pilote canadienne en 2004. Son parcours professionnel sans tache est décrit plus en détail dans la décision de première instance.

[10] En 2003, la compagnie Mid East Jet lui a offert de piloter un appareil de marque Boeing 737 sur la base de sa licence américaine. Pour obtenir ce contrat, M. Latif s’est inscrit à une formation initiale sur cet appareil. En octobre 2003, le DOJ lui a décerné une approbation de sécurité. M. Latif a alors suivi sa formation aux États-Unis auprès de la compagnie Alteon et a obtenu sa certification en décembre 2003. Malheureusement, la possibilité de travailler pour la Mid East Jet ne s’est jamais concrétisée.

[11] En janvier 2004, alors sans emploi, M. Latif a accepté l’offre d’un ami de se rendre au Pakistan afin de participer à un projet immobilier. En mars

March 2004, while he was still in Pakistan, he received an offer from ACASS Canada Ltd. (“ACASS”) to pilot a Bombardier Challenger 604 (“CL604”) aircraft.

[12] Mr. Latif initially registered for recurrent training on the CL604 under his U.S. licence at Bombardier’s Dallas training centre. A request for the required security clearance was submitted to DOJ while he was in Pakistan in early March 2004. Because of a delay in receiving that clearance and because he did not want to lose the job opportunity, Mr. Latif asked ACASS to register him for recurrent training on the CL604 under his Canadian licence, given that it would also be possible for him to obtain the contract as a pilot under that licence.

[13] In April 2004, ACASS informed Mr. Latif that Bombardier had received an unfavourable reply to his security screening request from the U.S. authorities, which meant that he could not receive the training from Bombardier under his U.S. licence. No explanation for the U.S. authorities’ refusal was provided at that time. Mr. Latif was surprised and thought that the refusal was due to an identification error.

[14] He contacted Steven Gignac, the manager responsible for quality standards at Bombardier, to follow up on his request for training under his Canadian licence, which he believed was not subject to security screening by the U.S. authorities. After first telling Mr. Latif that he had to check with Transport Canada, Mr. Gignac eventually informed him that Bombardier could not train him under his Canadian licence. Mr. Gignac also informed ACASS in a letter dated May 12, 2004 that the reasons for the U.S. authorities’ refusal to authorize the training had not been disclosed to Bombardier but that, because of the training certificate issued by the FAA, Bombardier had to comply with DOJ’s denial for all types of pilot training.

[15] The parties agreed that Bombardier’s refusal to provide training to Mr. Latif under his Canadian

2004, alors qu’il séjournait toujours au Pakistan, M. Latif a reçu de la compagnie ACASS Canada Ltd. (« ACASS ») une offre de piloter un appareil de type Challenger 604 (« CL604 ») de Bombardier.

[12] M. Latif s’est d’abord inscrit à une formation périodique sur le CL604 sur la base de sa licence américaine au centre de formation de Bombardier à Dallas. L’approbation de sécurité exigée a été demandée au DOJ à partir du Pakistan au début du mois de mars 2004. Comme cette approbation tardait à venir et qu’il ne voulait pas perdre cette opportunité de travail, M. Latif a demandé à ACASS de l’inscrire à une formation périodique sur le CL604 sur la base de sa licence canadienne, puisqu’il pouvait également obtenir le contrat de pilotage en vertu de cette licence.

[13] En avril 2004, ACASS a informé M. Latif que Bombardier avait reçu une réponse défavorable des autorités américaines à l’égard de sa demande de vérification de sécurité. Il ne pouvait donc suivre la formation chez Bombardier sur la base de sa licence américaine. Aucun détail quant au refus des autorités américaines n’a été fourni à ce moment. Surpris, M. Latif a cru qu’il s’agissait d’une erreur d’identité.

[14] Il a communiqué directement avec M. Steven Gignac, directeur des normes de qualité chez Bombardier, pour assurer le suivi de sa demande de formation liée à sa licence canadienne, qui, selon lui, n’était pas assujettie à la vérification de sécurité des autorités américaines. Après avoir d’abord répondu à M. Latif qu’il devait vérifier avec Transports Canada, M. Gignac l’a finalement avisé que Bombardier ne pouvait lui dispenser de formation sur la base de sa licence canadienne. M. Gignac a également informé ACASS, par lettre en date du 12 mai 2004, que les motifs étayant le refus des autorités américaines d’autoriser la formation n’avaient pas été communiqués à Bombardier, mais qu’en raison du certificat de formateur délivré par la FAA, Bombardier devait se soumettre au refus du DOJ pour tous les types de formations de pilotage.

[15] Les parties ont reconnu que le refus de Bombardier de donner la formation à M. Latif sur la base

licence was based solely on the fact that DOJ had not issued him a security clearance. This case arises out of that refusal by Bombardier to train Mr. Latif under his Canadian licence.

[16] As a result of Bombardier's refusal to give him the training he wished to receive, Mr. Latif asked the U.S. authorities to review his file. He received the following reply:

In October 2003, we based our decision to allow you to train based on the information we had at that time. In March 2004, we again based our decision on all the data we collected, which included new information. In your opinion the circumstances had not changed in six months; we disagree. The denial decision was made after extensive analysis of the data received. This process is in place to protect the national security of the U.S. There is no appeals process for non-U.S. citizens. [Emphasis added.]

(Correspondence with U.S. authorities, Exhibit JL-14, A.R. (Commission), vol. XVI, at p. 72)

[17] In spite of that reply, Mr. Latif made other requests to the U.S. authorities to have his file reviewed, but he was unsuccessful each time. He also made other requests under his U.S. licence for training on various types of aircraft, but they were all denied on the ground that he posed a threat to aviation or national security in the United States, except his last request in 2008, which was finally accepted.

[18] Being of the view that Bombardier had discriminated against him, Mr. Latif filed a complaint with the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse ("Commission"). After investigating, the Commission initiated proceedings in the Human Rights Tribunal ("Tribunal") in which it alleged that Bombardier [TRANSLATION] "[had] impair[ed] the right of the complainant, Javed Latif,

de sa licence canadienne reposait uniquement sur le fait que le DOJ n'avait pas délivré d'approbation de sécurité à ce dernier. C'est ce refus de Bombardier d'entraîner M. Latif sur la base de sa licence canadienne qui est à l'origine du présent litige.

[16] Face au refus de Bombardier de lui dispenser la formation qu'il souhaitait suivre, M. Latif a présenté aux autorités américaines une demande de révision de son dossier. Celles-ci lui ont répondu ce qui suit :

[TRANSLATION] En octobre 2003, nous avons basé notre décision vous autorisant à suivre de la formation sur les renseignements dont nous disposions à l'époque. En mars 2004, nous avons une fois de plus basé notre décision sur l'ensemble des données que nous avons recueillies, y compris de nouveaux renseignements. Selon vous, les circonstances n'avaient pas changé durant les six mois qui s'étaient écoulés; nous ne sommes pas de cet avis. La décision rejetant votre demande a été prise au terme d'une analyse approfondie des données reçues. Le processus existe afin de protéger la sécurité nationale des É.-U. Aucune procédure d'appel n'est disponible aux personnes qui ne sont pas des citoyens des É.-U. [Nous soulignons.]

(Correspondance avec les autorités américaines, pièce JL-14, d.a. (Commission), vol. XVI, p. 72)

[17] Malgré cette réponse, M. Latif a présenté, chaque fois sans succès, d'autres demandes de révision de son dossier aux autorités américaines. Il a également soumis, sur la base de sa licence américaine, d'autres demandes de formation visant divers types d'appareil, mais toutes ses demandes ont été refusées, au motif qu'il représentait une menace pour l'aviation ou la sécurité nationale américaine, sauf sa dernière, en 2008, qui sera finalement acceptée.

[18] D'avis qu'il avait été victime de discrimination de la part de Bombardier, M. Latif a déposé une plainte auprès de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (« Commission »). Après enquête, cette dernière a saisi le Tribunal des droits de la personne (« Tribunal »), reprochant à Bombardier d'« a[voir] porté atteinte au droit du plaignant, monsieur Javed Latif, de bénéficier de

to avail himself of services ordinarily offered to the public without discrimination based on ethnic or national origin by denying him pilot training for a Canadian licence, contrary to sections 10 and 12 of the *Charter*”: A.R. (Commission), vol. I, at p. 155. The Commission further alleged that, in so doing, Bombardier had “impair[ed] the complainant’s right to the safeguard of his dignity and reputation without distinction or exclusion based on ethnic or national origin, contrary to sections 4 and 10 of the *Charter*”: *ibid.*

[19] In July 2008, while the application to the Tribunal was pending, the U.S. authorities finally lifted the prohibition on Mr. Latif’s training without providing any details or explanation.

III. Judicial History

A. *Human Rights Tribunal, 2010 QCTDP 16*

[20] The Tribunal noted that the burden was on the Commission to establish discrimination under s. 10 of the *Charter* on a balance of probabilities, and that to do so, it had to prove three elements: [TRANSLATION] “(1) a ‘distinction, exclusion or preference’, (2) based on one of the grounds listed in the first paragraph, (3) which ‘has the effect of nullifying or impairing’ the right to full and equal recognition and exercise of a human right or freedom” (paras. 231-32 (CanLII)).

[21] The Tribunal found first that in this case, [TRANSLATION] “the refusal to train Mr. Latif under his Canadian licence did not depend directly on his Pakistani origin, but on the refusal of the US authorities to give him security clearance”: para. 284.

[22] To determine whether, as the Commission maintained, the measures put in place by the United States had directly targeted or mainly affected Arabs and Muslims, the Tribunal continued its analysis by referring to an expert report that had been filed by the Commission. The report had been prepared by Professor Reem Anne Bahdi, whom the Tribunal had qualified as an expert in racial profiling for

services ordinairement offerts au public, sans discrimination fondée sur l’origine ethnique ou nationale, en lui refusant un entraînement de pilote pour l’obtention d’une licence canadienne, contrairement aux articles 10 et 12 de la *Charte* » : d.a. (Commission), vol. I, p. 155. La Commission alléguait que, de ce fait, Bombardier avait « compromis le droit du plaignant à la sauvegarde de sa dignité et de sa réputation, sans distinction ou exclusion fondée sur l’origine ethnique ou nationale, contrairement aux articles 4 et 10 de la *Charte* » : *ibid.*

[19] En juillet 2008, alors que le recours devant le Tribunal était pendant, les autorités américaines ont finalement levé l’interdiction de formation visant M. Latif, sans fournir de détails ou d’explications.

III. Historique judiciaire

A. *Tribunal des droits de la personne, 2010 QCTDP 16, [2011] R.J.Q. 225*

[20] Le Tribunal rappelle qu’il incombe à la Commission d’établir, selon la prépondérance des probabilités, l’existence de discrimination visée à l’art. 10 de la *Charte* et que, pour ce faire, elle doit démontrer trois éléments, soit « (1) une “distinction, exclusion ou préférence”, (2) fondée sur l’un des motifs énumérés au premier alinéa et (3) qui “a pour effet de détruire ou de compromettre” le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l’exercice d’un droit ou d’une liberté de la personne » : par. 231-232.

[21] En l’espèce, le Tribunal conclut d’abord que « le refus de former monsieur Latif sous sa licence canadienne ne repose pas directement sur son origine pakistanaise, mais sur le refus des autorités américaines de lui donner son approbation de sécurité » : par. 284.

[22] Afin de déterminer si, comme le soutient la Commission, les mesures mises en place par les États-Unis visent directement ou affectent principalement les personnes arabes et les musulmans, le Tribunal poursuit son analyse en se référant au rapport d’expertise déposé par la Commission et préparé par la professeure Reem Anne Bahdi, à qui il a reconnu la qualité d’experte en profilage

the purposes of the case. According to the Tribunal, Ms. Bahdi's report and testimony showed that, since September 11, 2001, several U.S. administrative agencies had engaged in racial profiling against people of Arab origin, Muslims or people from Muslim countries. The Tribunal held that the U.S. authorities' decision with respect to Mr. Latif's request had been made in that context.

[23] The Tribunal found that Bombardier's denial of Mr. Latif's request had thus had the effect of creating, in his regard, a distinction based on one of the prohibited grounds of discrimination, namely ethnic or national origin, which had in turn had the effect of impairing his right to full and equal recognition and exercise of his rights guaranteed by the *Charter*. It concluded on this basis that the Commission had [TRANSLATION] "discharged its burden of adducing *prima facie* proof of discrimination": para. 315.

[24] The Tribunal then rejected the two justifications advanced by Bombardier, the first being that it had refused to train Mr. Latif for security reasons, while the second was based on the financial consequences that could result from revocation of the training certificate issued to Bombardier by the FAA.

[25] As a result, the Tribunal ordered Bombardier to pay Mr. Latif \$25,000 in moral damages and \$309,798.72 in U.S. currency in damages for material prejudice, from which \$66,639 in Canadian currency was to be subtracted. It also ordered Bombardier to pay Mr. Latif \$50,000 in punitive damages on the ground that Mr. Gignac had acted intentionally and unlawfully and had had Bombardier's full consent in acting as he did. Finally, the Tribunal ordered Bombardier to [TRANSLATION] "cease applying or considering the standards and decisions of the US authorities in 'national security' matters when dealing with applications for the training of pilots under Canadian pilot's licences": p. 81 (CanLII).

racial pour les besoins du présent litige. Selon le Tribunal, le rapport et le témoignage de M^{me} Bahdi démontrent que, depuis le 11 septembre 2001, les personnes d'origine arabe, les musulmans ou les personnes originaires de pays musulmans font l'objet de profilage racial de la part de plusieurs organismes administratifs américains. Pour le Tribunal, la décision des autorités américaines à l'égard de la demande de M. Latif s'inscrit dans ce contexte.

[23] Ainsi, de l'avis du Tribunal, le refus opposé par Bombardier à la demande de M. Latif a eu pour effet de créer, à l'endroit de ce dernier, une distinction fondée sur l'un des motifs prohibés de discrimination, soit l'origine ethnique ou nationale, qui a eu pour effet de compromettre le droit à la pleine égalité de M. Latif dans la reconnaissance et l'exercice des droits que lui garantit la *Charte*. En conséquence, le Tribunal conclut que la Commission « a rempli son fardeau de preuve quant à l'existence d'une preuve *prima facie* de discrimination » : par. 315.

[24] Le Tribunal rejette ensuite les deux justifications plaidées par Bombardier, d'abord celle selon laquelle elle aurait refusé d'entraîner M. Latif pour des raisons de sécurité, puis celle fondée sur les conséquences financières qui pourraient découler de la révocation du certificat de formateur délivré à Bombardier par la FAA.

[25] En conséquence, le Tribunal condamne Bombardier à verser à M. Latif 25 000 \$ à titre de dommages-intérêts moraux, ainsi que 309 798,72 \$ en devise américaine à titre de dommages-intérêts pour le préjudice matériel, dont doivent être soustraits 66 639 \$ en devise canadienne. Il condamne également Bombardier à verser à M. Latif 50 000 \$ à titre de dommages-intérêts punitifs, au motif que M. Gignac a agi de manière intentionnelle et illicite, et qu'il avait l'assentiment total de Bombardier pour agir ainsi. Enfin, le Tribunal ordonne à Bombardier de « cesser d'appliquer ou de considérer les normes et décisions des autorités américaines en matière de "sécurité nationale" lors du traitement de demandes de formation de pilote sous une licence de pilote canadienne » : p. 285.

B. *Quebec Court of Appeal, 2013 QCCA 1650, [2013] R.J.Q. 1541*

[26] The Court of Appeal proceeded on the assumption that the exclusion of Mr. Latif had in fact occurred, but it held that the Commission had not shown a causal connection between the exclusion and a prohibited ground. The Court of Appeal acknowledged that such a connection can be proven by way of circumstantial evidence or of presumptions, but it found that there was no such proof in this case.

[27] In the Court of Appeal's opinion, because Bombardier's decision had been based solely on the decision of the U.S. authorities, the Tribunal could not find that Bombardier had discriminated against Mr. Latif without proof that the decision in question was itself based on a ground that is prohibited under the *Charter*. Finding that there was no such proof, the Court of Appeal set aside the Tribunal's decision.

IV. Issues

[28] This case raises the following questions:

1. What is "*prima facie*" discrimination, and what degree of proof is required in order to establish it?
2. Has *prima facie* discrimination on Bombardier's part been proven?
3. Was the mandatory order against Bombardier justified?

V. Analysis

A. *What Is "Prima Facie" Discrimination, and What Degree of Proof Is Required in Order to Establish It?*

[29] It will be helpful to begin by recalling the *Charter's* place in Quebec's legislative hierarchy and the principles of interpretation that flow from it.

B. *Cour d'appel du Québec, 2013 QCCA 1650, [2013] R.J.Q. 1541*

[26] La Cour d'appel tient pour acquise l'exclusion visant M. Latif, mais décide que la Commission n'a pas démontré de lien causal entre celle-ci et un motif prohibé. La cour reconnaît que cette démonstration peut se faire au moyen d'une preuve circonstancielle ou de présomptions, mais elle affirme qu'une telle preuve n'existe pas en l'espèce.

[27] Selon la Cour d'appel, puisque la décision de Bombardier reposait uniquement sur la décision des autorités américaines, le Tribunal ne pouvait conclure à un acte discriminatoire de la part de Bombardier sans avoir la preuve que cette décision était elle-même fondée sur un motif prohibé par la *Charte*. Or, jugeant cette preuve inexistante, la Cour d'appel infirme la décision du Tribunal.

IV. Questions en litige

[28] Cette affaire soulève les questions suivantes :

1. En quoi consiste la discrimination « *prima facie* » et quel est le degré de preuve requis pour l'établir?
2. L'existence de discrimination *prima facie* de la part de Bombardier a-t-elle été prouvée?
3. L'ordonnance mandatoire prononcée contre Bombardier était-elle justifiée?

V. Analyse

A. *En quoi consiste la discrimination « prima facie » et quel est le degré de preuve requis pour l'établir?*

[29] Il convient d'abord de rappeler la place qu'occupe la *Charte* dans l'ordre législatif québécois et les principes d'interprétation qui en découlent.

[30] This Court has confirmed that the *Charter*, like the human rights legislation of the other provinces, has a special quasi-constitutional status: *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345, at p. 402, reproduced in *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, 2000 SCC 27, [2000] 1 S.C.R. 665 (“*City of Montréal*”), at para. 28; see also *de Montigny v. Brossard (Succession)*, 2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64, at para. 45. Indeed, unless otherwise provided, ss. 1 to 38 of the *Charter* prevail over other Quebec statutes: s. 52 of the *Charter*. Furthermore, s. 53 of the *Charter* provides that, “[i]f any doubt arises in the interpretation of a provision of the Act, it shall be resolved in keeping with the intent of the Charter.”

[31] The *Charter* must therefore be given a liberal, contextual and purposive interpretation: see, *inter alia*, *Béliveau St-Jacques*, at p. 402. The Court also favours a consistent interpretation of the various provincial human rights statutes unless a legislature intends otherwise: *New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 SCC 45, [2008] 2 S.C.R. 604, at para. 68; *City of Montréal*, at para. 45. Finally, although the *Charter*’s provisions need not necessarily mirror those of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (“*Canadian Charter*”), they must be interpreted in light of the latter: *City of Montréal*, at para. 42.

[32] For more than 30 years, the Court has recognized that discrimination can take various forms, including “adverse effect” or “indirect” discrimination: *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536 (“*O’Malley*”), at p. 551. It has found that adverse effect discrimination comes within the purview of the *Charter* on the basis of the language of s. 10, which provides, *inter alia*: “Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing [the right to equality]” (*Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525, at p. 540; see also *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712). The Court

[30] Notre Cour a confirmé que, à l’instar des lois des autres provinces en matière de droits de la personne, la *Charte* jouit d’un statut particulier, de nature quasi-constitutionnelle : *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, p. 402, repris dans *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665 (« *Ville de Montréal* »), par. 28; voir aussi *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64, par. 45. D’ailleurs, sauf exception, ses art. 1 à 38 ont présence sur les autres lois québécoises : art. 52 de la *Charte*. L’article 53 de la *Charte* précise entre outre que « [s]i un doute surgit dans l’interprétation d’une disposition de la loi, il est tranché dans le sens indiqué par la Charte. »

[31] La *Charte* commande donc une interprétation libérale, contextuelle et téléologique : voir, entre autres, *Béliveau St-Jacques*, p. 402. Notre Cour privilégie également une interprétation cohérente des diverses lois provinciales en matière de droits de la personne, sauf intention contraire du législateur : *Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 CSC 45, [2008] 2 R.C.S. 604, par. 68; *Ville de Montréal*, par. 45. Enfin, bien qu’elles ne doivent pas nécessairement en être le reflet exact, les dispositions de la *Charte* doivent être interprétées à la lumière de celles de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte canadienne* ») : *Ville de Montréal*, par. 42.

[32] Depuis plus de 30 ans, notre Cour reconnaît que la discrimination peut se manifester sous diverses formes, qu’elle peut notamment être « indirecte » ou résulter « d’un effet préjudiciable » : *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536 (« *O’Malley* »), p. 551. La Cour a reconnu que le concept de discrimination indirecte est visé par la *Charte* en raison du libellé de l’art. 10, qui énonce, entre autres, ce qui suit : « Il y a discrimination lorsqu’une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre [le droit à l’égalité] » (*Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, p. 540; voir aussi *Forget c. Québec (Procureur général)*,

has also held that discrimination can be systemic: *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114.

[33] The Commission submits that in the case at bar, Mr. Latif was a victim of racial profiling. The concept of racial profiling was originally developed in the context of proceedings brought against the police for abuse of power, but it has since been extended to other situations:

Racial profiling is any action taken by one or more people in authority with respect to a person or group of persons, for reasons of safety, security or public order, that is based on actual or presumed membership in a group defined by race, colour, ethnic or national origin or religion, without factual grounds or reasonable suspicion, that results in the person or group being exposed to differential treatment or scrutiny.

Racial profiling includes any action by a person in a situation of authority who applies a measure in a disproportionate way to certain segments of the population on the basis, in particular, of their racial, ethnic, national or religious background, whether actual or presumed. [Emphasis added.]

(Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Racial Profiling: Context and Definition* (2005) (online), at p. 13; see also Ontario Human Rights Commission, *Policy and guidelines on racism and racial discrimination* (2005) (online), at p. 19.)

[34] The language of the *Charter* permits the courts to take note of new forms of discrimination as they emerge in our society. This being said, whatever form discrimination takes, the two-step analysis applicable to a complaint under the *Charter* does not change.

[35] First, s. 10 requires that the plaintiff prove three elements: “(1) a ‘distinction, exclusion or preference’, (2) based on one of the grounds listed in the first paragraph, and (3) which ‘has the effect of

[1988] 2 R.C.S. 90; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712). Notre Cour a également reconnu que la discrimination peut être systémique : *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114.

[33] En l’espèce, la Commission avance que M. Latif a été victime de profilage racial. D’abord élaboré à l’occasion de certains recours intentés contre des services policiers pour abus de pouvoir, le concept de profilage racial a depuis été étendu à d’autres contextes :

Le profilage racial désigne toute action prise par une ou des personnes en situation d’autorité à l’égard d’une personne ou d’un groupe de personnes, pour des raisons de sûreté, de sécurité ou de protection du public, qui repose sur des facteurs d’appartenance réelle ou présumée, tels [sic] la race, la couleur, l’origine ethnique ou nationale ou la religion, sans motif réel ou soupçon raisonnable, et qui a pour effet d’exposer la personne à un examen ou à un traitement différent.

Le profilage racial inclut aussi toute action de personnes en situation d’autorité qui appliquent une mesure de façon disproportionnée sur des segments de la population du fait, notamment, de leur appartenance raciale, ethnique ou nationale ou religieuse, réelle ou présumée. [Nous soulignons.]

(Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Le profilage racial : mise en contexte et définition* (2005) (en ligne), p. 15; voir aussi Commission ontarienne des droits de la personne, *Politique et directives sur le racisme et la discrimination raciale* (2005) (en ligne), p. 21.)

[34] Le libellé de la *Charte* permet aux tribunaux de constater l’existence de nouvelles formes de discrimination au fur et à mesure qu’elles se manifestent dans notre société. Cela dit, quelle que soit la forme que prend la discrimination, l’analyse à deux volets applicable en cas de plainte fondée sur la *Charte* ne change pas.

[35] Dans un premier temps, l’art. 10 requiert du demandeur qu’il apporte la preuve de trois éléments, soit « (1) une “distinction, exclusion ou préférence”, (2) fondée sur l’un des motifs énumérés au premier

nullifying or impairing’ the right to full and equal recognition and exercise of a human right or freedom” (*Forget*, at p. 98; *Ford*, at pp. 783-84; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790, at p. 817; *Bergevin*, at p. 538).

[36] If these three elements are established in accordance with the degree of proof we will specify below, there is “*prima facie* discrimination”. This is the first step of the analysis.

[37] Second, the defendant can then, also in accordance with the degree of proof we will indicate below, justify his or her decision or conduct on the basis of the exemptions provided for in the applicable human rights legislation or those developed by the courts. If the defendant fails to do so, discrimination will then be found to have occurred: *McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) v. Syndicat des employés de l’Hôpital général de Montréal*, 2007 SCC 4, [2007] 1 S.C.R. 161 (“*McGill*”), at para. 50; see also *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360 (decided under British Columbia’s human rights code), at para. 33. This is the second step of the analysis.

[38] For example, s. 20 of the *Charter* provides that a distinction, exclusion or preference based on the aptitudes required for an employment is deemed to be non-discriminatory. This is referred to as the “*bona fide* occupational requirement” (“BFOR”) defence, which can be found in one form or another in all human rights legislation in Canada. In *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 (“*Meiorin*”), at para. 54, this Court developed an approach for determining whether a *prima facie* discriminatory standard or practice is a BFOR in the context of British Columbia’s human rights code. The principles from that case were subsequently applied to s. 20 of the *Charter*: *Gaz métropolitain inc. v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201, at paras. 39-42 (CanLII); see also *McGill*.

alinéa et (3) qui “a pour effet de détruire ou de compromettre” le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l’exercice d’un droit ou d’une liberté de la personne » : *Forget*, p. 98; *Ford*, p. 783-784; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, p. 817; *Bergevin*, p. 538.

[36] Si ces trois éléments sont établis, selon le degré de preuve que nous préciserons plus loin, il y a alors « discrimination *prima facie* » ou « à première vue ». Il s’agit du premier volet de l’analyse.

[37] Dans un second temps, le défendeur peut, lui aussi selon le degré de preuve que nous indiquerons plus loin, justifier sa décision ou sa conduite en invoquant les exemptions prévues par la loi sur les droits de la personne applicable ou celles développées par la jurisprudence. S’il échoue, le tribunal conclura alors à l’existence de discrimination : *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l’Hôpital général de Montréal*, 2007 CSC 4, [2007] 1 R.C.S. 161 (« *McGill* »), par. 50; voir aussi *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360 (arrêt rendu sous le régime du code des droits de la personne de la Colombie-Britannique), par. 33. Il s’agit du deuxième volet de l’analyse.

[38] À titre d’exemple, l’art. 20 de la *Charte* précise qu’une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes requises par un emploi est réputée non discriminatoire. C’est ce qu’on appelle la « défense de l’exigence professionnelle justifiée » (« EPJ ») que l’on trouve, sous des formes variées, dans toutes les lois relatives aux droits de la personne au Canada. Dans l’affaire *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (« *Meiorin* »), par. 54, notre Cour a établi une méthode permettant de déterminer si une norme ou pratique *prima facie* discriminatoire constitue une EPJ sous le régime du code des droits de la personne de la Colombie-Britannique. Les principes de cet arrêt ont par la suite été appliqués à l’art. 20 de la *Charte* : *Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201, [2011] R.J.Q. 1253, par. 39-42; voir aussi *McGill*.

[39] In light of our conclusion on the issue of *prima facie* discrimination in the instant case, we need not dwell any further on the second step of the analysis. However, we will now discuss the first step.

(1) Elements of *Prima Facie* Discrimination

[40] Before we consider the three elements of discrimination, we believe it will be helpful to point out that under both Canadian law and Quebec law, the plaintiff is not required to prove that the defendant intended to discriminate against him or her:

To . . . hold that intent is a required element of discrimination under the Code would seem to me to place a virtually insuperable barrier in the way of a complainant seeking a remedy. It would be extremely difficult in most circumstances to prove motive, and motive would be easy to cloak in the formation of rules which, though imposing equal standards, could create . . . injustice and discrimination by the equal treatment of those who are unequal . . . [Citations omitted; *O'Malley*, at p. 549.]

(See also *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 173; *City of Montréal*, at para. 35; *Commission des droits de la personne du Québec v. Ville de Québec*, [1989] R.J.Q. 831 (C.A.), at pp. 840-41, leave to appeal refused, [1989] 2 S.C.R. vi.)

[41] Not requiring proof of intention applies logically to the recognition of various forms of discrimination, since some discriminatory conduct involves multiple factors or is unconscious.

[42] The first element of discrimination is not problematic. The plaintiff must prove the existence of differential treatment, that is, that a decision, a measure or conduct “affects [him or her] differently from others to whom it may apply”: *O'Malley*, at p. 551. This might be the case, for example, of obligations, penalties or restrictive conditions that are

[39] Compte tenu de la conclusion à laquelle nous arrivons quant à l'existence de discrimination *prima facie* en l'espèce, il n'est pas nécessaire que nous nous attardions davantage au deuxième volet de l'analyse. Nous allons cependant nous pencher maintenant sur le premier volet.

(1) Les éléments de la discrimination *prima facie*

[40] Avant d'examiner les trois éléments constitutifs de la discrimination, nous croyons utile de rappeler que, tant en droit canadien qu'en droit québécois, le demandeur n'est pas tenu de démontrer que le défendeur avait l'intention de commettre un acte discriminatoire à son endroit :

. . . conclure que l'intention constitue un élément nécessaire de la discrimination en vertu du Code serait, me semble-t-il, élever une barrière pratiquement insurmontable pour le plaignant qui demande réparation. Il serait extrêmement difficile dans la plupart des cas de prouver le mobile et il serait facile de camoufler ce mobile en formulant des règles qui, tout en imposant des normes d'égalité, créeraient [. . .] des injustices et de la discrimination en traitant également ceux qui sont inégaux . . . [Références omises; *O'Malley*, p. 549.]

(Voir aussi *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 173; *Ville de Montréal*, par. 35; *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Québec*, [1989] R.J.Q. 831 (C.A.), p. 840-841, autorisation de pourvoi refusée, [1989] 2 R.C.S. vi.)

[41] Le fait de ne pas exiger la preuve de l'intention s'applique en toute logique à la reconnaissance des différentes formes de discrimination, car certains comportements discriminatoires sont multifactoriels ou inconscients.

[42] Le premier élément constitutif de la discrimination ne présente pas de difficultés. Le demandeur doit prouver l'existence d'une différence de traitement, c'est-à-dire qu'une décision, mesure ou conduite le « touche [. . .] d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer » : *O'Malley*, p. 551. Il peut

not imposed on others: *ibid.*; see also *Andrews*, at pp. 173-74.

[43] As we will see below, the second element is central to the dispute in the instant case. The plaintiff must establish that the distinction, exclusion or preference in question is “based” on one of the grounds listed in s. 10 of the *Charter: City of Montréal*, at para. 84; *McGill*, at paras. 45 and 49-50. This element presupposes a connection between the differential treatment and a prohibited ground. Given that there is no consensus regarding the nature of this connection, it needs to be clarified.

[44] In the case at bar, the Tribunal held that it is not necessary for the prohibited ground being relied on by a plaintiff to be the sole cause of the impugned act, as that act may be explained by a variety of reasons. The Tribunal found that as long as any one of those reasons is connected with a prohibited ground, it can be concluded that discrimination within the meaning of s. 10 has occurred. As for the Court of Appeal, it required a [TRANSLATION] “causal connection” between a prohibited ground and the distinction, exclusion or preference at issue: para. 100.

[45] The Commission argues that it will suffice, in determining whether a person is liable for his or her decision or conduct, if the prohibited ground played a role in that decision or conduct. As for Bombardier, it maintains in its factum that a “causal connection” is essential to a finding of discrimination, although it acknowledges that [TRANSLATION] “[t]he courts use various expressions to refer to this indispensable requirement”: R.F., at para. 31. At the hearing, however, it agreed that “connection” is the appropriate term and that it is not essential that the connection between the prohibited ground of discrimination and the impugned decision be an exclusive one.

[46] In our opinion, the latter position must prevail.

[47] This Court has used the expression “causal connection” at least once, in *City of Montréal*: para. 84. However, it is important to consider the

s’agir, par exemple, d’obligations, de peines ou de conditions restrictives qui ne sont pas imposées aux autres : *ibid.*; voir aussi *Andrews*, p. 173-174.

[43] Comme nous le verrons plus loin, le deuxième élément est au cœur du litige en l’espèce. Le demandeur doit établir que la distinction, l’exclusion ou la préférence qu’il subit est « fondée » sur un motif énuméré à l’art. 10 de la *Charte : Ville de Montréal*, par. 84; *McGill*, par. 45 et 49-50. Cet élément suppose un lien entre la différence de traitement et un motif prohibé. La teneur de ce lien ne faisant pas l’unanimité, il convient d’en préciser la nature.

[44] En l’espèce, le Tribunal a jugé qu’il n’était pas nécessaire que le motif prohibé invoqué par un demandeur soit la seule et unique cause de l’acte reproché, puisqu’il est possible que cet acte s’explique par une multitude de raisons. Pour le Tribunal, il suffit que l’une de ces raisons se rattache à un motif prohibé pour conclure à de la discrimination au sens de l’art. 10. Pour sa part, la Cour d’appel a exigé un « lien de causalité » entre un motif prohibé et la distinction, l’exclusion ou la préférence en cause : par. 100.

[45] La Commission soutient qu’il suffit que le motif prohibé ait joué un rôle dans la décision ou la conduite reprochée pour que la responsabilité de son auteur soit engagée. Pour sa part, Bombardier a affirmé dans son mémoire qu’un « lien de causalité » était essentiel pour conclure à l’existence de discrimination, tout en reconnaissant que « [l]es tribunaux utilisent différentes expressions pour référer à cette exigence indispensable » : m.i., par. 31. Toutefois, Bombardier a convenu à l’audience que la notion de « lien » est le terme approprié et qu’il n’était pas essentiel que ce lien entre le motif prohibé de discrimination et la décision reprochée soit exclusif.

[46] Nous sommes d’avis que cette dernière position doit prévaloir.

[47] Notre Cour a utilisé l’expression « lien causal » au moins une fois, soit dans l’arrêt *Ville de Montréal* : par. 84. Il importe toutefois de replacer

context in which the expression was used. In that case, the Court noted that the employer had acknowledged the existence of a “causal connection”. But in setting out the elements of *prima facie* discrimination, the Court had required proof of only a “connection” between the prohibited ground of discrimination and the impugned decision or conduct: para. 65.

[48] In that case, this Court found, as did the Tribunal in the case at bar, that the decision or action of the person responsible for the distinction, exclusion or preference need not be based solely on the prohibited ground; it is enough if that decision or action is based in part on such a ground: *City of Montréal*, at para. 67, per L’Heureux-Dubé J., quoting with approval D. Proulx, “La discrimination fondée sur le handicap: étude comparée de la Charte québécoise” (1996), 56 *R. du B.* 317, at p. 420. In other words, for a particular decision or action to be considered discriminatory, the prohibited ground need only have contributed to it: see, *inter alia*, *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. Gaz métropolitain inc.*, 2008 QCTDP 24 (decision reversed by the Court of Appeal, but only as regards the award of punitive damages), at para. 415 (CanLII).

[49] In a recent decision concerning the *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, the Ontario Court of Appeal found that it is preferable to use the terms commonly used by the courts in dealing with discrimination, such as “connection” and “factor”: *Peel Law Assn. v. Pieters*, 2013 ONCA 396, 116 O.R. (3d) 80, at para. 59. In that court’s opinion, the use of the modifier “causal” elevates the test beyond what is required, since human rights jurisprudence focuses on the discriminatory effects of conduct rather than on the existence of an intention to discriminate or of direct causes: para. 60. We agree with the Ontario Court of Appeal’s reasoning on this point. Moreover, this Court used the term “factor” in a recent decision concerning British Columbia’s human rights code: *Moore*, at para. 33.

l’emploi de cette expression dans son contexte. Dans cette affaire, la Cour a souligné que l’employeur avait admis le « lien causal ». Toutefois, lorsqu’elle a énuméré les éléments constitutifs de la discrimination *prima facie*, la Cour a uniquement exigé la preuve d’un « lien » entre le motif prohibé de discrimination et la décision ou conduite contestée : par. 65.

[48] Tout comme le Tribunal en l’espèce, notre Cour a reconnu dans cette affaire qu’il n’est pas nécessaire que la personne responsable de la distinction, de l’exclusion ou de la préférence ait fondé sa décision ou son geste uniquement sur le motif prohibé; il est suffisant qu’elle se soit basée partiellement sur un tel motif : *Ville de Montréal*, par. 67, la juge L’Heureux-Dubé, citant avec approbation D. Proulx, « La discrimination fondée sur le handicap : étude comparée de la Charte québécoise » (1996), 56 *R. du B.* 317, p. 420. En d’autres mots, il suffit que le motif ait contribué aux décisions ou aux gestes reprochés pour que ces derniers soient considérés comme discriminatoires : voir, entre autres, *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gaz métropolitain inc.*, 2008 QCTDP 24, [2009] R.J.Q. 487 (décision infirmée en Cour d’appel seulement quant à l’ordonnance accordant des dommages-intérêts punitifs), par. 415.

[49] Dans un arrêt récent portant sur le *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c. H.19, la Cour d’appel de l’Ontario a jugé qu’il était préférable d’utiliser les termes communément employés dans la jurisprudence en matière de discrimination, par exemple [TRADUCTION] « lien » et « facteur » : *Peel Law Assn. c. Pieters*, 2013 ONCA 396, 116 O.R. (3d) 80, par. 59. Selon cette dernière, l’emploi du qualificatif « causal » a pour effet de hausser les exigences de l’analyse au-delà de ce qui est nécessaire, puisque la jurisprudence en matière de droits de la personne s’attache aux effets discriminatoires des comportements plutôt qu’à l’existence d’une intention discriminatoire ou de causes directes : par. 60. Nous souscrivons au raisonnement de la Cour d’appel de l’Ontario à cet égard. Notre Cour a d’ailleurs utilisé le terme « facteur » dans un arrêt récent portant sur le code des droits de la personne de la Colombie-Britannique : *Moore*, par. 33.

[50] It is more appropriate to use the terms “connection” and “factor” in relation to discrimination, especially since the expression “*lien causal*” has a specific meaning in the civil law of Quebec. In civil liability matters, the plaintiff must establish on a balance of probabilities that there is a causal relationship between the defendant’s fault and the injury suffered by the plaintiff: J.-C. Royer and S. Lavallée, *La preuve civile* (4th ed. 2008), at para. 158. The Quebec courts have defined this causal relationship as requiring that the damage be a logical, direct and immediate consequence of the fault. This rule therefore means that the cause must have a [TRANSLATION] “close” relationship with the injury suffered by the victim: J.-L. Baudouin, P. Deslauriers and B. Moore, *La responsabilité civile* (8th ed. 2014), at para. 1-683.

[51] A close relationship is not required in a discrimination case under the *Charter*, however. To hold otherwise would be to disregard the fact that, since there may be many different reasons for a defendant’s acts, proof of such a relationship could impose too heavy a burden on the plaintiff. Some of those reasons may, of course, provide a justification for the defendant’s acts, but the burden is on the defendant to prove this. It is therefore neither appropriate nor accurate to use the expression “causal connection” in the discrimination context.

[52] In short, as regards the second element of *prima facie* discrimination, the plaintiff has the burden of showing that there is a *connection* between a prohibited ground of discrimination and the distinction, exclusion or preference of which he or she complains or, in other words, that the ground in question was a *factor* in the distinction, exclusion or preference. Finally, it should be noted that the list of prohibited grounds in s. 10 of the *Charter* is exhaustive, unlike the one in the *Canadian Charter: City of Montréal*, at para. 69.

[53] Lastly, the plaintiff must show that the distinction, exclusion or preference affects the full and equal exercise of a right or freedom guaranteed to him or her by the *Charter*. The *Charter*, unlike the *Canadian Charter*, does not protect the right to equality *per se*; this right is protected only in the exercise

[50] Les termes « lien » ou « facteur » sont plus appropriés en matière de discrimination, d’autant plus que l’expression « lien causal » réfère à une notion précise en droit civil québécois. En effet, en matière de responsabilité civile, le demandeur doit établir, selon la prépondérance des probabilités, le « lien causal » entre la faute du défendeur et le préjudice qu’il subit : J.-C. Royer et S. Lavallée, *La preuve civile* (4^e éd. 2008), par. 158. D’après la définition qu’en donnent les tribunaux québécois, ce « lien causal » exige que le dommage soit la conséquence logique, directe et immédiate de la faute. Suivant cette règle, la cause doit donc présenter un rapport « étroit » avec le préjudice subi par la victime : J.-L. Baudouin, P. Deslauriers et B. Moore, *La responsabilité civile* (8^e éd. 2014), par. 1-683.

[51] Or, les actions en matière de discrimination fondées sur la *Charte* n’exigent pas un rapport étroit. Conclure autrement reviendrait à faire abstraction du fait que, comme les actes d’un défendeur peuvent s’expliquer par une multitude de raisons, la preuve d’un tel rapport pourrait imposer un fardeau trop exigeant au demandeur. Certaines de ces raisons peuvent bien sûr justifier les actes du défendeur, mais c’est à ce dernier qu’il appartient d’en faire la preuve. En conséquence, il n’est ni approprié ni juste d’utiliser l’expression « lien causal » en matière de discrimination.

[52] En somme, relativement au deuxième élément constitutif de la discrimination *prima facie*, le demandeur a le fardeau de démontrer qu’il existe un *lien* entre un motif prohibé de discrimination et la distinction, l’exclusion ou la préférence dont il se plaint ou, en d’autres mots, que ce motif a été un *facteur* dans la distinction, l’exclusion ou la préférence. Rappelons enfin que, contrairement à l’énumération prévue à la *Charte canadienne*, la liste des motifs prohibés figurant à l’art. 10 de la *Charte* est exhaustive : *Ville de Montréal*, par. 69.

[53] Finalement, le demandeur doit démontrer que la distinction, l’exclusion ou la préférence affecte l’exercice en pleine égalité de l’un de ses droits ou libertés garantis par la *Charte*. Ainsi, contrairement à la *Charte canadienne*, la *Charte* ne protège pas le droit à l’égalité en soi; ce droit n’est protégé que

of the other rights and freedoms guaranteed by the *Charter*: see, *inter alia*, *Ruel v. Marois*, [2001] R.J.Q. 2590 (C.A.), at para. 129; *Velk v. McGill University*, 2011 QCCA 578, at para. 42 (CanLII); see also *Ford*, at pp. 786-87.

[54] This means that the right to non-discrimination cannot serve as a basis for an application on its own and that it must necessarily be attached to another human right or freedom recognized by law. However, this requirement should not be confused with the independent scope of the right to equality; the *Charter* does not require a “double violation” (right to equality and, for example, freedom of religion), which would make s. 10 redundant: see, *inter alia*, D. Robitaille, “Non-indépendance et autonomie de la norme d’égalité québécoise: des concepts ‘fondateurs’ qui méritent d’être mieux connus” (2004), 35 *R.D.U.S.* 103.

(2) Applicable Degree of Proof

[55] As we mentioned above, an application under the *Charter* involves a two-step process that successively imposes separate burdens of proof on the plaintiff and the defendant. However, this Court has never clearly enunciated the degree of proof associated with the plaintiff’s burden. It must also be acknowledged that the use of the expressions “*prima facie* discrimination” and “*prima facie* case of discrimination” may have caused some confusion about the scope of the degree of proof.

[56] In our opinion, even though the plaintiff and the defendant have separate burdens of proof in an application under the *Charter*, and even though the proof required of the plaintiff is of a simple “connection” or “factor” rather than of a “causal connection”, he or she must nonetheless prove the three elements of discrimination on a balance of probabilities. This means that the “connection” or “factor” must be proven on a balance of probabilities.

dans l’exercice des autres droits et libertés garantis par la *Charte* : voir, entre autres, *Ruel c. Marois*, [2001] R.J.Q. 2590 (C.A.), par. 129; *Velk c. McGill University*, 2011 QCCA 578, 89 C.C.P.B. 175, par. 42; voir aussi *Ford*, p. 786-787.

[54] Cela signifie que le droit à l’absence de discrimination ne peut à lui seul fonder un recours et doit nécessairement être rattaché à un autre droit ou à une autre liberté de la personne reconnus par la loi. Il ne faut toutefois pas confondre cette exigence avec la portée autonome du droit à l’égalité; la *Charte* n’exige pas une « double violation » (droit à l’égalité et, par exemple, liberté de religion), ce qui rendrait l’art. 10 superflu : voir, entre autres, D. Robitaille, « Non-indépendance et autonomie de la norme d’égalité québécoise : des concepts “fondateurs” qui méritent d’être mieux connus » (2004), 35 *R.D.U.S.* 103.

(2) Le degré de preuve applicable

[55] Comme nous l’avons mentionné précédemment, le recours entrepris en vertu de la *Charte* comporte une démarche à deux volets qui impose successivement au demandeur et au défendeur un fardeau de preuve distinct. Notre Cour ne s’est toutefois jamais clairement exprimée sur le degré de preuve inhérent au fardeau du demandeur. Force est aussi de reconnaître que l’utilisation des expressions « discrimination *prima facie* » et « preuve *prima facie* de discrimination » ont pu entraîner une certaine confusion relativement aux contours du degré de preuve.

[56] À notre avis, bien que dans le cadre d’un recours fondé sur la *Charte*, tant le demandeur que le défendeur soit assujéti à un fardeau de preuve distinct, et que l’on exige du premier, non pas la preuve d’un « lien causal » mais plutôt d’un simple « lien » ou « facteur », il n’en demeure pas moins que le demandeur doit démontrer, par prépondérance des probabilités, l’existence des trois éléments constitutifs de la discrimination. Pour cette raison, l’existence du « lien » ou du « facteur » doit être établie par preuve prépondérante.

[57] In its factum, the Commission supports its arguments on this point by citing to passages from *O'Malley* and *Moore* that deal with *prima facie* discrimination, but the conclusions it draws from those passages about the degree of proof required of the plaintiff are ambiguous. At the hearing, the Commission defined a *prima facie* case as [TRANSLATION] “sufficient proof absent an answer that a discriminatory ground was a factor in the occurrence of the adverse effect”: transcript, at pp. 11-12. It submitted that “the *prima facie* test must be flexible and must take account of the context” and that “[t]he context therefore influences the articulation of a plaintiff’s burden and the required degree of proof”: *ibid.*, at p. 16. In the Commission’s view, “there will be a low threshold of proof for the circumstantial evidence that must be produced by the plaintiff”: *ibid.*, at p. 18. The Commission added that *prima facie* discrimination does not therefore have to be established in accordance with the standard of proof on a balance of probabilities, and that it is only where the defendant adduces evidence to the contrary — thus providing an explanation for his or her decision — that the Tribunal is required to apply that standard. In essence, the Commission’s argument is that the concept of *prima facie* discrimination lowers the required degree of proof.

[58] Bombardier counters that the proof required by the concept of a *prima facie* case of discrimination is not [TRANSLATION] “approximate” proof of discrimination, but “proof [that] in itself, where no contradiction is shown, is complete and sufficient . . . to establish, on a balance of probabilities, a connection between the decision whose basis is challenged and the prohibited . . . ground of discrimination”: transcript, at p. 89. In Bombardier’s view, the Tribunal must determine whether, having regard to the evidence as a whole, the plaintiff has established discrimination on a balance of probabilities. If the Tribunal finds that the plaintiff has done so, the defendant can still present a defence of justification, which he or she must then establish.

[59] In our opinion, Bombardier is right that the standard of proof that normally applies in the civil law, namely that of proof on a balance of probabilities, applies in this case. In a discrimination context,

[57] Au soutien de ses prétentions à ce sujet, la Commission se réfère dans son mémoire à des passages des arrêts *O'Malley* et *Moore* à l’égard du concept de discrimination *prima facie*, mais les conclusions qu’elle en tire quant au degré de preuve imposé au demandeur sont ambiguës. À l’audience, la Commission a défini la preuve *prima facie* comme étant « une preuve suffisante jusqu’à preuve du contraire d’un motif discriminatoire comme un facteur dans la manifestation de l’effet préjudiciable » : transcription, p. 11-12. La Commission soutient que « le test *prima facie* doit être flexible et tenir compte du contexte » et que « [l]e contexte a donc une influence sur l’articulation du fardeau d’un demandeur et le degré de preuve requis » : *ibid.*, p. 16. Pour la Commission, « la preuve circonstancielle que devra administrer le demandeur sera selon un seuil de preuve bas » : *ibid.*, p. 18. Toujours selon la Commission, l’existence de la discrimination *prima facie* n’a donc pas à être établie selon la norme de la prépondérance des probabilités, et c’est uniquement lorsque le défendeur soumet une preuve contraire — et ainsi explique sa décision — que le Tribunal doit se prononcer suivant cette norme. Essentiellement, la Commission plaide que la notion de discrimination *prima facie* entraîne un allègement du degré de preuve requis.

[58] De son côté, Bombardier prétend que le concept de preuve *prima facie* de discrimination ne s’entend pas d’une preuve « approximative » de discrimination. Il s’agit plutôt d’une « preuve [qui] en elle-même, en l’absence de toute contradiction établie est complète et suffisante [. . .] pour établir sur une base de prépondérance des probabilités le lien entre la décision dont on attaque le fondement et [. . .] le motif interdit de discrimination » : transcription, p. 89. Selon Bombardier, le tribunal doit évaluer si, compte tenu de l’ensemble de la preuve, le demandeur a établi, par prépondérance des probabilités, l’existence de discrimination à son égard. Si c’est le cas, le défendeur peut tout de même présenter une défense de justification, dont la preuve lui incombe.

[59] À notre avis, Bombardier a raison de soutenir que la norme de preuve fondée sur la prépondérance des probabilités habituellement requise en droit civil s’applique en l’espèce. Dans un contexte

the expression “*prima facie*” refers only to the first step of the process and does not alter the applicable degree of proof. This conclusion is inescapable in light of this Court’s past decisions.

[60] The Court made the following comment in *O’Malley*:

The complainant in proceedings before human rights tribunals must show a *prima facie* case of discrimination. A *prima facie* case in this context is one which covers the allegations made and which, if they are believed, is complete and sufficient to justify a verdict in the complainant’s favour in the absence of an answer from the respondent-employer. [Emphasis added; p. 558.]

[61] In *Meiorin*, the Court stated that, “[i]f a *prima facie* case of either form of discrimination is established, the burden shifts to the employer to justify it”: para. 19.

[62] In *City of Montréal*, which dealt with the *Charter*, the Court wrote the following, at para. 65:

... the *Charter* contemplates a two-step process ... The first step, set out in s. 10, attempts to eliminate discrimination and requires that the applicant produce *prima facie* evidence of the discrimination. At this stage, the burden on the applicant is limited to showing prejudice and its connection to a prohibited ground of discrimination.

[63] Finally, in *Moore*, a more recent case, Abella J. wrote the following for the Court:

... to demonstrate *prima facie* discrimination, complainants are required to show that they have a characteristic protected from discrimination under the *Code*; that they experienced an adverse impact with respect to the service; and that the protected characteristic was a factor in the adverse impact. Once a *prima facie* case has been established, the burden shifts to the respondent to

de discrimination, l’expression « *prima facie* » ou « à première vue » ne renvoie qu’au premier volet de la démarche à suivre et ne modifie aucunement le degré de preuve applicable. Cette conclusion est incontournable à la lumière de la jurisprudence de notre Cour.

[60] Dans l’arrêt *O’Malley*, la Cour s’est exprimée ainsi :

Dans les instances devant un tribunal des droits de la personne, le plaignant doit faire une preuve suffisante jusqu’à preuve contraire qu’il y a discrimination. Dans ce contexte, la preuve suffisante jusqu’à preuve contraire est celle qui porte sur les allégations qui ont été faites et qui, si on leur ajoute foi, est complète et suffisante pour justifier un verdict en faveur de la plaignante, en l’absence de réplique de l’employeur intimé. [Nous soulignons; p. 558.]

[61] Dans l’arrêt *Meiorin*, notre Cour a affirmé que « [l]orsqu’il y a preuve *prima facie* de l’existence d’une forme ou l’autre de discrimination, il appartient alors à l’employeur de justifier la discrimination en cause » : par. 19.

[62] Dans l’arrêt *Ville de Montréal*, une affaire portant sur la *Charte*, notre Cour a écrit ceci, au par. 65 :

... la *Charte* envisage une démarche à deux volets. La première étape, que prévoit l’art. 10, vise la suppression de la discrimination et exige du demandeur une preuve *prima facie* de celle-ci. Le fardeau qui incombe au demandeur à cette étape est limité aux éléments de préjudice et au lien avec un motif de discrimination prohibé.

[63] Enfin, dans l’arrêt plus récent *Moore*, la juge Abella, au nom de notre Cour, s’est exprimée en ces termes :

... pour établir à première vue l’existence de discrimination, les plaignants doivent démontrer qu’ils possèdent une caractéristique protégée par le *Code* contre la discrimination, qu’ils ont subi un effet préjudiciable relativement au service concerné et que la caractéristique protégée a constitué un facteur dans la manifestation de l’effet préjudiciable. Une fois la discrimination établie

justify the conduct or practice, within the framework of the exemptions available under human rights statutes. If it cannot be justified, discrimination will be found to occur. [Emphasis added; para. 33.]

(See also *McGill*, at paras. 49-50.)

[64] This brief review of the case law shows that the use of the expression “*prima facie* discrimination” can be explained quite simply on the basis of the two-step test for complaints of discrimination under the *Charter*. This expression concerns only the three elements that must be proven by the plaintiff at the first step. If no justification is established by the defendant, proof of these three elements on a balance of probabilities will be sufficient for the tribunal to find that s. 10 of the *Charter* has been violated. If, on the other hand, the defendant succeeds in justifying his or her decision or conduct, there will have been no violation, not even if *prima facie* discrimination is found to have occurred. In practical terms, this means that the defendant can either present evidence to refute the allegation of *prima facie* discrimination, put forward a defence justifying the discrimination, or do both.

[65] Thus, the use of the expression “*prima facie* discrimination” must not be regarded as a relaxation of the plaintiff’s obligation to satisfy the tribunal in accordance with the standard of proof on a balance of probabilities, which he or she must still meet. This conclusion is in fact supported by the passage from *O’Malley* quoted above, in which the Court stated that the case must be “complete and sufficient”, that is, it must correspond to the degree of proof required in the civil law. Absent an exception provided by law, there is in Quebec law only one degree of proof in civil matters, namely proof on a balance of probabilities: art. 2804 of the *Civil Code of Québec*; see also *Banque Canadienne Nationale v. Mastracchio*, [1962] S.C.R. 53, at p. 57; *Rousseau v. Bennett*, [1956] S.C.R. 89, at pp. 92-93; *Parent v. Lapointe*, [1952] 1 S.C.R. 376, at p. 380. In the instant case, neither s. 10 of the *Charter* nor the *Charter*’s other provisions create such an exception.

à première vue, l’intimé a alors le fardeau de justifier la conduite ou la pratique suivant le régime d’exemptions prévu par les lois sur les droits de la personne. Si la conduite ou pratique ne peut être justifiée, le tribunal conclura à l’existence de la discrimination. [Nous soulignons; par. 33.]

(Voir aussi *McGill*, par. 49-50.)

[64] Ce survol de la jurisprudence démontre que l’utilisation de l’expression « discrimination *prima facie* » s’explique tout simplement en raison de l’analyse à deux volets des plaintes de discrimination fondées sur la *Charte*. En effet, cette expression vise seulement les trois éléments dont la partie demanderesse doit faire la preuve dans le cadre du premier volet. En l’absence de justification établie par le défendeur, la présentation d’une preuve prépondérante à l’égard de ces trois éléments sera suffisante pour permettre au tribunal de conclure à la violation de l’art. 10 de la *Charte*. Par ailleurs, si le défendeur parvient à justifier sa décision ou sa conduite, il n’y aura pas de violation, et ce, même en présence de discrimination *prima facie*. Concrètement, cela signifie que le défendeur peut présenter soit des éléments de preuve réfutant l’allégation de discrimination *prima facie*, soit une défense justifiant la discrimination, ou les deux.

[65] En conséquence, l’utilisation de l’expression « discrimination *prima facie* » ne doit pas être assimilée à un allègement de l’obligation du demandeur de convaincre le tribunal selon la norme de la prépondérance des probabilités, laquelle continue toujours de lui incomber. Le passage de l’arrêt *O’Malley* cité plus haut appuie d’ailleurs cette conclusion. La Cour y affirme qu’il faut une preuve « complète et suffisante », soit une preuve qui correspond au degré de preuve requis en droit civil. Sauf exception prévue par la loi, il n’existe en droit québécois qu’un seul degré de preuve en matière civile, la prépondérance des probabilités : art. 2804 du *Code civil du Québec*; voir aussi *Banque Canadienne Nationale c. Mastracchio*, [1962] R.C.S. 53, p. 57; *Rousseau c. Bennett*, [1956] R.C.S. 89, p. 92-93; *Parent c. Lapointe*, [1952] 1 R.C.S. 376, p. 380. En l’espèce, ni l’art. 10 de la *Charte* ni les autres dispositions de cette loi ne créent une telle exception.

[66] At the hearing, the Commission cited s. 123 of the *Charter* in support of its argument that the degree of proof is different in a discrimination case. In our opinion, s. 123 of the *Charter* applies to an entirely different situation. It reads as follows:

The Tribunal, though bound by the general principles of justice, may admit any evidence useful and relevant to the application submitted to it and allow any means of proof.

The Tribunal is not bound by the special rules of evidence applicable in civil matters, except to the extent determined in this Part.

[67] In essence, the purpose of this section is to relax the rules governing the admissibility and presentation of evidence, not to lower the usual civil standard of proof. In practice, this means that the Tribunal may accept any means of proof — writings, presumptions, testimony, admissions or the production of real evidence. Since it is not bound by the specific rules of evidence applicable in civil matters, it could, for example, admit hearsay evidence on certain conditions. That being said, the Tribunal must nevertheless, after hearing all the evidence, be satisfied on a balance of probabilities that the plaintiff has been discriminated against before it can decide in the plaintiff's favour.

[68] This relaxation of the rules of evidence is not unique to the Tribunal or to the application of the *Charter*; it can in fact be found in the enabling legislation of other quasi-judicial tribunals. This choice can be explained by a legislative intent to favour the resolution of certain types of disputes in a more expeditious and less costly manner, and in more accessible and less formalistic forums in which plaintiffs are often not represented by counsel: see, *inter alia*, P. Garant, *Droit administratif* (6th ed. 2010), at p. 105. Subject to the principles of natural justice and to the specific rules set out in their enabling legislation, administrative tribunals therefore have full authority over their procedure and over the admission of evidence: see, *inter alia*, ss. 9 to 12 of the *Act respecting administrative justice*, CQLR, c. J-3; *Université du Québec à Trois-Rivières v. Larocque*, [1993] 1 S.C.R. 471, at p. 485.

[66] À l'audience, la Commission a invoqué l'art. 123 de la *Charte* au soutien de son argument selon lequel le degré de preuve en matière de discrimination est différent. Nous sommes d'avis que l'art. 123 de la *Charte* vise une toute autre situation. Voici le texte de cet article :

Tout en étant tenu de respecter les principes généraux de justice, le Tribunal reçoit toute preuve utile et pertinente à une demande dont il est saisi et il peut accepter tout moyen de preuve.

Il n'est pas tenu de respecter les règles particulières de la preuve en matière civile, sauf dans la mesure indiquée par la présente partie.

[67] Essentiellement, cette disposition a pour objet d'assouplir les règles d'admissibilité et d'administration de la preuve, mais non la norme de preuve habituellement exigée en matière civile. Dans les faits, cela veut dire que le Tribunal peut accepter tout moyen de preuve — écrit, présomption, témoignage, aveu ou présentation d'éléments matériels. Comme il n'est pas tenu de respecter les règles particulières de la preuve en matière civile, il pourrait, à titre d'exemple, accepter à certaines conditions une preuve par ouï-dire. Cela dit, après avoir entendu l'ensemble de la preuve, le Tribunal doit néanmoins être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, de l'existence de discrimination avant de pouvoir rendre une décision favorable au demandeur.

[68] Cet assouplissement des règles de preuve n'est pas unique au Tribunal et à l'application de la *Charte*; en effet, on le trouve dans les lois constitutives d'autres tribunaux quasi judiciaires. Ce choix s'explique par la volonté des législateurs de favoriser le règlement de certains types de litiges de façon plus expéditive et moins coûteuse, devant des juridictions plus accessibles et moins formalistes, où les demandeurs sont d'ailleurs souvent non représentés par avocat : voir, entre autres, P. Garant, *Droit administratif* (6^e éd. 2010), p. 105. Ainsi, sous réserve du respect des règles de justice naturelle et des règles particulières énoncées dans sa loi habilitante, un tribunal administratif est maître de sa procédure et de sa preuve : voir, entre autres, les art. 9 à 12 de la *Loi sur la justice administrative*, RLRQ, c. J-3; *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, [1993] 1 R.C.S. 471, p. 485.

[69] We wish to be clear that the application of a given legal test must be based on the same elements and the same degree of proof in every case. This is necessary in order to maintain the uniformity, integrity and predictability of the law. We therefore fail to see how the flexibility that the Commission says must characterize the *prima facie* discrimination test can affect the process aside from making it possible to take the circumstances of each case, and in particular the ground of discrimination being alleged, into account. Thus, although the nature of the evidence that is presented may vary from case to case, the “legal test” does not change. What can vary are the circumstances that might make it possible to meet the requirements of the various elements of the analysis, and the courts must adopt an approach that takes the context into account.

B. *Has Prima Facie Discrimination on Bombardier’s Part Been Proven?*

[70] In a recent case, *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3 (“*City of Saguenay*”), this Court confirmed that the Tribunal is an administrative tribunal and that the applicable standard of review is determined on the basis of administrative law principles, regardless of whether the review is conducted in the context of an application for judicial review or of a statutory appeal: paras. 38-44. Because the decision in that case was rendered after the hearing in the case at bar, some of the parties’ arguments have already been decided by this Court and do not require further comment here.

[71] Mr. Latif argues that, because the Court of Appeal held that the Tribunal had correctly identified the test for complaints of discrimination under the *Charter*, his appeal concerns only the application of that test to the facts of this case. In his view, the Court of Appeal erred in applying the palpable and overriding error standard to this question of mixed fact and law and in substituting its own assessment of the facts for that of the Tribunal. He submits that the standard applicable to such a question, namely reasonableness, requires greater deference to the Tribunal’s decision.

[69] Nous tenons à préciser que l’application d’une analyse juridique donnée doit dans tous les cas se faire en fonction des mêmes éléments constitutifs et du même degré de preuve. Cela est nécessaire pour préserver l’uniformité, l’intégrité et la prévisibilité du droit. Nous ne voyons donc pas comment la nécessaire flexibilité qui, selon la Commission, doit caractériser l’analyse de la discrimination *prima facie* peut influencer sur la démarche, sinon qu’elle permet de tenir compte des circonstances propres à chaque affaire, notamment du motif de discrimination invoqué. Partant, bien que la nature de la preuve présentée puisse varier d’une affaire à l’autre, l’« analyse juridique », elle, ne change pas. Ce qui peut varier, ce sont les circonstances qui pourront permettre de satisfaire aux divers éléments de l’analyse, et les tribunaux doivent adopter une approche qui tienne compte du contexte.

B. *L’existence de discrimination prima facie de la part de Bombardier a-t-elle été prouvée?*

[70] Dans le récent arrêt *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3 (« *Ville de Saguenay* »), notre Cour a confirmé que le Tribunal est un tribunal administratif assujéti à une norme de contrôle dictée par les principes du droit administratif, que ce soit lors d’une révision judiciaire ou d’un appel prévu par une loi : par. 38-44. Comme cet arrêt a été rendu après l’audition de la présente affaire, certains arguments des parties ont déjà été tranchés par notre Cour et il est inutile de s’y attarder.

[71] Par ailleurs, selon M. Latif, comme la Cour d’appel a jugé que le Tribunal avait correctement déterminé l’analyse applicable aux plaintes de discrimination fondées sur la *Charte*, son pourvoi porte uniquement sur l’application de cette analyse aux faits de l’espèce. Il prétend que la Cour d’appel a fait erreur en appliquant la norme de l’erreur manifeste et déterminante à cette question mixte de fait et de droit, et en substituant sa propre appréciation des faits à celle du Tribunal. À son avis, la norme applicable à une telle question, soit la raisonabilité, exige une plus grande déférence envers la décision du Tribunal.

[72] Bombardier contends that, where questions of fact and questions of mixed fact and law are concerned, the tests for intervention by an appellate court or a reviewing court are the same. It adds, however, that the Tribunal's decision must be set aside even if the applicable standard is reasonableness. Bombardier maintains that a decision is unreasonable if support for its conclusions cannot be found in the evidence, arguing that the decision in this case was in fact unreasonable because there was no evidence to support the Tribunal's conclusion that there was a connection between Mr. Latif's ethnic or national origin and the U.S. authorities' refusal. Bombardier also argues that the Court of Appeal did not reassess the expert evidence submitted to the Tribunal but found, rather, that there was no evidence of a causal connection.

[73] For the reasons that follow, we are of the opinion that because the Tribunal's decision was not supported by the evidence in the record, it was unreasonable and must therefore be set aside.

[74] The parties agreed that Bombardier's decision to deny Mr. Latif's request for training under his Canadian licence was based *solely* on the fact that Mr. Latif had not received a security clearance from DOJ to receive training under his U.S. licence. But the Commission had to show that Bombardier's decision was discriminatory by establishing on a balance of probabilities that there was a connection between the decision and Mr. Latif's ethnic or national origin. The Commission argues that Mr. Latif was a victim of racial profiling on the part of the U.S. authorities and that Bombardier acted as a conduit for their decision. More specifically, the Commission submits that the measures implemented by the U.S. authorities at the relevant time in order to counter and prevent terrorism directly targeted Arab or Muslim people or, more broadly, people from Muslim countries, including Pakistan. Because Mr. Latif was born in the latter country, the U.S. authorities' decision concerning him stemmed from those measures.

[75] The Tribunal accepted that syllogism and concluded that Bombardier's decision was based on Mr. Latif's ethnic or national origin.

[72] Bombardier soutient que, à l'égard des questions de fait et des questions mixtes de fait et de droit, les critères d'intervention d'une cour d'appel ou d'une cour de révision sont semblables. Elle ajoute cependant que, même sous l'angle de la raisonabilité, la décision du Tribunal doit être infirmée. Suivant Bombardier, une décision est déraisonnable si ses conclusions ne peuvent pas être étayées par la preuve. Ce serait le cas en l'espèce, vu l'absence de preuve permettant au Tribunal de conclure à l'existence d'un lien entre l'origine ethnique ou nationale de M. Latif et le refus des autorités américaines. De plus, la Cour d'appel n'aurait pas réévalué la preuve d'expert soumise au Tribunal, mais aurait plutôt conclu à l'absence de preuve du lien causal.

[73] Pour les raisons qui suivent, nous sommes d'avis que, comme la décision du Tribunal n'est pas fondée sur la preuve présentée, elle est déraisonnable et doit donc être infirmée.

[74] Les parties ont reconnu que la décision de Bombardier refusant la demande de formation de M. Latif liée à sa licence canadienne reposait *uniquement* sur le fait que ce dernier n'avait pas reçu l'approbation de sécurité du DOJ pour suivre une formation sur la base de sa licence américaine. Or, la Commission devait démontrer que la décision de Bombardier était discriminatoire, en établissant, par prépondérance de preuve, un lien entre cette décision et l'origine ethnique ou nationale de M. Latif. La Commission avance que M. Latif a été victime de profilage racial de la part des autorités américaines et que Bombardier s'est fait le relais de ces autorités. Plus précisément, la Commission soutient que les mesures mises en place par les autorités américaines à l'époque pertinente, afin de contrer et de prévenir le terrorisme, visaient directement les personnes d'origine arabe ou de confession musulmane ou, plus largement, les personnes originaires de pays musulmans tels que le Pakistan. Comme M. Latif est originaire de ce pays, la décision des autorités américaines à son égard découlerait de ces mesures.

[75] Le Tribunal a accepté un tel syllogisme et a conclu que la décision de Bombardier était basée sur l'origine ethnique ou nationale de M. Latif.

[76] Although the Court of Appeal found that the Tribunal had correctly identified the elements of discrimination, it held that the evidence in the record did not support a conclusion that the U.S. authorities' decision was based on Mr. Latif's ethnic or national origin and that Bombardier's decision was therefore discriminatory.

[77] Bombardier agrees with the Court of Appeal that the inference drawn by the Tribunal was based solely on the expert report of Ms. Bahdi that had been filed by the Commission. In Bombardier's view, because that report dealt only with the Islamophobic social context in the United States and with government programs other than the AFSP, it could not support the Tribunal's inference. In fact, according to Bombardier, the Court of Appeal set aside the Tribunal's decision for that reason alone.

[78] The Commission and Mr. Latif argue that the Tribunal's conclusion was reasonable and that it was supported by several pieces of circumstantial evidence, and not only by Ms. Bahdi's expert report.

[79] In our opinion, the Commission and Mr. Latif are wrong.

[80] Because Bombardier's decision to deny Mr. Latif's request for training was based *solely* on DOJ's refusal to issue him a security clearance, it is common ground that proof of a connection between the U.S. authorities' decision and a prohibited ground of discrimination would have satisfied the requirements of the second element of the test for *prima facie* discrimination. However, the Commission did not adduce sufficient evidence to show that Mr. Latif's ethnic or national origin played any role in DOJ's unfavourable reply to his security screening request.

[81] As for the circumstantial evidence, we do not agree with the Court of Appeal that the inference drawn by the Tribunal was based solely on Ms. Bahdi's expert report. The Tribunal based its

[76] Bien qu'elle ait jugé que le Tribunal avait correctement exposé les éléments constitutifs de la discrimination, la Cour d'appel a cependant décidé pour sa part que la preuve au dossier ne permettait pas de conclure que la décision des autorités américaines était fondée sur l'origine ethnique ou nationale de M. Latif, et donc, que la décision de Bombardier était discriminatoire.

[77] À l'instar de la Cour d'appel, Bombardier estime que l'inférence tirée par le Tribunal était basée uniquement sur le rapport d'expertise de M^{me} Bahdi déposé par la Commission. Selon Bombardier, comme ce rapport ne portait que sur le contexte social d'islamophobie régnant aux États-Unis et sur des programmes gouvernementaux autres que l'AFSP, il ne pouvait appuyer l'inférence tirée par le Tribunal. La Cour d'appel aurait d'ailleurs infirmé la décision du Tribunal pour cette seule raison.

[78] La Commission et M. Latif considèrent que la conclusion du Tribunal était raisonnable et étayée par plusieurs éléments de preuve circonstancielle, et non seulement par le rapport d'expertise de M^{me} Bahdi.

[79] Nous sommes d'avis qu'ils ont tort.

[80] Puisque Bombardier a refusé la demande de formation de M. Latif *uniquement* en raison du refus du DOJ de délivrer à ce dernier une approbation de sécurité, il est acquis au débat que la preuve d'un lien entre la décision des autorités américaines et un motif prohibé de discrimination aurait satisfait au deuxième élément de l'analyse relative à la discrimination *prima facie*. Or, la Commission n'a pas présenté une preuve suffisante pour démontrer que l'origine ethnique ou nationale de M. Latif a joué de quelque façon que ce soit dans la réponse défavorable du DOJ à l'égard de sa demande de vérification de sécurité.

[81] En ce qui concerne la preuve circonstancielle, nous ne partageons pas l'avis de la Cour d'appel selon lequel l'inférence tirée par le Tribunal était basée uniquement sur le rapport d'expertise de

finding on all the evidence in the record. In our opinion, however, that evidence was not sufficient to support an inference of a connection between Mr. Latif's ethnic or national origin and his exclusion. It follows that the Tribunal's finding of fact was clearly unreasonable.

[82] The parties do not know why DOJ refused to issue a security clearance for Mr. Latif in 2004. Indeed, the Tribunal wrote, at para. 310: [TRANSLATION] "We do not know the process, criteria or objective reasons that resulted in the refusal by the US authorities to give Mr. Latif security clearance"

[83] Surprisingly, the only direct evidence concerning the reasons for DOJ's decision comes from Mr. Latif's own testimony. According to him, he was denied a security clearance as a result of an identification error, which he says was confirmed to him by telephone by a TSA official. Bombardier argues that it was this identification error, and not Mr. Latif's ethnic or national origin, that led to the refusal by the U.S. authorities. However, the Tribunal rejected that theory, adding that even if DOJ's decision had resulted from such an error, that error had, on a balance of probabilities, been caused by discriminatory programs and racial profiling, given that the security screening process could lead to [TRANSLATION] "false positives": para. 310.

[84] It is therefore apparent that the Commission failed to satisfy the Tribunal that there was direct evidence concerning the real reason for the U.S. decision. For its conclusion that Mr. Latif had been discriminated against to be reasonable, therefore, the Tribunal had to be able to rely on circumstantial evidence. In our opinion, that evidence was insufficient in this case. Let us explain.

M^{me} Bahdi. En effet, le Tribunal a appuyé sa conclusion sur l'ensemble de la preuve produite au dossier. Toutefois, nous sommes d'avis que celle-ci était insuffisante pour lui permettre d'inférer l'existence d'un lien entre l'origine ethnique ou nationale de M. Latif et son exclusion. Il s'ensuit que la conclusion de fait du Tribunal était nettement déraisonnable.

[82] Les parties ignorent les raisons qui ont amené le DOJ à refuser de délivrer l'approbation de sécurité de M. Latif en 2004. Le Tribunal écrit d'ailleurs, au par. 310 : « Nous ne connaissons ni le processus, ni les critères, ni les raisons objectives ayant mené les autorités américaines à refuser l'approbation de sécurité de monsieur Latif . . . »

[83] Étonnamment, la seule preuve directe portant sur les motifs de la décision du DOJ provient du témoignage de M. Latif lui-même. En effet, au dire de ce dernier, l'approbation de sécurité lui a été refusée en raison d'une erreur d'identité, ce que lui aurait confirmé au téléphone une agente de la TSA. Bombardier plaide que c'est l'erreur d'identité, et non l'origine ethnique ou nationale de M. Latif, qui explique le refus des autorités américaines. Le Tribunal a toutefois rejeté cette hypothèse, ajoutant que, même si une telle erreur était à l'origine de la décision du DOJ, selon la prépondérance des probabilités elle découlait de l'application de programmes discriminatoires et de profilage racial, puisque les processus de vérification de sécurité peuvent entraîner des résultats qualifiés de « faux positifs » : par. 310.

[84] Force est donc de constater que la Commission n'a pas réussi à convaincre le Tribunal de l'existence d'une preuve directe du motif véritable de la décision américaine. Ainsi, pour être raisonnablement justifié de conclure qu'il y avait eu discrimination à l'endroit de M. Latif, le Tribunal devait pouvoir s'appuyer sur des éléments de preuve circonstancielle. À notre avis, cette preuve est insuffisante en l'espèce. Voici pourquoi.

(1) Ms. Bahdi's Expert Report

[85] The Commission's case is based in large part on the report of Ms. Bahdi, who was qualified for the purposes of this case as an expert in racial profiling, more specifically in the context of the application of anti-terrorism measures and programs related to national security in the United States after September 11, 2001. The Tribunal relied on that report to conclude, by way of presumption, that Bombardier's decision to deny Mr. Latif's training request had been based on his ethnic or national origin.

[86] Ms. Bahdi's expert report has three main parts: a description of the use of racial profiling in certain national security-related programs of U.S. authorities, a discussion of the attitudinal biases, stereotyping and general discrimination faced by Arabs and Muslims in the United States, and the author's opinion that racial profiling is ineffective for national security purposes.

[87] The Court of Appeal found that the expert report did not refer to the only program — the AFSP — at issue in this case. As well, most of the programs described in the report were terminated before 2004. At best, the report showed that, at the time, there was a social climate in which racial profiling was generalized for national security purposes as a result of the terrorist attacks on September 11, 2001, and that racial profiling was practised in certain U.S. government programs.

[88] It cannot be presumed solely on the basis of a social context of discrimination against a group that a specific decision against a member of that group is necessarily based on a prohibited ground under the *Charter*. In practice, this would amount to reversing the burden of proof in discrimination matters. Evidence of discrimination, even if it is circumstantial, must nonetheless be tangibly related to the impugned decision or conduct.

(1) Le rapport d'expertise de M^{me} Bahdi

[85] La preuve de la Commission repose en grande partie sur le rapport de M^{me} Bahdi, à qui on a reconnu, pour les besoins du présent litige, la qualité d'experte en profilage racial, plus particulièrement dans le contexte de l'application de mesures antiterroristes et de programmes américains reliés à la sécurité nationale après le 11 septembre 2001. Le Tribunal s'est basé sur ce rapport pour conclure, par voie de présomption, que la décision de Bombardier refusant la demande de formation de M. Latif était fondée sur l'origine ethnique ou nationale de ce dernier.

[86] Ce rapport d'expertise comporte trois parties principales : une description de l'utilisation du profilage racial dans certains programmes des autorités américaines relatifs à la sécurité nationale, un examen des attitudes empreintes de préjugés, des stéréotypes et de la discrimination en général dont sont la cible les Arabes et les musulmans aux États-Unis, ainsi que l'opinion de M^{me} Bahdi quant à l'inefficacité du profilage racial en matière de sécurité nationale.

[87] La Cour d'appel a conclu que ce rapport d'expertise ne traitait pas du seul programme en cause ici, l'AFSP. De plus, la plupart des programmes décrits dans ce rapport ont pris fin avant 2004. Au mieux, il démontrait l'existence à l'époque d'un climat social dans lequel le profilage racial était généralisé en matière de sécurité nationale à la suite des attentats terroristes du 11 septembre 2001, de même que l'existence de profilage racial dans certains programmes gouvernementaux américains.

[88] On ne peut présumer, du seul fait de l'existence d'un contexte social de discrimination envers un groupe, qu'une décision particulière prise à l'encontre d'un membre de ce groupe est nécessairement fondée sur un motif prohibé au sens de la *Charte*. En pratique, cela reviendrait à inverser le fardeau de preuve en matière de discrimination. En effet, même circonstancielle, une preuve de discrimination doit néanmoins présenter un rapport tangible avec la décision ou la conduite contestée.

[89] In this case, the expert evidence in question was not sufficiently related to the facts of the case to establish a connection between the decision of the U.S. authorities on which Bombardier relied and Mr. Latif's ethnic or national origin.

(2) Other Evidence

[90] The Commission argues that even without Ms. Bahdi's expert report, there were several pieces of evidence that could have led the Tribunal to find that a *prima facie* case of discrimination had been made out. The Commission submits that the Court of Appeal disregarded this circumstantial evidence and that in so doing it required "the elimination of every conceivable possibility before an inference of discrimination may be made", which is an error of law in articulating the *prima facie* burden of proof: A.F. (Commission), at para. 89, quoting *Pieters*, at para. 92.

[91] For example, the Commission argues, the fact that Mr. Latif had already received a security clearance from DOJ in 2003 shows that the subsequent refusal is attributable to his being a native of Pakistan. This argument must fail.

[92] In its correspondence with Mr. Latif in 2004, DOJ acknowledged that it had previously cleared him, but said that the information available to it had since changed. In addition, Mr. Latif's country of origin was known to DOJ in 2003, so the past clearance from DOJ sheds no light on the reasons for its subsequent refusal.

[93] Next, the Commission adds that the transfer of responsibility from DOJ to TSA, accompanied by the tightening of rules provided for in the *Vision 100 Act*, is what explains the sudden denial by the U.S. authorities of Mr. Latif's request for training on the CL604 aircraft: § 612(a). However, although the *Vision 100 Act* was passed on December 12, 2003, it provided that the tightening of rules and the transfer of responsibility would not be effective until DHS promulgated an "interim final rule": § 612(c). The promulgation of that rule did not take

[89] En l'espèce, la preuve d'expert en question n'était pas suffisamment reliée aux faits mis en cause pour établir l'existence d'un lien entre la décision des autorités américaines sur laquelle Bombardier s'est appuyée et l'origine ethnique ou nationale de M. Latif.

(2) Les autres éléments de preuve

[90] La Commission soutient que plusieurs éléments auraient pu, même sans le rapport d'expertise de M^{me} Bahdi, amener le Tribunal à conclure à l'existence d'une preuve *prima facie* de discrimination. Pour la Commission, la Cour d'appel a fait abstraction de ces éléments de preuve circonstancielle, exigeant ainsi [TRADUCTION] « l'élimination de toute possibilité imaginable avant qu'une inférence puisse être tirée », ce qui constitue une erreur de droit dans l'articulation du fardeau de preuve *prima facie* : m.a. (Commission), par. 89, citant l'arrêt *Pieters*, par. 92.

[91] Par exemple, la Commission plaide que le fait que M. Latif avait déjà reçu une approbation de sécurité du DOJ en 2003 démontre que le refus qu'on lui a opposé subséquemment est attribuable à son origine pakistanaise. Cet argument ne saurait être retenu.

[92] Dans sa correspondance avec M. Latif en 2004, le DOJ reconnaît l'avoir préalablement approuvé, mais précise que les informations à sa disposition ont depuis changé. De plus, le pays d'origine de M. Latif était connu du DOJ en 2003. L'approbation passée du DOJ n'apporte donc aucun éclairage sur les raisons qui ont entraîné son refus ultérieur.

[93] Ensuite, la Commission ajoute que le transfert de responsabilité du DOJ à la TSA, accompagné du resserrement des règles prévu par la *Vision 100 Act*, expliquerait le refus soudain des autorités américaines d'approuver la demande de formation sur l'appareil CL604 présentée par M. Latif : § 612(a). Or, bien que la *Vision 100 Act* ait été adoptée le 12 décembre 2003, elle prévoyait que ce resserrement des règles et ce transfert de responsabilité n'entreraient en vigueur qu'au moment de l'adoption du « *interim final rule* » par le DHS : § 612(c).

place until September 2004, that is, after the decision concerning Mr. Latif was made in April 2004. This means that the provisions of the *Vision 100 Act* cannot be the cause of the U.S. authorities' refusal to issue Mr. Latif's security clearance. Indeed, that refusal came from DOJ and not from TSA, and the evidence in the record concerns the correspondence between Mr. Latif and DOJ during the months following the refusal. Not until October 2004 does the evidence show a first exchange with DHS, TSA's parent organization.

[94] Furthermore, Mr. Latif points out that four of the five candidates — himself included — who were unable to train at Bombardier's centre in Montréal because of a refusal by the U.S. authorities were from Arab or Muslim countries. The Tribunal did not consider this argument in its decision. In any event, we are of the opinion that, in light of the evidence as a whole, this fact is insufficient to infer that there was a connection between Mr. Latif's ethnic or national origin and DOJ's refusal. We also note that Bombardier submitted a list of 30 candidates native to such countries — although two of them were U.S. citizens — who received clearances from DOJ or TSA.

[95] The Commission adds that Mr. Latif's spotless record is incompatible with the conclusion that he posed a threat to aviation or national security in the United States. In its view, this, combined with the rest of the evidence, shows that his ethnic or national origin was a factor in DOJ's refusal of his request.

[96] We cannot accept this argument. The refusal by the U.S. authorities was intended to protect the national security of the United States. Mr. Latif's career record up to that time was not determinative of the threat he might pose to national security any more than were the many FAA-approved training courses he had taken in the past.

[97] Finally, the Commission faults Bombardier for failing to check with the Canadian authorities

Ce règlement n'a été édicté qu'en septembre 2004, soit après la décision concernant M. Latif en avril 2004. Les dispositions de la *Vision 100 Act* ne peuvent donc expliquer le refus des autorités américaines d'approuver la vérification de sécurité à l'égard de M. Latif. Ce refus émane d'ailleurs du DOJ et non de la TSA, et la preuve produite concerne la correspondance entre M. Latif et le DOJ dans les mois suivant ce refus. Ce n'est qu'en octobre 2004 que la preuve révèle un premier échange avec le DHS, duquel relève la TSA.

[94] En outre, M. Latif avance que quatre des cinq candidats qui n'ont pu s'entraîner au centre de Bombardier à Montréal — incluant lui-même — en raison d'un refus des autorités américaines sont originaires de pays arabes ou musulmans. Le Tribunal n'a pas analysé cet argument dans son jugement. En tout état de cause, nous sommes d'avis que, considéré avec l'ensemble de la preuve, ce fait n'est pas suffisant pour inférer l'existence d'un lien entre l'origine ethnique ou nationale de M. Latif et le refus du DOJ. De surcroît, nous constatons que Bombardier a soumis une liste indiquant que 30 candidats originaires de tels pays — mais dont deux ont la citoyenneté américaine — ont reçu l'approbation du DOJ ou de la TSA.

[95] La Commission ajoute que le dossier impeccable de M. Latif est incompatible avec la conclusion selon laquelle il représentait un risque pour l'aviation et la sécurité nationale américaine. Conjugué au reste de la preuve, ce fait démontrerait que l'origine ethnique ou nationale de M. Latif a constitué un facteur dans le refus que lui a opposé le DOJ.

[96] Nous ne pouvons souscrire à cet argument. Le refus des autorités américaines avait pour but de protéger la sécurité nationale des États-Unis. Le parcours professionnel de M. Latif jusque-là n'est pas déterminant en ce qui concerne le risque qu'il pouvait poser pour la sécurité nationale, pas plus que le grand nombre de formations reconnues par la FAA qu'il a suivies par le passé.

[97] Enfin, la Commission reproche à Bombardier de n'avoir effectué aucune vérification auprès

or to ask the U.S. authorities to explain the reasons for their refusal. In this regard, it should be noted that Mr. Latif himself did not receive any explanation. In any event, even if these allegations might be of some relevance at the second step of the analysis (that of justification), it is our opinion that they do not show a connection between the prohibited ground and the exclusion of Mr. Latif, and that they are of no assistance.

(3) Conclusion

[98] In our opinion, the evidence available to the Tribunal — indeed the absence of evidence — was such that it could not reasonably hold that there was a connection between Mr. Latif’s ethnic or national origin and the decision of the U.S. authorities, and therefore Bombardier’s decision to deny Mr. Latif’s training request. As a result, it was not open to the Tribunal to conclude that Bombardier’s decision constituted *prima facie* discrimination under the *Charter*.

[99] However, we wish to make it clear that our conclusion in this case does not mean that a company can blindly comply with a discriminatory decision of a foreign authority without exposing itself to liability under the *Charter*. Our conclusion flows from the fact that there is simply no evidence in this case of a connection between a prohibited ground and the foreign decision in question.

[100] In light of our conclusion that Mr. Latif was not discriminated against, our discussion could stop here. However, we think it necessary to add a few comments about the mandatory order made by the Tribunal against Bombardier.

C. *Was the Mandatory Order Against Bombardier Justified?*

[101] The Tribunal ordered Bombardier to [TRANSLATION] “cease applying or considering the standards and decisions of the US authorities in ‘national security’ matters when dealing with applications for the training of pilots under Canadian

des autorités canadiennes ni demandé d’explication aux autorités américaines sur les raisons du refus. À cet égard, il convient de souligner que M. Latif lui-même n’a pas reçu d’explication. En tout état de cause, même si ces allégations pouvaient avoir une certaine pertinence dans le cadre du deuxième volet de l’analyse (la justification), nous sommes d’avis qu’elles ne démontrent pas l’existence d’un lien entre le motif prohibé et l’exclusion de M. Latif et qu’elles sont inutiles.

(3) Conclusion

[98] Nous sommes d’avis que, vu la preuve dont il disposait — en fait, vu l’absence de preuve — le Tribunal ne pouvait raisonnablement statuer que l’origine ethnique ou nationale de M. Latif avait un lien avec la décision des autorités américaines, et donc avec celle de Bombardier de refuser la demande de formation de M. Latif. En conséquence, le Tribunal ne pouvait conclure que la décision de Bombardier constituait de la discrimination *prima facie* visée par la *Charte*.

[99] Cependant, nous soulignons que la conclusion à laquelle nous arrivons dans la présente affaire ne signifie pas qu’une entreprise peut se faire le relais aveugle d’une décision discriminatoire émanant d’une autorité étrangère sans engager sa responsabilité au regard de la *Charte*. Notre conclusion en l’espèce découle du fait qu’il n’y a tout simplement pas de preuve d’un lien entre un motif prohibé et la décision étrangère en cause.

[100] Comme nous concluons à l’absence de discrimination, notre analyse pourrait s’arrêter ici. Toutefois, nous croyons nécessaire d’ajouter quelques remarques sur l’ordonnance mandatoire rendue par le Tribunal à l’encontre de Bombardier.

C. *L’ordonnance mandatoire prononcée contre Bombardier était-elle justifiée?*

[101] Le Tribunal a ordonné à Bombardier de « cesser d’appliquer ou de considérer les normes et décisions des autorités américaines en matière de “sécurité nationale” lors du traitement de demandes de formation de pilote sous une licence de pilote

pilot’s licences”: p. 81. The Court of Appeal held that the Tribunal has the jurisdiction to make orders to do or not to do something but that this jurisdiction is limited to measures that are necessary and reasonable for the purpose of rectifying a problematic situation. The Court of Appeal was of the opinion that no order was necessary at the time the Tribunal rendered its decision in this case, since the U.S. authorities had finally approved Mr. Latif’s request for a security clearance and Mr. Latif had received the training he wished to take. The Court of Appeal noted that [TRANSLATION] “[t]he Tribunal could not use the case as a pretext for managing the future activities of Bombardier, a private entity that is entitled to freedom of contract”: para. 152.

[102] The Commission submits that the Tribunal’s jurisdiction is subject to that of the Commission, which is required to act in the public interest, and that the *Charter* gives the Tribunal the power to make orders that transcend the case before it in order to prevent future discrimination. Bombardier counters that the order overstepped the bounds of the Tribunal’s powers under the *Charter*, because it was not limited to the scope of the dispute. In addition, it was too vague and, consequently, unlawful.

[103] We agree with the Commission about the principles it advances. In addition to the large and liberal interpretation required by the *Charter*, a careful reading of its provisions shows that the legislature intended to authorize the Commission to take measures needed to eliminate discrimination and in so doing to protect the public interest. In particular, s. 71 of the *Charter* requires that the Commission “promote and uphold, by every appropriate measure, the principles enunciated in this Charter”. As well, s. 80 provides that the Commission may apply to a tribunal “to obtain, where consistent with the public interest, any appropriate measure against the person at fault or to demand, in favour of the victim, any measure of redress it considers appropriate at that time”. This last section ensures that the orders the Tribunal can make are not limited to compensation for the prejudice suffered by the plaintiff, but can also include measures that are necessary in the public interest. However, the exercise of this power

canadienne » : p. 285. La Cour d’appel a décidé que le Tribunal a compétence pour rendre des ordonnances de faire ou de ne pas faire, mais que cette compétence se limite aux seules mesures qui sont requises et raisonnables pour redresser une situation problématique. En l’espèce, la Cour d’appel était d’avis qu’aucune ordonnance n’était nécessaire au moment où le Tribunal a rendu sa décision, puisque les autorités américaines avaient finalement approuvé la demande d’approbation de sécurité de M. Latif et que ce dernier avait obtenu la formation qu’il souhaitait suivre. La Cour d’appel a précisé que « [l]e Tribunal ne pouvait prendre prétexte du dossier pour gérer les activités futures de Bombardier, une entité privée bénéficiant du principe de la liberté contractuelle » : par. 152.

[102] La Commission soutient que la compétence du Tribunal est tributaire de celle de la Commission, qui doit agir dans l’intérêt public. La *Charte* confère selon elle au Tribunal le pouvoir de rendre des ordonnances qui dépassent le cadre d’un litige particulier et visent à prévenir la discrimination pour l’avenir. Pour sa part, Bombardier répond que l’ordonnance outrepassait les pouvoirs du Tribunal en vertu de la *Charte*, parce qu’elle débordait le cadre du litige et qu’elle était de plus trop vague et en conséquence illégale.

[103] Nous sommes d’accord avec la Commission sur les principes qu’elle invoque. Au-delà de l’interprétation large et libérale que commande la *Charte*, une lecture attentive de ses dispositions révèle la volonté du législateur de permettre à la Commission de prendre des mesures nécessaires pour éliminer la discrimination et ainsi protéger l’intérêt public. Plus particulièrement, l’art. 71 de la *Charte* précise que la Commission doit assurer « par toutes mesures appropriées, la promotion et le respect des principes contenus dans la présente Charte ». En outre, aux termes de l’art. 80, la Commission peut s’adresser à un tribunal « en vue d’obtenir, compte tenu de l’intérêt public, toute mesure appropriée contre la personne en défaut ou pour réclamer, en faveur de la victime, toute mesure de redressement qu’elle juge alors adéquate ». Cette disposition prévoit que les ordonnances que le Tribunal peut prononcer ne sont pas limitées à la réparation du préjudice subi par le demandeur, mais

must have a connection with the dispute submitted to the Tribunal, be supported by the relevant evidence and be appropriate in light of all the circumstances.

[104] This Court has stressed “the need for flexibility and imagination in the crafting of remedies for infringements of fundamental human rights”: *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 SCC 30, [2004] 1 S.C.R. 789, at para. 26; see also *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at paras. 24-25 and 94. It has also held that the enforcement of these rights under the *Charter* “can lead to the imposition of affirmative or negative obligations designed to correct or bring an end to situations that are incompatible with the . . . *Charter*”: *Communauté urbaine de Montréal*, at para. 26.

[105] In the instant case, the Court of Appeal recognized the Tribunal’s power to issue injunctions but found that this power can be exercised only in [TRANSLATION] “problematic situations”: para. 150. In the Court of Appeal’s view, the situation had been resolved at the time of the hearing before the Tribunal, given that the U.S. authorities had finally granted the security clearance sought by Mr. Latif. That does not end the discussion, however. If the Tribunal had been right to find that Mr. Latif had been discriminated against, the fact that Mr. Latif had finally received his security clearance from the U.S. authorities would not necessarily have addressed the source of the problem, insofar as the evidence had established the existence of a discriminatory organizational policy. In this sense, an order by the Tribunal might then have been necessary in the public interest in order to prevent discrimination against others.

VI. Disposition

[106] It has not been established in this case that Mr. Latif was discriminated against as a result of Bombardier’s actions.

peuvent également inclure des mesures nécessaires dans l’intérêt public. L’exercice de ce pouvoir doit toutefois se rapporter au litige soumis au Tribunal, être appuyé par la preuve pertinente et être approprié compte tenu de l’ensemble des circonstances.

[104] Notre Cour a déjà insisté sur « la nécessité de la flexibilité et de la créativité dans la conception des réparations à accorder pour les atteintes aux droits fondamentaux de la personne » : *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789, par. 26; voir aussi *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 24-25 et 94. Elle a en outre explicitement reconnu que la mise en œuvre de ces droits sous le régime de la *Charte* « peut conduire à l’imposition d’obligations de faire ou de ne pas faire, destinées à corriger ou à empêcher la perpétuation de situations incompatibles avec [celle-ci] » : *Communauté urbaine de Montréal*, par. 26.

[105] En l’espèce, la Cour d’appel a reconnu le pouvoir du Tribunal de prononcer des injonctions, mais a limité l’exercice de ce pouvoir aux seules « situations problématiques » : par. 150. Selon la cour, la situation était réglée lors de l’audience devant le Tribunal, étant donné que les autorités américaines avaient finalement accordé l’autorisation de sécurité recherchée par M. Latif. Cela ne met pas pour autant fin au débat. Si le Tribunal avait eu raison de conclure à la présence de discrimination, le fait que M. Latif avait finalement reçu l’approbation de sécurité des autorités américaines n’aurait pas nécessairement réglé le problème à la source, dans la mesure où la preuve avait démontré l’existence d’une politique organisationnelle discriminatoire. En ce sens, une ordonnance du Tribunal aurait alors pu être nécessaire, dans l’intérêt public, afin d’éviter que d’autres personnes soient victimes de discrimination.

VI. Dispositif

[106] En l’espèce, il n’a pas été établi que M. Latif a été victime de discrimination en raison des gestes de Bombardier.

[107] We would dismiss the appeals, with costs against the Commission in the Tribunal and the Court of Appeal, and against the Commission and Mr. Latif, on a solidary basis, in this Court.

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellant/respondent Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse: Boies Drapeau Bourdeau, Montréal.

Solicitors for the respondent/appellant Javed Latif: Irving Mitchell Kalichman, Westmount, Quebec.

Solicitors for the respondent Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center): Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Center for Research-Action on Race Relations: Selwyn Pieters, Toronto; Aymar Missakila, Montréal.

Solicitors for the interveners the National Council of Canadian Muslims and the Canadian Muslim Lawyers Association: Office of Khalid Elgazzar, Barrister, Ottawa.

Solicitors for the intervener the South Asian Legal Clinic of Ontario: Bennett Jones, Toronto.

[107] Nous sommes d'avis de rejeter les pourvois, avec dépens contre la Commission devant le Tribunal et la Cour d'appel, et contre la Commission et M. Latif, solidairement, devant notre Cour.

Pourvois rejetés.

Procureurs de l'appelante/intimée la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse : Boies Drapeau Bourdeau, Montréal.

Procureurs de l'intimé/appellant Javed Latif : Irving Mitchell Kalichman, Westmount, Québec.

Procureurs de l'intimée Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation) : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Centre de recherche-action sur les relations raciales : Selwyn Pieters, Toronto; Aymar Missakila, Montréal.

Procureurs des intervenants le Conseil national des musulmans canadiens et l'Association canadienne des avocats musulmans : Office of Khalid Elgazzar, Barrister, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante South Asian Legal Clinic of Ontario : Bennett Jones, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

**Andrew Simpson and
Kizzy-Ann Farrell** *Respondents*

and

City of Montréal *Intervener*

INDEXED AS: R. v. SIMPSON

2015 SCC 40

File No.: 35971.

2015: February 12; 2015: July 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Criminal law — Defences — Colour of right — Evidence — Co-accused occupying commercial space unlawfully — Trial judge entered acquittals for various breaking and entering, assault, and drug offences — Trial judge referred to evidence that, in her view, supported existence of colour of right to occupy space — Whether trial judge erred in finding air of reality to colour of right defence — If so, whether trial judge’s error in assessing this issue had material bearing on verdicts.

S and F, after having been lawfully evicted from their upstairs apartment, took up residence in the vacant commercial space on the ground floor of the same building in contravention of municipal bylaws. On February 1, 2011, the Chief Municipal Inspector, joined by three police officers as a safety measure, decided to inspect the premises. During the municipal building inspection, S and F attacked the police. They were both arrested for assault. Police searched S incident to his arrest and discovered methamphetamine and ecstasy pills. S and F were charged with breaking and entering and assaulting a police officer. In addition, S was charged with one count

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

**Andrew Simpson et
Kizzy-Ann Farrell** *Intimés*

et

Ville de Montréal *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : R. c. SIMPSON

2015 CSC 40

N° du greffe : 35971.

2015 : 12 février; 2015 : 30 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Moyens de défense — Apparence de droit — Preuve — Occupation illégale d’un espace commercial par les coaccusés — Acquittements prononcés par la juge du procès pour diverses infractions d’introduction par effraction et de voies de fait et quant à d’autres infractions relatives aux drogues — Mention par la juge du procès d’éléments de preuve qui, selon elle, étayaient l’existence d’une apparence du droit d’occuper les lieux — La juge du procès a-t-elle commis une erreur en concluant à la vraisemblance de la défense d’apparence de droit? — Si oui, l’erreur de la juge du procès a-t-elle eu une incidence significative sur les verdicts?

Après avoir été légalement évincés de leur appartement situé à l’étage d’un édifice, S et F ont élu domicile dans l’espace commercial vacant du rez-de-chaussée du même édifice en contravention de règlements municipaux. Le 1^{er} février 2011, le chef inspecteur de l’arrondissement, accompagné de trois policiers par mesure de sécurité, a décidé d’inspecter les lieux. Durant cette inspection, S et F ont attaqué deux des policiers. Ils ont tous les deux été mis en état d’arrestation pour voies de fait. Un policier a fouillé S accessoirement à son arrestation et découvert sur lui des comprimés de méthamphétamine et d’ecstasy. S et F ont été accusés d’introduction par effraction et de voies

of assault with a weapon and two counts of drug possession. On February 18, inspectors realized that S and F were again occupying the ground floor, despite an order prohibiting its use. S and F were arrested a second time, and again charged with breaking and entering. The trial judge acquitted S and F of all charges. She held that S and F's s. 8 *Charter* rights were violated and excluded all evidence of what occurred inside the commercial space. The trial judge also found that there was an air of reality to S and F's asserted colour of right defence, and that the Crown had failed to disprove it beyond a reasonable doubt. A majority of the Court of Appeal upheld the acquittals.

Held: The appeal should be allowed, the acquittals set aside, and a new trial ordered on all charges.

The term “colour of right” denotes an honest belief in a state of facts which, if true, would at law justify or excuse the act done. An accused bears the onus of showing that there is an “air of reality” to the asserted defence — i.e., whether there is some evidence upon which a trier of fact, properly instructed and acting reasonably, could be left in a state of reasonable doubt about colour of right.

Here, the trial judge's finding that there was an air of reality to the colour of right defence in relation to the February 1 breaking and entering charges was tainted by her improper reliance on certain evidence that did not, in fact, support the existence of a colour of right. In particular, the trial judge erred in relying on the landlord's acknowledgment on cross-examination that it is possible that his father, who once had control of the building, had a verbal agreement with S and F for the use of the commercial space, and had given them the keys to the space. A proposition put to a witness during cross-examination does not constitute evidence of the proposition, unless the witness adopts it as true. The landlord's inability to reject the suggestions put to him does not shed any light on whether those suggestions are true or not. His testimony cannot be used in assessing whether the asserted colour of right defence passes the air of reality threshold. The trial judge's error in factoring this evidence into the air of reality assessment might reasonably be thought to have had a material bearing on the overall colour of right

de fait contre un agent de la paix. S a aussi été accusé d'un chef d'agression armée et de deux chefs de possession de drogue. Le 18 février, des inspecteurs ont réalisé que S et F occupaient de nouveau le rez-de-chaussée, en dépit d'une ordonnance qui en interdisait l'utilisation. S et F ont été arrêtés une seconde fois et à nouveau accusés d'introduction par effraction. La juge du procès a acquitté S et F quant à tous les chefs d'accusation. Elle a conclu que les droits de S et F protégés par l'art. 8 de la *Charte* avaient été violés et a exclu tous les éléments de preuve concernant ce qui s'est produit à l'intérieur de l'espace commercial. La juge du procès a aussi conclu à la vraisemblance de la défense d'apparence de droit invoquée par S et F et jugé que le ministère public ne l'avait pas réfutée hors de tout doute raisonnable. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé les acquittements.

Arrêt : L'appel est accueilli, les acquittements sont annulés et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée quant à tous les chefs d'accusation.

Le terme « apparence de droit » désigne une croyance honnête quant à un état de fait qui, s'il avait existé, aurait en droit justifié ou excusé le geste posé. Un accusé a le fardeau de démontrer la « vraisemblance » de ce moyen de défense invoqué — c.-à-d. de démontrer qu'il existe certains éléments de preuve susceptibles de soulever un doute raisonnable quant à l'apparence de droit dans l'esprit d'un juge des faits qui a reçu des directives appropriées et qui agit raisonnablement.

En l'espèce, la conclusion de la juge du procès quant à la vraisemblance de la défense d'apparence de droit relativement aux chefs d'accusation d'introduction par effraction relatifs aux événements qui se seraient déroulés le 1^{er} février a été viciée du fait qu'elle s'est fondée, à tort, sur certains éléments de preuve qui, en fait, ne soutenaient pas la vraisemblance. Plus particulièrement, la juge du procès a commis une erreur en se fondant sur la reconnaissance par le propriétaire en contre-interrogatoire qu'il est possible que son père, qui avait déjà eu le contrôle de l'édifice, ait conclu un accord verbal avec S et F pour qu'ils utilisent l'espace commercial et leur ait remis les clés pour qu'ils y accèdent. Une affirmation faite à un témoin durant son contre-interrogatoire ne constitue pas une preuve de l'affirmation, à moins que le témoin ne la tienne pour véridique. L'incapacité du propriétaire de nier les suggestions qui lui étaient faites ne nous éclaire en rien quant à la véracité ou non de ces suggestions. Son témoignage ne peut être utilisé pour évaluer si la défense d'apparence de droit alléguée franchit le seuil de la vraisemblance.

issue, and thus on the resulting acquittals in respect of the February 1 breaking and entering charges.

With respect to F's charge of assaulting a police officer, the trial judge acquitted her on the basis of self-defence. The acquittal turns on the trial judge's finding that F honestly believed it was unlawful for the police officers to restrain S and place him under arrest for having attacked them inside the commercial space. Implicit in this finding is an additional one: that F honestly believed that she and S had a right to occupy the commercial space and, by extension, a right to repel the police. Absent a colour of right defence, there could be no basis for S and F's purported belief that they had a right to repel the police. The trial judge's error on colour of right tainted her finding that F acted in self-defence, and might reasonably be thought to have had a material bearing on F's acquittal on the assault charge.

The trial judge's error on the colour of right issue also tainted the acquittals on S's assault and drug possession charges. The basis for these acquittals was the trial judge's finding that S and F's s. 8 rights were violated, and the resulting exclusion of evidence. Section 8 of the *Charter* only confers protection against unreasonable searches and seizures to the extent that an individual establishes a reasonable expectation of privacy, on a balance of probabilities. On the facts of this case, the trial judge's error on the colour of right issue brings into doubt whether there was a subjective expectation of privacy, much less a reasonable one. To the extent that s. 8 of the *Charter* was not properly engaged, the trial judge was not in a position to exclude any evidence. Accordingly, the trial judge's error might reasonably be thought to have had a material bearing on S's acquittals for the assault and drug possession charges.

On pourrait raisonnablement penser que cette erreur de la juge du procès dans son évaluation de la vraisemblance a eu une incidence significative sur l'ensemble de la question de l'apparence de droit, et donc sur les acquittements qui en ont résulté en ce qui a trait aux chefs d'accusation d'introduction par effraction relatifs aux événements qui se seraient déroulés le 1^{er} février.

Quant au chef d'accusation de voies de fait contre un agent de la paix portée contre F, la juge du procès a acquitté cette dernière jugeant qu'elle avait agi en légitime défense. L'acquittement était tributaire de la conclusion de la juge du procès selon laquelle F croyait sincèrement qu'il était illégal que les policiers maîtrisent S et le mettent en état d'arrestation pour les avoir attaqués dans l'espace commercial. Une telle conclusion impliquait en outre que F croyait sincèrement qu'elle et S avaient le droit d'occuper l'espace commercial et, par voie de conséquence, le droit de repousser les policiers. Sans apparence de droit, la croyance présumée de S et F voulant qu'ils aient eu le droit de repousser les policiers n'avait aucun fondement. L'erreur de la juge du procès quant à l'apparence de droit a teinté sa conclusion selon laquelle F a agi en légitime défense et on peut raisonnablement penser que cette erreur a eu une incidence significative sur l'acquittement de cette dernière quant au chef de voies de fait.

L'erreur commise par la juge du procès quant à la question de l'apparence de droit a également eu une incidence sur les acquittements de S quant aux accusations de voies de fait et de possession de drogue. Ces acquittements étaient fondés sur la conclusion de la juge du procès selon laquelle les droits de S et F protégés par l'art. 8 avaient été violés et sur l'exclusion d'éléments de preuve qui en a découlé. L'article 8 de la *Charte* ne confère une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives que dans la mesure où un individu fait la preuve selon la prépondérance des probabilités d'une attente raisonnable en matière de respect de sa vie privée. Compte tenu des faits de la présente affaire, l'erreur de la juge du procès quant à la question de l'apparence de droit sème un doute relativement à l'existence d'une attente subjective de respect de la vie privée, et encore plus quant à l'existence d'une attente raisonnable. Dans la mesure où l'application de l'art. 8 de la *Charte* n'a pas été régulièrement enclenchée, la juge du procès n'était pas autorisée à exclure quelque élément de preuve que ce soit. Ainsi, on peut raisonnablement penser que l'erreur de la juge du procès a eu une incidence significative sur sa décision d'acquitter S quant aux chefs d'accusation relatifs aux voies de fait et à la possession de drogue.

Neither the trial judge nor the Court of Appeal distinguished between the first and second set of breaking and entering charges. The February 18 breaking and entering charges should have been analyzed separately from those of February 1. In light of the undisputed evidence, it is difficult to conceive that S and F had an honest belief in their right to occupy the commercial space on February 18. However, because the Crown did not request an alternate remedy, the February 18 breaking and entering charges should be sent back for a new trial along with the remaining charges.

Cases Cited

Referred to: *R. v. DeMarco* (1973), 13 C.C.C. (2d) 369; *R. v. Adgey*, [1975] 2 S.C.R. 426; *R. v. Charters*, 2007 NBCA 66, 319 N.B.R. (2d) 179; *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3; *R. v. Skedden*, 2013 ONCA 49; *R. v. Zebedee* (2006), 81 O.R. (3d) 583; *R. v. M.B.M.*, 2002 MBCA 154, 170 Man. R. (2d) 131; *R. v. Rojas*, 2008 SCC 56, [2008] 3 S.C.R. 111; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Lauda*, [1998] 2 S.C.R. 683; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 24.
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 267(a), 270(1)(a), 322, 348(1)(b), (e), 677, 693(1)(a).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Duval Hesler C.J. and Thibault and Dalfond J.J.A.), 2014 QCCA 1143, [2014] AZ-51079184, [2014] Q.J. No. 5425 (QL), 2014 CarswellQue 5384 (WL Can.), affirming the acquittals of the respondents. Appeal allowed.

Dennis Galiatsatos and Christian Jarry, for the appellant.

Andrew Simpson, on his own behalf.

Kizzy-Ann Farrell, on her own behalf.

Ni la juge du procès ni la Cour d'appel n'ont fait de distinction entre la première et la seconde série d'accusations d'introduction par effraction. Il aurait fallu analyser séparément les chefs d'accusation d'introduction par effraction relatifs aux événements qui se seraient déroulés le 18 février de ceux relatifs aux événements qui se seraient déroulés le 1^{er} du même mois. Selon la preuve non contredite, il est difficile de concevoir que S et F aient cru sincèrement qu'ils avaient le droit d'occuper l'espace commercial le 18 février. Cela dit, puisque le ministère public n'a pas demandé une autre mesure de réparation, il y a lieu de renvoyer les accusations d'introduction par effraction relatives aux événements qui se seraient déroulés le 18 février au tribunal de première instance pour qu'il en soit jugé dans le cadre d'un nouveau procès en même temps que des autres accusations.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. DeMarco* (1973), 13 C.C.C. (2d) 369; *R. c. Adgey*, [1975] 2 R.C.S. 426; *R. c. Charters*, 2007 NBCA 66, 319 R.N.-B. (2^e) 179; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3; *R. c. Skedden*, 2013 ONCA 49; *R. c. Zebedee* (2006), 81 O.R. (3d) 583; *R. c. M.B.M.*, 2002 MBCA 154, 170 Man. R. (2d) 131; *R. c. Rojas*, 2008 CSC 56, [2008] 3 R.C.S. 111; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Lauda*, [1998] 2 R.C.S. 683; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 24.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 267a), 270(1)a), 322, 348(1)b), e), 677, 693(1)a).
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (la juge en chef Duval Hesler et les juges Thibault et Dalfond), 2014 QCCA 1143, [2014] AZ-51079184, [2014] Q.J. No. 5425 (QL), 2014 CarswellQue 5384 (WL Can.), qui a confirmé les acquittements des intimés. Pourvoi accueilli.

Dennis Galiatsatos et Christian Jarry, pour l'appelante.

Andrew Simpson, en personne.

Kizzy-Ann Farrell, en personne.

Walid Hijazi, as amicus curiae.

Éric Couture, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

[1] MOLDAVER J. — This is an appeal as of right from a judgment of the Quebec Court of Appeal upholding the acquittals at trial of the respondents, Mr. Andrew Simpson and Ms. Kizzy-Ann Farrell, on various breaking and entering, assault, and drug offences. Like Thibault J.A., dissenting in the Court of Appeal, but for the more detailed reasons that follow, I would allow the appeal, set aside the acquittals, and order a new trial on all charges.

I. Facts

[2] The bulk of the charges in this case arise from a municipal building inspection carried out on February 1, 2011. The building, located in the borough of Lachine in Montréal, had two apartments upstairs and three vacant commercial units on the main floor. The owner, Marius Arcand, was elderly and in declining health. A mandate in case of incapacity was sanctioned in April 2010, giving his son, Jean-Marc Arcand, authority over the management of the property.

[3] Mr. Simpson and Ms. Farrell had a lease for an apartment on the second floor of the building. However, on November 10, 2010, an eviction order was granted against them for non-payment of rent. A month later, on December 6, Jean-Marc Arcand went to the building accompanied by a locksmith and found that the respondents had vacated the apartment. However, he believed that they had relocated to the commercial units on the ground floor.

[4] Suspecting that the respondents had taken up residence in the commercial space, Jean-Marc

Walid Hijazi, en qualité d'amicus curiae.

Éric Couture, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE MOLDAVER — Le présent pourvoi a été interjeté de plein droit contre un jugement de la Cour d'appel du Québec qui a confirmé les acquittements prononcés lors du procès des intimés, M. Andrew Simpson et M^{me} Kizzy-Ann Farrell, quant à diverses infractions d'introduction par effraction et de voies de fait, mais aussi quant à d'autres infractions relatives aux drogues. À l'instar de la juge Thibault, dissidente en Cour d'appel, mais pour les motifs plus détaillés qui suivent, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler les acquittements et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès quant à tous les chefs d'accusation.

I. Faits

[2] En l'espèce, la plupart des chefs d'accusation découlent de l'inspection d'un édifice menée par la ville le 1^{er} février 2011. Cet édifice, situé dans l'arrondissement de Lachine à Montréal, comprenait deux appartements à l'étage ainsi que trois unités commerciales vacantes au rez-de-chaussée. Le propriétaire, Marius Arcand, était âgé et sa santé déclinait. Un mandat en cas d'inaptitude avait été homologué en avril 2010, donnant à son fils, Jean-Marc Arcand, le pouvoir de gérer la propriété.

[3] M. Simpson et M^{me} Farrell ont été locataires d'un des appartements situés à l'étage de l'édifice. Le 10 novembre 2010, une ordonnance d'éviction a toutefois été prononcée contre eux pour non-paiement de loyer. Un mois plus tard, soit le 6 décembre, Jean-Marc Arcand s'est rendu sur les lieux accompagné d'un serrurier et il a constaté que les intimés avaient quitté l'appartement. Il avait cependant l'impression qu'ils s'étaient installés dans les unités commerciales situées au rez-de-chaussée.

[4] Comme il soupçonnait que les intimés avaient élu domicile dans l'espace commercial, Jean-Marc

Arcand contacted Pierre Dubois, the Chief Municipal Inspector for the borough of Lachine, to inform him of the situation. Inspector Dubois inquired about the ground floor units to determine whether they were equipped to serve as a residence. He concluded that, if the ground floor was being used as a residence, this would be in contravention of municipal bylaws. He therefore decided to inspect the premises with the permission and cooperation of Jean-Marc Arcand.

[5] The inspection took place during the day on February 1, 2011. Inspector Dubois and four junior inspectors were present. They were joined by three police officers, Sergeant Pierre Barbeau and Officers Andre Troke and Sandra Fournier. Inspector Dubois had requested the presence of the police as a safety measure, since he had previously encountered aggressive behaviour from the respondents.

[6] The doors on the ground floor of the building were locked and the windows were covered with dark sheets. Inspector Dubois knocked several times, but there was no response.

[7] A locksmith was called to open the rear door. Sergeant Barbeau and Officer Troke entered the building first to verify whether anyone was inside. They repeatedly shouted “police” so as to make their presence known.

[8] Inspector Dubois, Officer Fournier, and the junior inspectors remained outside. Shortly after Sergeant Barbeau and Officer Troke entered the building, Ms. Farrell exited through another door. She approached Inspector Dubois and instructed him to leave. The inspector stated that he had to inspect the premises and attempted to show her a copy of the relevant bylaw dealing with safety and sanitation standards for residences. Ms. Farrell refused to look at it and re-entered the building.

[9] Inside, Sergeant Barbeau and Officer Troke continued with their search of the commercial space.

Arcand a contacté Pierre Dubois, chef inspecteur de l’arrondissement de Lachine, pour l’informer de la situation. L’inspecteur Dubois s’est renseigné au sujet des unités du rez-de-chaussée afin de savoir si elles étaient équipées pour servir de résidence. Il a conclu que, si le rez-de-chaussée était utilisé comme résidence, la situation contrevenait aux règlements municipaux. Il a donc décidé d’inspecter les lieux avec la permission et la coopération de Jean-Marc Arcand.

[5] L’inspection s’est déroulée durant le jour, le 1^{er} février 2011. L’inspecteur Dubois ainsi que quatre inspecteurs plus novices étaient présents. Ils étaient accompagnés de trois policiers, le sergent Pierre Barbeau ainsi que les agents Andre Troke et Sandra Fournier. L’inspecteur Dubois avait sollicité la présence des policiers par mesure de sécurité, parce qu’il avait déjà dû faire face à une attitude agressive de la part des intimés.

[6] Les portes du rez-de-chaussée de l’édifice étaient verrouillées et les fenêtres recouvertes de tissu opaque. L’inspecteur Dubois a frappé à plusieurs reprises, sans obtenir de réponse.

[7] Un serrurier a été appelé pour déverrouiller la porte arrière. Le sergent Barbeau et l’agent Troke sont entrés les premiers dans l’édifice pour vérifier si quelqu’un s’y trouvait. Ils ont crié à plusieurs reprises « police » pour signaler leur présence.

[8] L’inspecteur Dubois, l’agente Fournier et les inspecteurs novices sont restés à l’extérieur. Peu après que le sergent Barbeau et l’agent Troke eurent pénétré dans l’édifice, M^{me} Farrell en est sortie par une porte différente de celle qu’ils avaient empruntée. Elle s’est approchée de l’inspecteur Dubois et lui a intimé de quitter les lieux. Celui-ci a affirmé qu’il devait inspecter l’édifice et a tenté de montrer à M^{me} Farrell une copie du règlement applicable relatif aux normes de sécurité et d’hygiène pour les résidences. M^{me} Farrell a toutefois refusé de regarder le document et est retournée dans l’édifice.

[9] À l’intérieur, le sergent Barbeau et l’agent Troke ont continué leur fouille de l’espace commercial.

After climbing up a set of stairs, Sergeant Barbeau pushed open a door and observed a shadow moving in front of him, which turned out to be Mr. Simpson. Mr. Simpson yelled at the officers, telling them that they had no business being there and to “get out”: A.R., vol. V, at p. 24. Sergeant Barbeau shouted back at Mr. Simpson and instructed him to “get down on the ground”: *ibid.*

[10] Within seconds, Mr. Simpson started banging on the wall of the staircase with an object. The object — what appeared to be a wooden two-by-four — broke through the wall and came within an inch of Sergeant Barbeau’s face. In response, Officer Troke shot pepper spray in Mr. Simpson’s direction.

[11] The officers then saw a nearby door open, from which Mr. Simpson exited the building. Officer Troke ran after him, and tackled him to the ground. As Mr. Simpson was resisting arrest, Sergeant Barbeau came to Officer Troke’s aid and the two officers tried to restrain him.

[12] At that point, Ms. Farrell jumped on to Sergeant Barbeau’s back and hit him on the head. He pushed her away and ordered her to back off. Ms. Farrell did not comply and charged toward him again. Sergeant Barbeau responded by giving her a blow to the neck, bringing her to the ground, and handcuffing her.

[13] The respondents were both arrested for assault. Officer Troke searched Mr. Simpson incident to his arrest and discovered 14 methamphetamine and ecstasy pills.

[14] Charges were laid against Mr. Simpson and Ms. Farrell as a result of the events of February 1. They consisted of one count each of breaking and entering and committing mischief contrary to s. 348(1)(b) and (e) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“Code”), and one count each of assaulting a police officer contrary to s. 270(1)(a) of

Après avoir monté les escaliers, le sergent Barbeau a ouvert une porte et vu une ombre bouger devant lui. Il s’est avéré qu’il s’agissait de celle de M. Simpson. Ce dernier, s’adressant aux policiers, a crié qu’ils n’avaient rien à faire là et il leur a dit [TRADUCTION] « sortez » : d.a., vol. V, p. 24. Le sergent Barbeau a répondu en criant lui aussi et a ordonné à M. Simpson de se mettre « à terre » : *ibid.*

[10] Dans les secondes qui ont suivies, M. Simpson a commencé à donner des coups sur le mur de la cage d’escalier avec un objet — semblant être une planche de « deux par quatre » — qui a traversé le mur et est passé à moins d’un pouce du visage du sergent Barbeau. L’agent Troke a réagi en aspergeant du gaz poivré en direction de M. Simpson.

[11] Les policiers ont alors vu une porte ouverte à proximité qu’a empruntée M. Simpson pour sortir de l’édifice. L’agent Troke a couru pour rattraper ce dernier, avant de le clouer au sol. Puisque M. Simpson résistait à son arrestation, le sergent Barbeau a prêté main-forte à l’agent Troke et les deux policiers ont tenté de le maîtriser.

[12] C’est alors que M^{me} Farrell a sauté sur le dos du sergent Barbeau et l’a frappé à la tête. Ce dernier l’a repoussée et lui a intimé de reculer. M^{me} Farrell n’a pas obtempéré et a de nouveau foncé sur le policier qui a réagi en la frappant au cou, et en la faisant tomber sur le sol. Ensuite, il l’a menottée.

[13] Les intimés ont tous les deux été mis en état d’arrestation pour voies de fait. L’agent Troke a fouillé M. Simpson accessoirement à son arrestation et découvert sur lui 14 comprimés de méthamphétamine et d’ecstasy.

[14] Par suite des événements du 1^{er} février 2011, des accusations ont été portées tant contre M. Simpson que contre M^{me} Farrell, soit un chef chacun d’introduction par effraction et d’avoir commis un méfait — infraction décrite aux al. 348(1)(b) et (e) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (« Code ») — et un chef chacun de voies de fait contre un agent

the *Code*. In addition, Mr. Simpson was charged with one count of assault with a weapon contrary to s. 267(a) of the *Code* and two counts of drug possession under the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19.

[15] On February 9, 2011, Inspector Dubois issued an order prohibiting the use of the ground floor of the building because it was dangerous and unsanitary. Non-occupation notices were plastered on every door, clearly indicating the prohibition.

[16] On February 18, inspectors realized that the notices had been removed from the building and that the respondents were again occupying the ground floor. They informed Inspector Dubois, who immediately contacted the police. The respondents were arrested a second time. On this occasion, they were charged with one count each of breaking and entering and committing mischief contrary to s. 348(1)(b) and (e) of the *Code*.

II. Judgments Below

A. *Court of Quebec (Ouimet J.; Oral Reasons for Judgment)*

[17] The respondents dismissed their lawyers after the first day of trial and were self-represented thereafter. Crown counsel called evidence and the respondents chose not to testify. However, they brought various motions alleging abuses by the City, the police, the prosecution, and their former landlord, which the trial judge interpreted as motions under ss. 7, 8, and 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[18] The trial judge gave oral reasons for judgment. After laying out the relevant facts, she addressed the s. 8 *Charter* motion in relation to the events of February 1. She concluded that the police officers' forced entry into the commercial space

de la paix, infraction décrite à l'al. 270(1)a) du *Code*. En outre, M. Simpson a été accusé d'un chef d'agression armée — infraction décrite à l'al. 267a) du *Code* — et de deux chefs de possession de drogue en application de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19.

[15] Le 9 février 2011, l'inspecteur Dubois a rendu une ordonnance interdisant l'utilisation du rez-de-chaussée de l'édifice parce qu'il était dangereux et insalubre. Des avis de non-utilisation ont été placardés sur chaque porte, indiquant de ce fait clairement l'interdiction.

[16] Le 18 février, les inspecteurs ont réalisé que les avis avaient été retirés de l'édifice et que les intimés occupaient de nouveau le rez-de-chaussée. Ils ont informé l'inspecteur Dubois de la situation et ce dernier a immédiatement communiqué avec la police. Les intimés ont été arrêtés une seconde fois puis, à cette occasion, ont été accusés chacun d'un chef d'introduction par effraction et de méfait — infraction visée par les al. 348(1)b) et e) du *Code*.

II. Jugements des instances inférieures

A. *Cour du Québec (la juge Ouimet; motifs de jugement prononcés à l'audience)*

[17] Les intimés ont révoqué le mandat de leurs avocats après le premier jour de procès et ils n'ont plus été représentés par la suite. L'avocat du ministère public a présenté des éléments de preuve; les intimés ont choisi pour leur part de ne pas témoigner. Ils ont toutefois présenté diverses requêtes alléguant que la ville, les policiers, la poursuite et leur ancien propriétaire avaient agi de manière abusive, des requêtes que la juge du procès a estimé être du type de celles présentées en application des art. 7, 8 et 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[18] La juge du procès a prononcé les motifs de son jugement à l'audience. Après avoir exposé les faits pertinents, elle a traité de la requête présentée en application de l'art. 8 de la *Charte* relativement aux événements survenus le 1^{er} février. Elle a

constituted a violation of the respondents' right to be free from unreasonable search or seizure.

[19] Applying s. 24(2) of the *Charter*, the trial judge held that this "is certainly a case for me to exclude the evidence that was obtained following the violation": A.R., vol. I, at p. 14. Specifically, she excluded "all that was seen by the police officers after their entering the place", including the fact that Mr. Simpson had attacked Sergeant Barbeau: *ibid*. She further excluded the drugs that were found on Mr. Simpson after he was arrested. Accordingly, she acquitted him on the drug possession counts as well as the charges of assault with a weapon and assault of a police officer.

[20] On Ms. Farrell's charge of assaulting a police officer, the trial judge found that Ms. Farrell had reacted to protect Mr. Simpson from being unlawfully assaulted by the police. This was sufficient, in her view, to raise a reasonable doubt that Ms. Farrell was acting in lawful self-defence when she hit Sergeant Barbeau. Accordingly, she acquitted Ms. Farrell on this charge.

[21] With respect to the breaking and entering counts, the trial judge's analysis is, at best, unclear. For one thing, she did not distinguish between the breaking and entering charges stemming from the February 1 arrest and those stemming from the subsequent arrest on February 18. Rather, she appears to have assumed that the same analysis was applicable to both dates, even though the circumstances surrounding the February 1 and February 18 offences were markedly different.

[22] The trial judge's analysis is also remarkably short. She simply identified two pieces of evidence, which I will address in due course, suggesting that the respondents "reasonably thought" that they had a right to be in the commercial space: A.R., vol. I,

conclu que l'entrée par la force des policiers dans l'espace commercial avait constitué une violation du droit des intimés d'être à l'abri des fouilles, des perquisitions ou des saisies abusives.

[19] Appliquant ensuite le par. 24(2) de la *Charte*, la juge du procès a conclu qu'il [TRADUCTION] « s'agit assurément d'un cas où je dois écarter les éléments de preuve qui ont été obtenus par suite de l'atteinte aux droits des intimés » : d.a., vol. I, p. 14. Plus précisément, elle a écarté « tout ce qui a été vu par les policiers après qu'ils soient entrés sur les lieux », y compris le fait que M. Simpson avait attaqué le sergent Barbeau : *ibid*. Elle a en outre écarté la drogue qui a été trouvée sur M. Simpson après son arrestation. Elle a donc acquitté ce dernier quant aux chefs de possession de drogue de même que quant à ceux de voies de fait armées et de voies de fait contre un agent de la paix.

[20] Quant au chef de voies de fait contre un agent de la paix porté contre M^{me} Farrell, la juge du procès a conclu que cette dernière avait réagi pour protéger M. Simpson d'avoir été illégalement agressé par les policiers. Cela suffisait, selon elle, pour soulever un doute raisonnable quant à savoir si M^{me} Farrell avait agi en légitime défense lorsqu'elle a frappé le sergent Barbeau. En conséquence, elle a acquitté M^{me} Farrell quant à ce chef d'accusation.

[21] Au sujet des chefs d'introduction par effraction, l'analyse de la juge du procès est, au mieux, obscure. Tout d'abord, elle n'a pas fait de distinction entre les chefs d'introduction par effraction découlant de l'arrestation menée le 1^{er} février et ceux découlant de l'arrestation subséquente menée le 18 février. Elle semble plutôt avoir tenu pour acquis que la même analyse était applicable aux deux événements, même si les circonstances entourant les infractions présumément commises à ces deux dates étaient très différentes.

[22] La juge du procès a par ailleurs procédé à une analyse remarquablement courte. Elle a tout simplement relevé deux éléments de preuve, dont je parlerai en temps et lieu, qui suggèrent que les intimés [TRADUCTION] « croyaient raisonnablement »

at p. 18. Given that they had at least “an appearance of right”, she acquitted them on the breaking and entering charges for both February 1 and February 18.

B. *Quebec Court of Appeal (Duval Hesler C.J. and Dalphond J.A.; Thibault J.A., Dissenting)*

[23] The Court of Appeal’s reasons are exceedingly brief. They are set out in full below:

It was the Crown’s burden to establish beyond a reasonable doubt that the Respondents had no colour of right to occupy the premises. The trial judge concluded that it had failed to do so. In the opinion of the majority, the Appellant fails to demonstrate any reviewable error in the verdicts of acquittal on all charges and the appeal must be dismissed.

For her part, Justice Thibault, in dissent, would have allowed the appeal and ordered a new trial, on the basis that the absence of a right of occupation had been demonstrated beyond a reasonable doubt and that the inspector’s visit accompanied by policemen was legal ([*Chobotar*] c. *Ville de Laval*, [2004] J.Q. 149).

(2014 QCCA 1143, at paras. 1-2 (CanLII))

III. Issues on Appeal

[24] This appeal comes to us as of right as a result of the dissent of Thibault J.A. The respondents appeared in person. Mr. Walid Hijazi was appointed *amicus curiae* to assist the Court, and we are grateful to him for his assistance.

[25] In considering and addressing the issues in this appeal, unfortunately this Court does not have the benefit of more fulsome reasons from either the majority or the dissent in the Court of Appeal. More complete reasons would, of course, have been useful, particularly here, where the matter comes to us as of right. Section 677 of the *Code* provides that, where an appellate judge dissents from the

avoir le droit de se trouver dans l’espace commercial : d.a., vol. I, p. 18. Puisqu’ils avaient à tout le moins « une apparence de droit », elle les a acquittés quant aux chefs d’introduction par effraction relatifs aux événements qui se seraient déroulés tant le 1^{er} février que le 18 du même mois.

B. *Cour d’appel du Québec (la juge en chef Duval Hesler et le juge Dalphond; la juge Thibault, dissidente)*

[23] Les motifs de la Cour d’appel sont extrêmement courts. En voici le libellé complet :

[TRADUCTION] Il incombait au ministère public d’établir hors de tout doute raisonnable que les intimés n’avaient pas l’apparence du droit d’occuper les lieux. La juge du procès a conclu qu’il avait failli à la tâche. Selon les juges majoritaires, l’appelante n’a pas fait la preuve de l’existence d’une erreur susceptible de révision en ce qui a trait aux verdicts d’acquiescement quant à tous les chefs d’accusation et l’appel doit être rejeté.

Pour sa part, la juge Thibault, dissidente, est d’avis d’accueillir l’appel et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès puisque, selon elle, l’absence d’un droit d’occuper les lieux avait été démontrée hors de tout doute raisonnable et que la visite de l’inspecteur en compagnie des policiers était légale ([*Chobotar*] c. *Ville de Laval*, [2004] J.Q. 149).

(2014 QCCA 1143, par. 1-2 (CanLII))

III. Questions en litige

[24] Le présent appel a été interjeté de plein droit vu la dissidence de la juge Thibault. Les intimés ont comparu en personne. M^e Walid Hijazi a été nommé *amicus curiae* pour aider la Cour et nous lui sommes reconnaissants d’avoir assumé ce rôle.

[25] Pour examiner les questions en litige dans le présent appel et pour en traiter, la Cour ne dispose malheureusement pas de motifs de jugement plus détaillés ni de la part des juges majoritaires ni de celle de la juge dissidente en Cour d’appel. Manifestement, des motifs plus complets auraient été utiles, particulièrement dans un cas comme celui de la présente espèce où le litige est présenté à la

judgment of the court, he or she “shall specify any grounds in law on which the dissent, in whole or in part, is based”. This Court is greatly assisted when the dissenting judge clearly and explicitly specifies these grounds in law and provides sufficient reasons explaining the basis of the dissent. Reasons explaining the position of the majority are equally helpful. In this case, the brevity of the judgment below has left us with the task of having to deduce the precise questions of law that are properly before us, as well as having to infer the reasons in support of the dissent.

[26] Pursuant to s. 693(1)(a) of the *Code*, the Crown’s right of appeal is limited to the questions of law on which Thibault J.A. dissented. Here, it would appear that she disagreed with the majority on two points. First, she concluded that “the absence of a right of occupation had been demonstrated beyond a reasonable doubt”. Second, she held that “the inspector’s visit accompanied by policemen was legal”. Accordingly, she would have allowed the appeal and ordered a new trial on all charges.

[27] While there may be some ambiguity as to the precise question of law that arises from Thibault J.A.’s first point, the Crown submits that she was referring to the colour of right defence — in particular, whether that defence had a sufficient evidential foundation in the record to pass the air of reality test. Neither the respondents nor the *amicus curiae* contested this framing of the issue. Having considered the matter, I am satisfied that the first question of law properly before this Court is whether there was an air of reality to the colour of right defence and whether the trial judge’s error or errors (if any) in assessing this issue had a material bearing on the verdicts such that a new trial should be ordered.

Cour de plein droit. L’article 677 du *Code* prévoit que le juge d’une cour d’appel qui exprime une opinion opposée au jugement du tribunal « énonce, le cas échéant, les motifs de toute dissidence fondée en tout ou en partie sur une question de droit ». Lorsqu’il précise clairement et explicitement ses motifs en droit et qu’il les motive suffisamment afin d’expliquer le fondement de sa dissidence, il aide énormément la Cour. Les motifs qui expliquent la position des juges majoritaires sont tout aussi utiles. En l’espèce, la brièveté du jugement d’instance inférieure nous a obligés à déduire les questions de droit précises qui nous ont été soumises régulièrement ainsi que les motifs sur lesquels était fondée la dissidence.

[26] Suivant l’al. 693(1)a) du *Code*, le droit d’interjeter appel conféré au ministère public se limite aux questions de droit quant auxquelles la juge Thibault a exprimé une dissidence. En l’espèce, il semblerait qu’elle n’était pas d’accord avec les juges majoritaires à deux égards. Tout d’abord, elle a conclu que [TRADUCTION] « l’absence d’un droit d’occuper les lieux avait été démontrée hors de tout doute raisonnable ». Ensuite, elle a affirmé que « la visite de l’inspecteur en compagnie des policiers était légale ». Elle aurait donc accueilli l’appel et ordonné la tenue d’un nouveau procès pour tous les chefs d’accusation.

[27] S’il est vrai qu’il peut exister une certaine ambiguïté quant à la question de droit précise que soulève le premier élément de la dissidence de la juge Thibault, le ministère public fait valoir qu’elle faisait référence à la défense d’apparence de droit — soit, plus particulièrement, à la question de savoir si ce moyen de défense avait un fondement probant suffisant pour satisfaire au test de la vraisemblance. Ni les intimés ni l’*amicus curiae* n’ont contesté cette interprétation de la question. Après avoir examiné la question, je suis convaincu que la première question dont la Cour est régulièrement saisie est celle de la vraisemblance de la défense d’apparence de droit et de savoir si l’erreur (ou les erreurs), le cas échéant, commise par la juge du procès dans son examen de cette question a eu une incidence significative telle sur les verdicts qu’elle justifie d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

[28] Justice Thibault's second point of disagreement relates to the lawfulness of the entry into the commercial space by the inspector and police officers. This is a question of law that is also properly before the Court. However, in view of my conclusion on the colour of right issue, I believe this matter is best left for the trial judge conducting the new trial, should the Crown choose to proceed again.

IV. Analysis

A. *Colour of Right Defence Relating to the February 1 Breaking and Entering Charges*

[29] The trial judge found that there was an air of reality to the respondents' colour of right defence, and that the Crown had failed to disprove it. Accordingly, she acquitted Mr. Simpson and Ms. Farrell on the breaking and entering charges stemming from the initial arrest on February 1. A majority of the Court of Appeal saw no basis for interfering with the trial judge's finding that the Crown had failed to disprove the colour of right defence. Thibault J.A. disagreed.

[30] As I will explain, the trial judge's finding that there was an air of reality to the colour of right defence is tainted by her improper reliance on certain evidence that did not, in fact, support the existence of a colour of right. In the absence of that evidence, it is uncertain whether she would have come to the same conclusion. It follows that I respectfully disagree with the majority of the Court of Appeal's conclusion that there was no reviewable error in the trial judge's colour of right analysis. While Thibault J.A. did not provide any detailed explanations, I agree with her implicit conclusion that the trial judge erred in her assessment as to whether there was an air of reality to the colour of

[28] Le second élément soulevé par la juge Thibault dans sa dissidence concerne la légalité de l'entrée dans l'espace commercial par l'inspecteur et les policiers. Il s'agit d'une question de droit dont la Cour est aussi régulièrement saisie. Cela dit, compte tenu de mes conclusions quant à la question relative à l'apparence de droit, j'estime qu'il est préférable que cette seconde question soit tranchée par le juge qui présidera le nouveau procès, si le ministère public choisissait de reprendre le processus.

IV. Analyse

A. *Défense d'apparence de droit quant aux chefs d'accusation d'introduction par effraction relatifs aux événements qui se seraient déroulés le 1^{er} février*

[29] La juge du procès a conclu à la vraisemblance de la défense d'apparence de droit invoquée par les intimés et jugé que le ministère public ne l'avait pas réfutée. Elle a donc acquitté M. Simpson et M^{me} Farrell quant aux chefs d'introduction par effraction découlant de la première arrestation survenue le 1^{er} février. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont estimé que rien ne justifiait d'interférer avec la conclusion de la juge du procès selon laquelle le ministère public avait échoué à réfuter la défense d'apparence de droit. La juge Thibault n'était pas de cet avis.

[30] Comme je vais l'expliquer, la conclusion de la juge du procès quant à la vraisemblance de la défense d'apparence de droit est viciée du fait que cette dernière s'est fondée, à tort, sur certains éléments de preuve qui, en fait, ne soutenaient pas la vraisemblance. En l'absence de ces éléments de preuve, il n'est pas certain que la juge du procès aurait conclu à l'existence d'une preuve pour étayer le moyen de défense. Il en découle que, soit dit en tout respect, je ne suis pas d'accord avec la conclusion des juges majoritaires de la Cour d'appel pour dire que l'analyse de la défense d'apparence de droit faite par la juge du procès n'était pas entachée d'une erreur susceptible de contrôle judiciaire. S'il est vrai que

right defence, and that this error tainted her findings with respect to all of the charges.

[31] The colour of right defence is most commonly invoked in relation to the offence of theft under s. 322 of the *Code*, which prohibits the taking of an object or its conversion “fraudulently and without colour of right”. In *R. v. DeMarco* (1973), 13 C.C.C. (2d) 369 (Ont. C.A.), at p. 372, Martin J.A. described the term “colour of right” in that section as follows:

The term “colour of right” generally, although not exclusively, refers to a situation where there is an assertion of a proprietary or possessory right to the thing which is the subject-matter of the alleged theft. One who is honestly asserting what he believes to be an honest claim cannot be said to act “without colour of right”, even though it may be unfounded in law or in fact The term “colour of right” is also used to denote an honest belief in a state of facts which, if it actually existed would at law justify or excuse the act done The term when used in the latter sense is merely a particular application of the doctrine of mistake of fact. [Citations omitted.]

The colour of right defence would also appear to apply to other property-related offences, including breaking and entering: *R. v. Adgey*, [1975] 2 S.C.R. 426, at pp. 432-33; *R. v. Charters*, 2007 NBCA 66, 319 N.B.R. (2d) 179, at para. 12.

[32] To put the defence of colour of right into play, an accused bears the onus of showing that there is an “air of reality” to the asserted defence — i.e., whether there is some evidence upon which a trier of fact, properly instructed and acting reasonably, could be left in a state of reasonable doubt about colour of right: *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at paras. 49-53 and 83. Once this hurdle is met, the burden falls on the Crown to disprove the defence beyond a reasonable doubt. Applying these

la juge Thibault n’a pas donné d’explications détaillées, je suis d’accord avec sa conclusion implicite selon laquelle la juge du procès a commis une erreur lorsqu’elle a analysé la question de la vraisemblance de la défense d’apparence de droit et que cette erreur a entaché ses conclusions quant à tous les chefs d’accusation.

[31] La défense d’apparence de droit est le plus souvent invoquée quant à l’infraction de vol décrite à l’art. 322 du *Code* qui interdit de prendre un objet ou de le détourner « frauduleusement et sans apparence de droit ». Dans *R. c. DeMarco* (1973), 13 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.), p. 372, le juge Martin a décrit comme suit le terme « apparence de droit » qui figure dans cette disposition :

[TRADUCTION] Même s’il peut viser autre chose, le terme « apparence de droit », réfère habituellement à une situation où un droit de propriété ou de possession est revendiqué quant à l’objet du vol présumé. On ne peut prétendre de celui qui affirme en toute honnêteté une chose qu’il croit être une revendication légitime qu’il agit sans « apparence de droit », même si cela peut n’être fondé ni en droit ni en fait [. . .] Le terme « apparence de droit » sert aussi à désigner une croyance honnête quant à un état de fait qui, s’il avait effectivement existé, aurait en droit justifié ou excusé le geste posé [. . .] Lorsqu’il est utilisé dans ce dernier sens, le terme n’est que l’application de la doctrine de l’erreur de fait. [Références omises.]

La défense d’apparence de droit semble également s’appliquer à d’autres infractions relatives à des biens immobiliers, dont celle d’introduction par effraction : *R. c. Adgey*, [1975] 2 R.C.S. 426, p. 432-433; *R. c. Charters*, 2007 NBCA 66, 319 R.N.-B. (2^e) 179, par. 12.

[32] Pour qu’il puisse déclencher l’application de la défense d’apparence de droit, un accusé a le fardeau de démontrer la « vraisemblance » de ce moyen de défense invoqué — c.-à-d. de démontrer qu’il existe certains éléments de preuve susceptibles de soulever un doute raisonnable quant à l’apparence de droit dans l’esprit d’un juge des faits qui a reçu des directives appropriées et qui agit raisonnablement : *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 49-53 et 83. Une fois cet obstacle

principles here, the respondents bore the burden of pointing to some evidence upon which a trier of fact could be left in a state of reasonable doubt about the respondents' asserted claim of a colour of right to occupy the commercial space.

[33] The respondents did not testify at trial. Therefore, the record does not contain any direct evidence of their subjective belief. That said, the trial judge referred to two pieces of evidence that, in her view, supported the existence of a colour of right. The first is Jean-Marc Arcand's acknowledgment on cross-examination that it is possible that his father, Marius, had a verbal agreement with the respondents for the use of the commercial space, and that it is possible that Marius had given them the keys to the space. The second piece of evidence is a small claims court application filed by the respondents on January 14, 2011, against Jean-Marc and Marius Arcand, alleging that they had been "lur[ed] into an agreement of business . . . under false pretenses": A.R., vol. XI, at p. 21. Although the precise nature of the allegations is difficult to discern, certain statements in the application imply that there might have been a lease agreement with the respondents for the commercial space.

[34] Before this Court, the *amicus curiae* put forward a third piece of evidence arising from Sergeant Barbeau's testimony, specifically, a mention in the sergeant's notes of the possible existence of a lease entered into by the respondents for the commercial premises. The trial judge did not consider this evidence on the issue of colour of right, nor does it seem she was asked to. Whatever the case, there is nothing to suggest that the respondents were aware of or relied on these notes as of February 1 or February 18, and, as evidence of the truth of their contents, they were classic hearsay and inadmissible for that purpose. As such, they do not assist the respondents.

franchi, il revient au ministère public de réfuter le moyen de défense hors de tout doute raisonnable. Si on applique ces principes à la présente espèce, les intimés avaient donc le fardeau de présenter des éléments de preuve qui pouvaient soulever un doute raisonnable dans l'esprit de la juge des faits quant à leur prétention selon laquelle ils avaient une apparence de droit d'occuper l'espace commercial.

[33] Les intimés n'ont pas témoigné lors du procès. Le dossier ne contient donc aucun élément de preuve directe faisant état de leur croyance subjective. Cela étant dit, la juge du procès a mentionné deux éléments de preuve qui, à son avis, étayaient l'existence d'une apparence de droit. La reconnaissance par Jean-Marc Arcand en contre-interrogatoire qu'il est possible que son père, Marius, ait conclu un accord verbal avec les intimés pour qu'ils utilisent l'espace commercial et qu'il leur ait donné les clés pour y accéder constitue le premier de ces deux éléments de preuve. Le deuxième est une demande à la Cour des petites créances déposée par les intimés le 14 janvier 2011 contre Jean-Marc et Marius Arcand dans laquelle ils ont allégué qu'ils avaient été [TRANSDUCTION] « incit[és] à conclure un accord commercial [. . .] sous de faux prétextes » : d.a., vol. XI, p. 21. Bien que la nature précise des allégations est difficile à cerner, certaines affirmations dans la demande sous-entendent qu'un bail a pu être conclu avec les intimés pour l'espace commercial.

[34] Devant la Cour, l'*amicus curiae* a présenté un troisième élément de preuve tiré du témoignage du sergent Barbeau soit, plus précisément, une mention dans les notes de ce dernier quant à l'existence possible d'un bail conclu par les intimés relativement aux espaces commerciaux. La juge du procès n'a pas tenu compte de cet élément de preuve dans le contexte de son examen de la question de l'apparence de droit; il ne semble pas non plus qu'il lui a été demandé de le faire. Quoi qu'il en soit, rien ne suggère que les intimés connaissaient l'existence de ces notes en date des 1^{er} et 18 février 2011 ou qu'ils se sont alors fondés sur elles. En outre, en tant que preuve de la véracité de leur contenu, ces notes constituaient un cas classique de oui-dire et elles étaient donc inadmissibles pour cette raison. Cet élément de preuve n'aide donc en rien la cause des intimés.

[35] I now turn to the two pieces of evidence upon which the trial judge relied in assessing the defence of colour of right.

(1) Jean-Marc Arcand's Testimony

[36] During cross-examination, on at least two occasions, the trial judge intervened and asked Jean-Marc Arcand whether it was “possible” that his father had entered into a verbal agreement with the respondents regarding the commercial space. The trial judge further inquired into whether it was “possible” that Marius Arcand had given the respondents keys to the space during the summer of 2010. Jean-Marc Arcand acknowledged that it was possible that an agreement was concluded by his father and that keys were handed over to the respondents. However, at no point in his testimony did he accept that these events had actually occurred. He was simply unable to reject the suggestions put to him, since Marius's interactions with Mr. Simpson and Ms. Farrell were not within his personal knowledge.

[37] The trial judge relied on Jean-Marc Arcand's answers as evidence of a colour of right. With respect, she erred in doing so. As the Crown rightly observes, a proposition put to a witness during cross-examination does not constitute evidence of the proposition, unless the witness adopts it as true: see *R. v. Skedden*, 2013 ONCA 49, at para. 12; *R. v. Zebedee* (2006), 81 O.R. (3d) 583 (C.A.), at para. 114; *R. v. M.B.M.*, 2002 MBCA 154, 170 Man. R. (2d) 131, at paras. 25-27. This rule applies even where the proposition was put to the witness by the trial judge.

[38] Jean-Marc Arcand's inability to reject the suggestions put to him does not shed any light on whether those suggestions are true or not. Without more, all that his answers convey is that he was not personally aware of the specific interactions, if any, that his father may have had with the respondents. To rely on his answers as evidence of something further — for example, that the respondents may have

[35] Je vais maintenant me pencher sur les deux éléments de preuve sur lesquels s'est fondée la juge du procès lors de son examen de la défense d'apparence de droit.

(1) Le témoignage de Jean-Marc Arcand

[36] Durant le contre-interrogatoire, à au moins deux occasions, la juge du procès est intervenue et a demandé à Jean-Marc Arcand s'il était « possible » que son père ait conclu un accord verbal avec les intimés relativement à l'espace commercial. La juge du procès a en outre demandé s'il était « possible » que Marius Arcand ait donné les clés des locaux en question aux intimés durant l'été 2010. Jean-Marc Arcand a reconnu qu'il était possible qu'un accord ait été conclu par son père et que les clés aient été remises aux intimés. Cependant, à aucun moment durant son témoignage, n'a-t-il admis que ces événements étaient bel et bien survenus. Il était tout simplement incapable de nier les suggestions qui lui étaient faites, puisqu'il n'était pas au courant des interactions entre son père et les intimés, M. Simpson et M^{me} Farrell.

[37] La juge du procès s'est fondée sur les réponses de Jean-Marc Arcand pour conclure à l'existence d'une preuve d'apparence de droit. Soit dit en tout respect, ce faisant, elle a commis une erreur. Comme le ministère public l'a fait remarquer à bon droit, une affirmation faite à un témoin durant son contre-interrogatoire ne constitue pas une preuve de celle-ci, à moins que le témoin ne la tienne pour véridique : voir *R. c. Skedden*, 2013 ONCA 49, par. 12; *R. c. Zebedee* (2006), 81 O.R. (3d) 583 (C.A.), par. 114; *R. c. M.B.M.*, 2002 MBCA 154, 170 Man. R. (2d) 131, par. 25-27. Cette règle s'applique même lorsque l'affirmation a été suggérée par le juge du procès.

[38] L'incapacité de Jean-Marc Arcand de nier les suggestions qui lui étaient faites ne nous éclaire en rien quant à la véracité ou non de ces suggestions. Prises isolément, ses réponses se limitent à faire savoir qu'il ne connaissait pas personnellement les interactions précises, le cas échéant, que pouvait avoir eues son père avec les intimés. La juge du procès n'était donc pas autorisée à se fonder sur ces

reached an agreement with Marius Arcand — was not open to the trial judge. As a result, Jean-Marc Arcand’s testimony cannot be used in assessing whether the asserted colour of right defence passes the air of reality threshold. With respect, the trial judge erred in law in concluding otherwise.

(2) Small Claims Court Application

[39] On January 14, 2011, the respondents filed an application in small claims court seeking damages from Jean-Marc and Marius Arcand in the amount of \$7,000 (“the application”). In the application, the respondents alleged, among other things, that the Arcands lured them into a business agreement on false pretences and that Jean-Marc “willfully and knowingly allowed . . . Marius, to continue to rent out residential and commercial spaces, in full knowledge that [he was] not in a mental position to handle such legal obligations”: A.R., vol. XI, at p. 17. The respondents also claimed that the Arcands failed “to render the property into proper functioning order as required by the law and according to health regulations” and “[t]o replace . . . goods and products” that sustained water damage: *ibid.* They sought compensation for losses “incurred to the business” as well as for “emotional distress and stress”: *ibid.*

[40] The allegations are sparse in terms of detail. They do not disclose the type of business arrangement that the respondents claim to have made with the Arcands. They also do not specify the nature of any purported agreement relating to the downstairs commercial units. However, the trial judge relied on the statements in the application as evidence that the respondents honestly believed they had a right to occupy the commercial space based on a verbal agreement with Marius Arcand.

réponses comme preuve de quelque chose de plus — par exemple, du fait que les intimés pourraient avoir conclu un accord avec Marius Arcand. Ainsi, le témoignage de son fils Jean-Marc ne peut être utilisé pour évaluer si la défense d’apparence de droit alléguée franchit le seuil de la vraisemblance. Soit dit en tout respect, la juge du procès a commis une erreur de droit en concluant autrement.

(2) La demande présentée à la Cour des petites créances

[39] Le 14 janvier 2011, les intimés ont intenté un recours devant la Cour des petites créances. Ils demandaient que Jean-Marc et Marius Arcand soient condamnés à leur verser la somme de 7 000 \$ en dommages-intérêts (« la demande »). Dans la demande en question, les intimés ont allégué, entre autres, que les Arcand les avaient incités à conclure un accord commercial sous de faux prétextes et que Jean-Marc [TRADUCTION] « [avait] sciemment et consciemment permis [. . .] que Marius continue à louer les espaces résidentiels et commerciaux, sachant parfaitement que ce dernier n’[était] plus en mesure de s’acquitter de telles obligations juridiques, en raison de sa santé mentale » : d.a., vol. XI, p. 17. Les intimés ont également soutenu que les Arcand avaient failli « à l’obligation qui leur incombait en application de la loi et conformément à la réglementation en matière de santé de mettre la propriété en bon état de fonctionnement » et « [d]e remplacer [. . .] les biens et produits » qui avaient été endommagés par l’eau : *ibid.* Ils sollicitaient un dédommagement pour les pertes « subies par le commerce » de même que pour « la détresse psychologique et le stress qu’ils ont subis » : *ibid.*

[40] Les allégations ne fournissent que peu de détails. Elles ne révèlent pas le type d’entente commerciale que les intimés soutiennent avoir conclue avec les Arcand. Elles ne précisent pas non plus la nature de quelque soi-disant accord quant aux locaux commerciaux du rez-de-chaussée. Malgré cela, la juge du procès s’est fondée sur les affirmations contenues dans la demande comme preuve que les intimés croyaient sincèrement avoir le droit d’occuper l’espace commercial sur la foi d’un accord verbal conclu avec Marius Arcand.

[41] Out-of-court statements made by an accused and adduced for their exculpatory value are subject to the general exclusionary rule against hearsay: see *R. v. Rojas*, 2008 SCC 56, [2008] 3 S.C.R. 111, at paras. 36-37. They are typically inadmissible for the truth of their contents because they are regarded as self-serving and lacking in probative value: *ibid.* In this case, however, it was the Crown, and not the respondents, who introduced the small claims application into evidence, and following *Rojas*, both the Crown and the respondents could rely on it for the truth of its contents.

[42] Here, in determining that the requisite evidential foundation for the colour of right defence had been met, the trial judge relied on two pieces of evidence. One of these — Jean-Marc Arcand's lack of knowledge of what his father may have done — was clearly of no value and should not have been considered. The trial judge erred in law in doing so. The trial judge's error in factoring Jean-Marc Arcand's evidence into the air of reality assessment might reasonably be thought to have had a material bearing on the overall colour of right issue, and thus on the resulting acquittals in respect of the February 1 breaking and entering charges: *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 14. Accordingly, the Crown has met its burden of establishing that a new trial on these charges is warranted. I therefore agree with Thibault J.A.'s conclusion on this point.

B. *Ms. Farrell's February 1 Charge of Assaulting a Police Officer*

[43] The trial judge held that Ms. Farrell was acting in lawful self-defence when she hit Sergeant Barbeau. Regrettably, her discussion on this point is cursory. She did not refer to any of the self-defence provisions in the *Criminal Code*, nor offer any detailed analysis. Despite the lack of analysis, it is evident that the trial judge's conclusion hinges on her

[41] Les déclarations extrajudiciaires d'un accusé invoquées pour leur valeur disculpatoire sont sujettes à la règle générale d'exclusion du ouï-dire : voir *R. c. Rojas*, 2008 CSC 56, [2008] 3 R.C.S. 111, par. 36-37. Typiquement, elles sont inadmissibles pour prouver la véracité de leur contenu parce qu'elles sont considérées comme intéressées et dépourvues de valeur probante : *ibid.* Dans la présente affaire, toutefois, c'est le ministère public, et non les intimés, qui a produit en preuve la demande aux petites créances et donc, suivant *Rojas*, tant le ministère public que les intimés pouvaient se fonder sur elle pour prouver la véracité de son contenu.

[42] En l'espèce, pour juger de l'existence du fondement probant requis pour étayer une défense d'apparence de droit, la juge du procès s'est fondée sur deux éléments de preuve. Un d'entre eux — soit que Jean-Marc Arcand ignorait ce que son père avait pu faire — n'avait manifestement aucune valeur et n'aurait pas dû être pris en considération. Ce faisant, la juge du procès a commis une erreur de droit. On pourrait raisonnablement penser que cette erreur de la juge du procès dans son évaluation de la vraisemblance a eu une incidence significative sur l'ensemble de la question de l'apparence de droit, et donc sur les acquittements qui en ont résulté en ce qui a trait aux chefs d'accusation d'introduction par effraction relatifs aux événements qui se seraient déroulés le 1^{er} février : *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14. Le ministère public s'est donc acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer qu'il y a lieu de tenir un nouveau procès quant à ces chefs d'accusation. Je suis donc d'accord avec la conclusion de la juge Thibault à cet égard.

B. *L'accusation portée contre M^{me} Farrell pour voies de fait contre un agent de la paix qui seraient survenues le 1^{er} février*

[43] La juge du procès a affirmé que M^{me} Farrell avait agi en légitime défense lorsqu'elle a frappé le sergent Barbeau. Malheureusement, ses propos sur le sujet sont laconiques. Elle n'a fait référence à aucune des dispositions du *Code criminel* relatives à la légitime défense. Elle n'a pas non plus fourni d'analyse détaillée. En dépit des lacunes de son

finding that Ms. Farrell “reacted in order to protect Mr. Simpson” whom “she felt . . . had been unlawfully assaulted by the police officer”: A.R., vol. I, at p. 19. The Court of Appeal’s reasons make no mention of this finding. However, Thibault J.A. concluded that a new trial should be ordered on all charges, and I agree. As I will explain, the trial judge’s error on the colour of right issue carries over and taints Ms. Farrell’s acquittal on the charge of assaulting a police officer.

[44] The acquittal on Ms. Farrell’s assault charge turns on the finding that she honestly believed Mr. Simpson was being unlawfully assaulted. According to the trial judge, Ms. Farrell felt that it was unlawful for the police officers to restrain Mr. Simpson and place him under arrest for having attacked them inside the commercial space, and this prompted her to hit Sergeant Barbeau. Implicit in this finding is an additional one: that Ms. Farrell honestly believed that she and Mr. Simpson had a right to occupy the commercial space and, by extension, a right to repel the police — and that when Mr. Simpson attacked Sergeant Barbeau and later resisted arrest, he was within his rights to do so. However, as I have discussed, it is questionable whether the colour of right finding can be sustained on the evidence that was properly before the trial judge.¹

[45] Suffice it to say that, in the context of this case, the colour of right finding was inextricably linked to the finding that Ms. Farrell acted in self-defence. Absent a colour of right defence, there could be no basis for the respondents’ purported belief that they had a right to repel the police. It follows that, at a minimum, the trial judge’s error on colour of right taints her finding that Ms. Farrell

¹ As an aside, I question whether “colour of right” could provide a basis in law for self-defence if the police officers were lawfully entitled to enter and search the premises. That matter is best left for the new trial, should it be raised.

analyse, il est évident que la conclusion de la juge du procès s’articule autour de son autre conclusion selon laquelle M^{me} Farrell [TRADUCTION] « a réagi pour protéger M. Simpson » qui, « selon elle, [. . .] avait été illégalement attaqué par le policier » : d.a., vol. I, p. 19. Les motifs de la Cour d’appel sont muets quant à cette conclusion. La juge Thibault a conclu, pour sa part, qu’il y aurait lieu d’ordonner la tenue d’un nouveau procès quant à tous les chefs d’accusation et je suis d’accord avec elle. Comme je l’expliquerai, l’erreur de la juge du procès quant à la question de l’apparence de droit se reporte sur l’acquiescement de M^{me} Farrell quant à l’accusation de voies de fait sur un agent de la paix et le teinte.

[44] L’acquiescement de M^{me} Farrell quant à l’accusation de voies de fait était tributaire de la conclusion selon laquelle elle croyait sincèrement que M. Simpson se faisait illégalement attaquer. Pour la juge du procès, M^{me} Farrell a eu le sentiment qu’il était illégal que les policiers maîtrisent M. Simpson et le mettent en état d’arrestation pour les avoir attaqués dans l’espace commercial, et c’est ce qui l’a incitée à frapper le sergent Barbeau. Une telle conclusion impliquait en outre que M^{me} Farrell croyait sincèrement qu’elle et M. Simpson avaient le droit d’occuper l’espace commercial et, par voie de conséquence, le droit de repousser les policiers — et que lorsque M. Simpson a attaqué le sergent Barbeau et ensuite résisté à son arrestation, qu’il était en droit d’agir ainsi. Or, comme je l’ai mentionné, il n’est pas certain que la conclusion relative à l’apparence de droit puisse s’appuyer sur la preuve dont la juge du procès a été dûment saisie¹.

[45] Dans le contexte de la présente affaire, il suffit de mentionner que la conclusion relative à l’apparence de droit était inextricablement liée à celle selon laquelle M^{me} Farrell a agi en légitime défense. Sans apparence de droit, la croyance présumée des intimés voulant qu’ils avaient le droit de repousser les policiers n’aurait eu aucun fondement. Ainsi, l’erreur de la juge du procès quant à l’apparence

¹ En passant, je me demande si « l’apparence de droit » pourrait, en droit, fonder la légitime défense si les policiers étaient autorisés par la loi à entrer sur les lieux et à les fouiller. Si elle devait être soulevée, il convient que cette question soit examinée dans le cadre du nouveau procès.

acted in self-defence. As this error might reasonably be thought to have had a material bearing on Ms. Farrell's acquittal on the assault charge, I would order a new trial on that charge as well.

C. *Mr. Simpson's February 1 Assault and Drug Possession Charges*

[46] The trial judge held that the respondents' s. 8 rights were violated. She excluded all evidence of what occurred inside the commercial space, including the fact that Mr. Simpson attacked Sergeant Barbeau. She also excluded the evidence of the drugs in his possession. This led her to acquit Mr. Simpson on the charges of assault with a weapon, assault of a police officer, and the two drug possession counts. The Court of Appeal did not explicitly address the s. 8 issue. Given that the majority upheld the acquittals on these charges, I take it to have concluded that the trial judge did not err in her s. 8 finding or in the resulting exclusion of evidence. With respect, I disagree. I am satisfied that the trial judge's error on the colour of right issue again taints Mr. Simpson's acquittals on the assault and drug possession charges and requires, as Thibault J.A. concluded, that a new trial be directed on these charges as well.

[47] Section 8 of the *Charter* only confers protection against unreasonable searches and seizures to the extent that an individual establishes a reasonable expectation of privacy: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 159. It is the claimant who bears the burden of demonstrating this expectation on a balance of probabilities: *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 45. In determining whether this burden has been met, the court must

de droit a, à tout le moins, teinté sa conclusion selon laquelle M^{me} Farrell a agi en légitime défense. Puisqu'on peut raisonnablement penser que cette erreur a eu une incidence significative sur l'acquittement de cette dernière quant au chef de voies de fait, je suis d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès également quant à celui-ci.

C. *Les accusations portées contre M. Simpson pour voies de fait et possession de drogue quant aux événements qui seraient survenus le 1^{er} février*

[46] La juge du procès a conclu que les droits des intimés protégés par l'art. 8 avaient été violés. Elle a exclu tous les éléments de preuve concernant ce qui s'est produit à l'intérieur de l'espace commercial, y compris le fait que M. Simpson avait attaqué le sergent Barbeau. Elle a également exclu la preuve concernant la drogue que M. Simpson avait en sa possession. Elle a donc acquitté ce dernier quant aux chefs d'agression armée et de voies de fait contre un agent de la paix ainsi que quant aux deux chefs de possession de drogue. La Cour d'appel n'a pas traité explicitement de la question de l'art. 8. Cela dit, puisque les juges majoritaires ont confirmé les acquittements quant à ces chefs d'accusation, j'en déduis qu'ils ont conclu que la juge du procès n'a pas commis d'erreur quant à sa conclusion relative à l'art. 8 ou quant à l'exclusion d'éléments de preuve qui en a découlé. Soit dit en tout respect, je ne suis pas d'accord. Je suis convaincu que l'erreur commise par la juge du procès quant à la question de l'apparence de droit a également eu une incidence sur les acquittements de M. Simpson quant aux accusations de voies de fait et de possession de drogue et nécessite, comme l'a conclu la juge Thibault, que nous ordonnions la tenue d'un nouveau procès aussi pour ces chefs d'accusation.

[47] L'article 8 de la *Charte* ne confère une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives que dans la mesure où un individu fait la preuve d'une attente raisonnable en matière de respect de sa vie privée : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159. C'est à celui qui invoque la violation de la *Charte* qu'incombe le fardeau d'établir selon la prépondérance des probabilités l'existence de l'attente en question : *R. c.*

assess the totality of the circumstances, with particular emphasis on the existence of a subjective expectation of privacy and the objective reasonableness of that expectation: *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 19; *Edwards*, at para. 45.

[48] The trial judge did not carry out a full s. 8 analysis. Notably, she did not discuss whether the respondents had a reasonable expectation of privacy in the commercial space, thereby engaging the protection of s. 8. Rather, in finding a s. 8 violation, she appears to have assumed that s. 8 was properly engaged. The Court of Appeal seemingly agreed, but Thibault J.A. can be taken to have disagreed on this point.

[49] The lack of analysis in the courts below has left this Court in the difficult position of examining, for the first time, the basis for the trial judge's conclusion that s. 8 was engaged. While I am loath to speculate on the trial judge's reasoning, it would appear that her implicit finding of a reasonable expectation of privacy was influenced by her colour of right analysis. As noted, in the course of that brief analysis, the trial judge stated that the respondents had at least "an appearance of right" or "reasonably thought" they had a right to be in the commercial space. However, as I have explained, that finding is questionable in light of the trial judge's erroneous reliance on Jean-Marc Arcand's testimony. To the extent that the evidential foundation for the colour of right defence is put into question, any implicit finding of a reasonable expectation of privacy is also suspect.

Edwards, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 45. Pour déterminer si l'accusé s'est acquitté de ce fardeau, la cour doit examiner l'ensemble des circonstances, en portant une attention particulière sur l'existence d'une attente subjective en matière de respect de la vie privée et du caractère raisonnable de l'attente, sur le plan objectif : *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 19; *Edwards*, par. 45.

[48] La juge du procès n'a pas procédé à une analyse exhaustive fondée sur l'art. 8. Elle n'a pas traité, notamment, de la question de savoir si les intimés avaient une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée lorsqu'ils se trouvaient dans l'espace commercial, ce qui aurait mis en jeu la protection garantie par l'art. 8. En concluant à la violation de l'art. 8, elle semble plutôt avoir tenu pour acquis que cette protection avait été déclenchée régulièrement. Il semble que la Cour d'appel était d'accord, mais on peut tenir pour acquis que, à cet égard, la juge Thibault pourrait ne pas l'avoir été.

[49] Faute de ces analyses par les tribunaux d'instances inférieures, la Cour se retrouve dans la position difficile d'examiner, pour la première fois, le fondement de la conclusion de la juge du procès selon laquelle la garantie prévue à l'art. 8 s'appliquait. Bien qu'il me répugne d'avancer des hypothèses sur le raisonnement de la juge du procès, il semble que sa conclusion implicite quant à l'existence d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée a été influencée par l'analyse qu'elle a faite de l'apparence de droit. Comme je l'ai déjà souligné, dans le cadre de cette brève analyse, la juge du procès a affirmé que les intimés avaient à tout le moins [TRADUCTION] « une apparence de droit » ou « croyaient raisonnablement » qu'ils avaient le droit d'occuper l'espace commercial. Or, comme je l'ai expliqué, cette conclusion peut être remise en question à la lumière du fait que la juge du procès s'est fondée, à tort, sur le témoignage de Jean-Marc Arcand. Dans la mesure où le fondement probant de la défense d'apparence de droit est remis en question, toute conclusion implicite quant à l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée est également suspecte.

[50] I should further emphasize that, even if the trial judge was left in a state of reasonable doubt as to the existence of a colour of right, it does not follow that the respondents discharged their burden of demonstrating, on a balance of probabilities, that they had a reasonable expectation of privacy in the commercial space. This is because the evidential burden of showing an air of reality on colour of right is lower than the persuasive burden of establishing that s. 8 is engaged. Furthermore, a finding that the respondents had a colour of right could only assist them in advancing the position that they had a *subjective* expectation of privacy. To engage s. 8, the respondents had to go one step further — they had to show that this expectation was *objectively reasonable*.

[51] Although an individual need not show a proprietary or possessory interest in a place in order to establish a reasonable expectation of privacy, this Court has held that the fact that the accused is a trespasser or otherwise has a tenuous connection to the place in question may, when considered in the totality of the circumstances, significantly undermine any reasonable expectation of privacy: *Edwards*, at para. 43; *R. v. Lauda*, [1998] 2 S.C.R. 683, at para. 1; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341, at paras. 20-22.

[52] For present purposes, I need not come to a final conclusion as to whether a reasonable expectation of privacy was established here. As I have stated, the trial judge's error on the colour of right issue brings into doubt whether there was a subjective expectation of privacy, much less a reasonable one, on the facts of this case. To the extent that s. 8 was not properly engaged, the trial judge was not in a position to exclude any evidence. Accordingly, the trial judge's error might reasonably be thought to have had a material bearing on the acquittals, and

[50] Je dois en outre insister sur le fait que, même si la juge du procès avait eu un doute raisonnable quant à l'existence d'une apparence de droit, cela ne signifie pas que les intimés se seraient déchargés de leur fardeau de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'ils avaient une attente raisonnable sur le plan de la vie privée lorsqu'ils se trouvaient dans l'espace commercial. Cela découle du fait que le fardeau de preuve quant à la démonstration de la vraisemblance d'une apparence de droit est moins exigeant que le fardeau de persuasion qui incombe à celui qui cherche à démontrer que la protection prévue à l'art. 8 est enclenchée. En outre, une conclusion selon laquelle les intimés avaient une apparence de droit ne pourrait les aider qu'à faire la preuve qu'ils avaient une attente *subjective* en matière de respect de la vie privée. Or, pour que l'art. 8 s'applique, les intimés devaient franchir un pas de plus — ils devaient démontrer que cette attente était *raisonnable sur le plan objectif*.

[51] Même si un individu n'a pas à démontrer un droit de propriété ou de possession quant à un endroit pour faire la preuve d'une attente raisonnable en matière de respect de sa vie privée, la Cour a déjà affirmé que le fait pour un accusé d'être intrus dans l'endroit en cause ou d'avoir autrement un lien tenu avec lui peut, compte tenu de l'ensemble des circonstances, miner considérablement toute attente raisonnable quant au respect de sa vie privée : *Edwards*, par. 43; *R. c. Lauda*, [1998] 2 R.C.S. 683, par. 1; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, par. 20-22.

[52] Pour les besoins du présent pourvoi, je n'ai pas à tirer de conclusion définitive quant à la preuve ou non d'une attente raisonnable quant au respect de la vie privée en l'espèce. Comme je l'ai mentionné, compte tenu des faits de la présente affaire, l'erreur de la juge du procès quant à la question de l'apparence de droit sème un doute relativement à l'existence d'une attente subjective de respect de la vie privée, et encore plus quant à l'existence d'une attente raisonnable. Dans la mesure où l'application de l'art. 8 n'a pas été régulièrement enclenchée, la

I would order a new trial on Mr. Simpson's assault and drug possession charges.

[53] In these circumstances, I consider it prudent to leave for a new trial the issue of whether the inspector was lawfully entitled to enter the premises under the authority of municipal bylaws and whether the police were lawfully entitled to accompany the inspector and conduct a search of the premises. That important legal issue was not fully addressed by the trial judge or the Court of Appeal, and it is one that should be assessed on a proper record after full legal argument and analysis.

D. Colour of Right Defence Relating to the February 18 Breaking and Entering Charges

[54] As noted, neither the trial judge nor the Court of Appeal distinguished between the first and second set of breaking and entering charges. However, given that Thibault J.A. would have ordered a new trial on all charges, I will address the February 18 breaking and entering charges specifically. In my respectful view, the trial judge should have analyzed the events of February 18 separately from those of February 1. I find it difficult to conceive that the respondents had an honest belief in their right to occupy the commercial space on February 18. The undisputed evidence shows that, on February 9, non-occupation notices were plastered on the entrances to the commercial space. These notices clearly indicated that no one was to enter the premises. In spite of this, the respondents returned to the ground floor of the building and began residing in it once again. However, because the Crown did not

juge du procès n'était pas autorisée à exclure quelque élément de preuve que ce soit. Ainsi, on peut raisonnablement penser que l'erreur de la juge du procès a eu une incidence significative sur la décision d'acquitter les intimés et je suis d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès quant aux accusations de voies de fait et de possession de drogue portées contre M. Simpson.

[53] Dans les circonstances, j'estime qu'il convient de laisser en suspens les questions de savoir, d'une part, si l'inspecteur était autorisé par les règlements municipaux à entrer sur les lieux et, d'autre part, si les policiers avaient, eux, le droit d'accompagner l'inspecteur et de fouiller et perquisitionner les lieux, pour qu'elles soient tranchées à l'issue du nouveau procès. Ces questions de droit importantes n'ont été traitées de manière exhaustive ni par la juge du procès ni par la Cour d'appel. Or, elles sont de celles qui devraient être examinées sur la base d'un dossier monté en bonne et due forme ainsi qu'au terme d'une présentation complète des arguments de droit à faire valoir et d'une analyse exhaustive des enjeux.

D. Défense d'apparence de droit quant aux chefs d'introduction par effraction relatifs aux événements qui se seraient déroulés le 18 février

[54] Comme je l'ai déjà mentionné, ni la juge du procès ni la Cour d'appel n'ont fait de distinction entre la première et la seconde série d'accusations d'introduction par effraction. Cependant, comme la juge Thibault aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès relativement à tous les chefs d'accusation, je vais traiter spécifiquement des accusations d'introduction par effraction qui seraient survenues le 18 février. Soit dit en tout respect, la juge du procès aurait dû faire des analyses séparées des événements du 1^{er} février et de ceux du 18 du même mois. En effet, j'estime qu'il est difficile de concevoir que les intimés aient cru sincèrement qu'ils avaient le droit d'occuper l'espace commercial le 18 février. Selon la preuve non contredite, le 9 février, des avis de non-utilisation ont été placardés sur les entrées de l'espace commercial. Ces avis indiquaient clairement que personne ne pouvait entrer sur les lieux.

request an alternate remedy, I would send the February 18 breaking and entering charges back for a new trial along with the remaining charges.

V. Conclusion

[55] I would allow the appeal, set aside the acquittals, and order a new trial on all charges.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Director of Criminal and Penal Prosecutions of Quebec, Montréal.

Andrew Simpson, on his own behalf.

Kizzy-Ann Farrell, on her own behalf.

Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: Desrosiers, Joncas, Nouraie, Massicotte, Montréal.

Solicitors for the interveners: Dagenais Gagnier Biron, Montréal.

Or, malgré cela, les intimés se sont réinstallés au rez-de-chaussée de l'édifice pour y résider. Cela dit, puisque le ministère public n'a pas demandé une autre mesure de réparation, je suis d'avis de renvoyer les accusations d'introduction par effraction relatives aux événements qui se seraient déroulés le 18 février au tribunal de première instance pour qu'il en soit jugé dans le cadre d'un nouveau procès en même temps que des autres accusations.

V. Conclusion

[55] Je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler les acquittements et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès quant à tous les chefs d'accusation.

Pourvoi accueilli.

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

Andrew Simpson, pour son propre compte.

Kizzy-Ann Farrell, pour son propre compte.

Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae : Desrosiers, Joncas, Nouraie, Massicotte, Montréal.

Procureurs de l'intervenante : Dagenais Gagnier Biron, Montréal.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

Appeals — Standard of review — Specialized administrative tribunal — Applicable standard of review on statutory appeal from final decision of Quebec Human Rights Tribunal — Whether decision subject to standards of review applicable to judicial review proceeding, or to appellate standards — Whether Court of Appeal erred in applying correctness standard to all Tribunal's conclusions, except for one with respect to expert evidence, for which it referred to palpable and overriding error — Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, ss. 132, 133.

MOUVEMENT LAÏQUE QUÉBÉCOIS *v.* SAGUENAY (CITY), 3.

CIVIL LIABILITY

Crown liability — Fault — Qualified immunity — Individual wrongly convicted of armed robbery — Federal Minister of Justice refusing to exercise Crown's power of mercy, which is vested in him under Criminal Code — Standard of fault applicable to Minister's conduct — Whether individual has proven on balance of probabilities that Minister acted in bad faith or with serious recklessness in reviewing applications for mercy — Civil Code of Lower Canada, art. 1053 — Civil Code of Québec, art. 1457.

HINSE *v.* CANADA (ATTORNEY GENERAL), 621.

CIVIL PROCEDURE

Contempt of court — Required intent — Mareva injunction issued enjoining any person with knowledge of order from disposing of or otherwise dealing with assets of lawyer's client — Lawyer having knowledge of injunction but returning trust account funds to client — Lawyer not found in contempt on basis that terms of order not clear and lawyer's interpretation of order not deliberately and wilfully blind — Whether intent to interfere with administration of

CIVIL PROCEDURE — (Concluded)

justice required to prove civil contempt — Whether lawyer in contempt.

CAREY *v.* LAIKEN, 79.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Minority language educational rights — Substantive equality — Manner in which court should assess whether children of rights holders are provided with educational experience equivalent to that provided in schools of linguistic majority of province or territory — Are issues of costs and practicalities relevant to equivalence analysis? — Whether a finding of lack of equivalence amounts to Charter breach — Whether it is necessary to determine responsibility as between province or territory and school board prior to finding prima facie breach of s. 23 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

ASSOCIATION DES PARENTS DE L'ÉCOLE ROSE-DES-VENTS *v.* BRITISH COLUMBIA (EDUCATION), 139.

2. Charter of Rights — Procedure — Hearing — Procedural fairness — Phasing of proceedings — Relevance of pleadings — Petition judge phasing proceedings, leaving determination of responsibility for Charter breach to later phase — Petition judge striking portions of province's pleadings as irrelevant to first phase — Whether procedures adopted by petition judge procedurally unfair.

ASSOCIATION DES PARENTS DE L'ÉCOLE ROSE-DES-VENTS *v.* BRITISH COLUMBIA (EDUCATION), 139.

3. Courts — Judges — Judge of the Federal Court of Appeal appointed to the Court of Appeal of Quebec — Reference by the Quebec government concerning s. 98 of the Constitution Act, 1867 — Opinion of the Court of Appeal that (1) the "Courts of Quebec" contemplated by s. 98 are those whose judges are appointed by the Governor General, that is, the Court of Appeal of Quebec and the Superior Court of Quebec, and that (2) s. 98 requires that a person

CONSTITUTIONAL LAW — (Continued)

appointed to one of the Courts of Quebec have previously been a member of the Barreau du Québec or be such a member when appointed.

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 179.

4. Charter of Rights — Remedies — Damages — Civil action — Prosecutorial misconduct in criminal proceedings — Disclosure obligations of prosecutors — Wrongful non-disclosure — Malice — Claimant wrongfully convicted and incarcerated for almost 27 years — Claimant bringing civil action alleging breach of Charter rights resulting from Crown counsel's wrongful non-disclosure of relevant information — Damages under s. 24(1) sought against Crown — Whether s. 24(1) authorizes courts to award damages against Crown for wrongful non-disclosure — Level of fault claimant must establish to meet liability threshold for awarding s. 24(1) damages — Whether malice required — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).

HENRY v. BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL), 214.

5. Charter of Rights — Whether school board can unilaterally decide to admit students who are not covered by s. 23 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

YUKON FRANCOPHONE SCHOOL BOARD, EDUCATION AREA #23 v. YUKON (ATTORNEY GENERAL), 282.

6. Charter of Rights — Right to a fair hearing — Right to trial by jury — Jury representativeness — Definition — Aboriginal accused from First Nation reserve convicted of manslaughter — Aboriginal on-reserve residents underrepresented on jury roll from which jury selected for accused's trial — What is the appropriate legal test for representativeness — Whether state met its representativeness obligation — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d), (f).

R. v. KOKOPENACE, 398.

7. Charter of Rights — Right to equality — Aboriginal on-reserve residents — Aboriginal accused from First Nation reserve convicted of manslaughter — Aboriginal on-reserve residents underrepresented on jury roll from which jury selected for accused's trial — Whether state violated right to equality of accused or of Aboriginal on-reserve residents who were potential jurors — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.

R. v. KOKOPENACE, 398.

CONSTITUTIONAL LAW — (Concluded)

8. Charter of Rights — Right to equality — Elections — Eligibility requirements — Kahkewistahaw Election Act requires that candidates for Chief or Band Councillor have Grade 12 education — Whether education requirement violates s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Kahkewistahaw Election Act, s. 9.03(c).

KAHKEWISTAHAW FIRST NATION v. TAYPOTAT, 548.

9. Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Fundamental justice — Accused charged with possession and possession for purpose of trafficking of cannabis — Regulations limiting lawful possession of medical marihuana to dried forms — Whether limitation infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Appropriate remedy — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 4(1), 5(2) — Marihuana Medical Access Regulations, SOR/2001-227.

R. v. SMITH, 602.

10. Charter of Rights — Standing — Accused charged with possession and possession for purpose of trafficking of cannabis — Regulations limiting lawful possession of medical marihuana to dried forms — Accused not using marihuana for medical purposes but producing derivatives for sale outside regulatory scheme — Whether accused has standing to challenge constitutional validity of scheme — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 4(1), 5(2) — Marihuana Medical Access Regulations, SOR/2001-227.

R. v. SMITH, 602.

CONTRACTS

Brokerage contract — Commission — Brokerage contract stipulating that broker entitled to payment of commission where agreement to sell immovable concluded or where seller voluntarily prevents free performance of contract — Soil of promisor-sellers' immovable contaminated — Promisor-buyer repudiating initial promise and submitting new offer — Promisor-sellers turning offer down — Whether broker entitled to payment of its commission.

SOCIÉTÉ EN COMMANDITE PLACE MULLINS v. SERVICES IMMOBILIERS DIANE BISSON INC., 699.

COURTS

1. Judges — Jurisdiction — Contempt of court — Motions judge's discretion to revisit contempt finding — Lawyer breaching terms of injunction found in contempt — Lawyer moving to reopen contempt hearing — Motions judge setting aside initial contempt finding — Whether motions judge erred in setting aside initial contempt finding — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rule 60.11.

CAREY v. LAIKEN, 79.

2. Judges — Impartiality — Reasonable apprehension of bias — Allegation that judge's comments and interventions at trial as well as his community involvement before and after appointment as a judge gave rise to reasonable apprehension of bias — Whether judge's conduct and community involvement raised reasonable apprehension of bias.

YUKON FRANCOPHONE SCHOOL BOARD, EDUCATION AREA #23 v. YUKON (ATTORNEY GENERAL), 282.

3. Federal Court — Judicial review — Jurisdiction — Family law — Divorce — Child support — Guidelines — Lawfulness of federal child support guidelines challenged by means of judicial review — Federal Court declined to undertake judicial review — Whether provincial superior courts have jurisdiction to address validity of federal child support guidelines — Even if they do, whether federal courts erred in refusing to hear judicial review application on its merits — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18 — Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 26.1(2) — Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175.

STRICKLAND v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 713.

CRIMINAL LAW

1. Sentencing — Prisons — Habeas corpus — Canadian citizen detained by United States agreed to eight-year sentence with transfer to Canada after first year — Offender subsequently applied for habeas corpus for placement in provincial correctional facility under International Transfer of Offenders Act — Chambers judge dismissed offender's application but Court of Appeal allowed it and ordered offender's transfer from federal to provincial correctional facility for adults — Court of Appeal's order confirmed — International Transfer of Offenders Act, S.C. 2004, c. 21, s. 20(a)(ii).

BOWDEN INSTITUTION v. KHADR, 325.

CRIMINAL LAW — (Continued)

2. Interim release — Grounds justifying detention — Justice of peace ordering detention of accused awaiting trial on ground set out in s. 515(10)(c) of Criminal Code, that is, that his detention "is necessary to maintain confidence in the administration of justice" — Reviewing judge ordering release of accused — Proper interpretation of s. 515(10)(c) of Criminal Code — Restrictive interpretation rejected — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(10)(c).

R. v. ST-CLOUD, 328.

3. Interim release — Review of decision of justice of peace — Decision by justice of peace to order detention of accused reversed by reviewing judge — Cases in which review provided for in ss. 520 and 521 of Criminal Code is available in interim release context — Whether reviewing judge erred in exercising his role by simply substituting his assessment of evidence for that of justice of peace — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 520, 521.

R. v. ST-CLOUD, 328.

4. Child pornography — Defences — Private use exception — Accused charged with child pornography offences — Accused arguing in defence that sexual activity lawful and consensual and that recordings held for private use — Crown challenging lawfulness of sexual activity on basis of girls' exploitation — Whether private use exception requires separate and additional exploitation inquiry or whether exploitation included under lawfulness inquiry — In acquitting accused, whether trial judge properly interpreted exception — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163.1.

R. v. BARABASH, 522.

5. Arson — Defences — Intoxication — Accused relying on self-induced intoxication as excuse for committing arson — Self-induced intoxication short of automatism cannot be relied upon as excuse for general intent offence — Whether arson is general or specific intent offence — If arson is general intent offence, whether trial judge's classification of arson as specific intent offence had material bearing on verdict of acquittal — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 434.

R. v. TATTON, 574.

6. Murder — Charge to jury — Evidence — Post-offence conduct — After killing victim, accused concealed body and cleaned up scene of death — Accused fled from and lied to police — Trial judge instructed jury on use of accused's post-offence conduct in assessing issue of intent for murder — Whether trial judge erred in instructions to

CRIMINAL LAW — (Concluded)

jury on concealment and clean-up, and if so, whether that error was fatal in conjunction with erroneous instructions on accused's flight from and lies to police — Detrimental impact of long and complex jury charges on criminal justice system.

R. v. RODGERSON, 760.

7. Defences — Colour of right — Evidence — Co-accused occupying commercial space unlawfully — Trial judge entered acquittals for various breaking and entering, assault, and drug offences — Trial judge referred to evidence that, in her view, supported existence of colour of right to occupy space — Whether trial judge erred in finding air of reality to colour of right defence — If so, whether trial judge's error in assessing this issue had material bearing on verdicts.

R. v. SIMPSON, 827.

CROWN LAW

Crown liability — Prerogatives — Public law immunity — Crown's power of mercy vested in federal Minister of Justice under Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46 — Characterization of nature of Minister's power — Circumstances in which exercise of power of mercy can expose Crown to liability — Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, ss. 2 "liability", 3(a)(i) — Civil Code of Québec, arts. 1376, 1457.

HINSE v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 621.

DAMAGES

Punitive damages — Extrajudicial fees — Pro bono representation — Whether individual entitled to compensatory or punitive damages — Whether, in case of abuse of process and where there is pro bono agreement, damages can be awarded in Quebec in respect of extrajudicial fees in order to compensate party who has suffered damage resulting from fault of other party — Civil Code of Québec, art. 1608.

HINSE v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 621.

EVIDENCE

Admissibility — Expert evidence — Basic standards for admissibility — Qualified expert — Independence and impartiality — Nature of expert's duty to court — How expert's duty relates to admissibility of expert's evidence — Forensic accountant providing opinion on whether former auditors were negligent in performance of duties — Former auditors applying to strike out expert's affidavit on grounds she was not impartial expert witness — Whether elements of expert's duty to court go to admissibility of evidence rather than simply to its weight — If so, whether there is a threshold admissibility requirement in relation to independence and impartiality.

WHITE BURGESS LANGILLE INMAN v. ABBOTT AND HALIBURTON Co., 182.

EXTRADITION

1. Surrender order — Judicial review — Minister of Justice surrendering accused to U.S. on charges of murder — Whether Minister's decision to order surrender was reasonable — Whether extraditing accused to possibly be subjected to a fourth trial would be contrary to principles of fundamental justice.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. BARNABY, 563.

2. Surrender order — Judicial review — Minister of Justice surrendering accused to U.S. on charges of murder — Whether Minister's decision to order surrender was reasonable.

CAPLIN v. CANADA (JUSTICE), 570.

HUMAN RIGHTS

1. Freedom of conscience and religion — Right to equality — Discriminatory practices — Principle of religious neutrality of state — Whether practice of members of municipal council that is regulated by by-law and that consists of reciting prayer at start of each meeting of council is in breach of principle of religious neutrality of state and results in discriminatory interference with freedom of conscience and religion — If so, whether remedies granted by Human Rights Tribunal appropriate — Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, ss. 3, 10.

MOUVEMENT LAÏQUE QUÉBÉCOIS v. SAGUENAY (CITY), 3.

HUMAN RIGHTS — (Concluded)

2. Right to equality — Discrimination based on national or ethnic origin — Evidence — Canadian company denying request for pilot training made by Canadian citizen of Pakistani origin on basis of decision of U.S. authorities to prohibit training of pilot in question in United States — Two-step process for discrimination complaint under s. 10 of Quebec Charter — Definition of prima facie discrimination, and degree of proof required in order to establish it — Whether prima facie discrimination has been proven in this case — Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, s. 10.

QUEBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) V. BOMBARDIER INC. (BOMBARDIER AEROSPACE TRAINING CENTER), 789.

INSURANCE

Automobile insurance — Statutory accident benefits scheme — Claimant having declined optional motor vehicle liability policy from insurance company upon renting vehicle subsequently injured in single-vehicle accident — Insurance company refusing to provide benefits available under statutory scheme — Nexus between insurer and claimant — Application judge correctly found that arbitrator erred in concluding that insurance company not an insurer for purposes of statutory scheme — Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 268 — Disputes Between Insurers, O. Reg. 283/95.

ZURICH INSURANCE CO. V. CHUBB INSURANCE CO. OF CANADA, 134.

INTELLECTUAL PROPERTY

Patents — Medicines — Manufacturer applied to market generic version of drug — Patentees of drug applied for prohibition orders that triggered statutory stay under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations and prevented manufacturer from selling generic for 24 months — Action for damages brought under s. 8 of Regulations for delayed market entry — Court of Appeal holding that trial judge did not err in determining liability period of 24 months, in determining that patentees' authorized generic version would have entered market within three months and achieved 30 percent share of hypothetical market within liability period, or in determining that manufacturer entitled to compensation for lost sales of its generic version associated with unapproved indications — Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

SANOFI-AVENTIS V. APOTEX INC., 136.

SECURITIES

Statutory disclosure obligations — Action for damages — Prior judicial authorization — Pharmaceutical company in process of obtaining approval to market new drug — Questions on drug's potential side effects raised as part of approval process — Questions publicized by stock quotation enterprises resulting in drop of pharmaceutical company's share price — Corporate shareholder seeking to institute class action for breach of company's disclosure obligation — Action requiring prior judicial authorization based on whether there is a "reasonable possibility that it will be resolved in plaintiff's favour" — Securities Act, CQLR, c. V-1.1, ss. 5.3, 73, 225.4.

THERATECHNOLOGIES INC. V. 121851 CANADA INC., 106.

INDEX

ASSURANCE

Assurance automobile — Régime d'indemnités d'accident légales — Blessures subies par la réclamante à l'occasion d'un accident touchant un seul véhicule survenu après que celle-ci eut refusé de souscrire à une police de responsabilité automobile optionnelle offerte par la société d'assurance lors de la location du véhicule — Refus de la société d'assurance de verser les indemnités prévues par le régime légal — Lien entre l'assureur et la réclamante — Le juge saisi de la demande a à juste titre décidé que l'arbitre avait fait erreur en concluant que la société d'assurance n'était pas un assureur pour l'application du régime légal — Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, c. I.8, art. 268 — Disputes Between Insurers, O. Reg. 283/95.

ZURICH CIE D'ASSURANCES C. CHUBB DU CANADA CIE D'ASSURANCE, 134.

CONTRATS

Contrat de courtage — Commission — Contrat de courtage stipulant le droit du courtier au paiement de la commission lorsqu'une entente visant à vendre l'immeuble est conclue ou lorsqu'un acte volontaire du vendeur empêche la libre exécution du contrat — Sol de l'immeuble des promettant-vendeurs contaminé — Promettant-acheteur se déliant de sa promesse initiale et soumettant une nouvelle offre — Offre refusée par les promettant-vendeurs — Le courtier a-t-il droit au paiement de sa commission?

SOCIÉTÉ EN COMMANDITE PLACE MULLINS C. SERVICES IMMOBILIERS DIANE BISSON INC., 699.

DOMMAGES-INTÉRÊTS

Dommages-intérêts punitifs — Honoraires extrajudiciaires — Représentation pro bono — Le justiciable est-il en droit de recevoir des dommages-intérêts compensatoires ou punitifs? — En cas d'abus de procédure et en présence

DOMMAGES-INTÉRÊTS — (Fin)

d'une entente pro bono, des dommages-intérêts peuvent-ils être accordés au Québec au titre des honoraires extrajudiciaires, dans le but d'indemniser la partie qui subit un préjudice résultant de la faute de l'autre partie? — Code civil du Québec, art. 1608.

HINSE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 621.

DROIT ADMINISTRATIF

Appels — Norme de contrôle — Norme de contrôle — Tribunal administratif spécialisé — Quelle est la norme de contrôle applicable lors de l'appel prévu par la loi d'une décision finale du Tribunal des droits de la personne du Québec? — La décision est-elle assujettie aux normes de contrôle de la révision judiciaire ou à celles de l'appel? — La Cour d'appel a-t-elle erré en appliquant la norme de la décision correcte à l'ensemble des conclusions du Tribunal, à l'exception de la preuve d'expert qu'elle a appréciée au regard de l'erreur manifeste et déterminante? — Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 132, 133.

MOUVEMENT LAÏQUE QUÉBÉCOIS C. SAGUENAY (VILLE), 3.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Droit à l'instruction dans la langue de la minorité — Égalité réelle — Manière dont le tribunal doit déterminer si l'expérience éducative des enfants de titulaires de droits est équivalente à celle offerte dans les écoles de la majorité linguistique de la province ou du territoire en question — Les coûts et les considérations pratiques sont-ils pertinents pour l'analyse de l'équivalence? — Une conclusion d'absence d'équivalence équivaut-elle à une conclusion qu'il y a violation de la Charte? — Est-il nécessaire de départager la responsabilité entre la province

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)

ou le territoire et le conseil scolaire avant de conclure à une violation *prima facie* de l'art. 23 de la Charte canadienne des droits et libertés?

ASSOCIATION DES PARENTS DE L'ÉCOLE ROSE-DES-VENTS C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (ÉDUCATION), 139.

2. Charte des droits — Procédure — Audience — Équité procédurale — Division de l'instance en étapes — Pertinence des actes de procédure — Juge saisi de la requête divisant l'instance en étapes et remettant la détermination de la responsabilité pour la violation de la Charte à une étape ultérieure — Passages des actes de procédure de la province radiés par le juge saisi de la requête parce que non pertinents quant à la première étape — La procédure adoptée par le juge saisi de la requête est-elle inéquitable sur le plan procédural?

ASSOCIATION DES PARENTS DE L'ÉCOLE ROSE-DES-VENTS C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (ÉDUCATION), 139.

3. Tribunaux — Juges — Juge de la Cour d'appel fédérale nommé à la Cour d'appel du Québec — Renvoi du gouvernement du Québec relatif à l'art. 98 de la Loi constitutionnelle de 1867 — Opinion de la Cour d'appel selon laquelle (1) les cours du Québec visées par l'art. 98 sont celles dont les juges sont nommés par le gouverneur général, soit la Cour d'appel du Québec et la Cour supérieure du Québec et (2) l'art. 98 exige qu'une personne nommée à l'une des cours du Québec ait été membre du Barreau du Québec dans le passé ou le soit au moment de sa nomination.

QUÉBEC (PROCUREREUR GÉNÉRALE) C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL), 179.

4. Charte des droits — Réparation — Dommages-intérêts — Action civile — Conduite répréhensible du poursuivant dans des poursuites criminelles — Obligation des poursuivants en matière de communication de la preuve — Défaut injustifié de communiquer des renseignements — Malveillance — Demandeur condamné injustement et incarcéré pendant presque 27 ans — Action civile du demandeur alléguant une violation de droits garantis par la Charte résultant du défaut injustifié de l'avocat du ministère public de communiquer des renseignements pertinents — Demande de dommages-intérêts contre l'État en vertu de l'art. 24(1) — L'article 24(1) autorise-t-il les tribunaux à condamner l'État à des dommages-intérêts dans les cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements? — Degré de faute que le demandeur doit établir pour satisfaire au seuil de responsabilité permettant l'adjudication de dommages-intérêts en vertu de l'art. 24(1) — La preuve de

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)

la malveillance est-elle requise? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).

HENRY C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCURER GÉNÉRAL), 214.

5. Charte des droits — La commission scolaire peut-elle décider unilatéralement d'admettre des élèves qui ne sont pas visés par l'art. 23 de la Charte canadienne des droits et libertés?

COMMISSION SCOLAIRE FRANCOPHONE DU YUKON, DISTRICT SCOLAIRE #23 C. YUKON (PROCUREREUR GÉNÉRALE), 282.

6. Charte des droits — Droit à l'égalité — Résidents autochtones des réserves — Accusé autochtone d'une réserve des Premières Nations déclaré coupable d'homicide involontaire coupable — Résidents autochtones des réserves sous-représentés sur la liste des jurés à partir de laquelle a été constitué le jury pour le procès de l'accusé — L'État a-t-il violé le droit à l'égalité de l'accusé ou des résidents autochtones d'une réserve qui étaient des candidats jurés? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.

R. C. KOKOPENACE, 398.

7. Charte des droits — Procès équitable — Droit à un procès avec jury — Représentativité du jury — Définition — Accusé autochtone d'une réserve des Premières Nations déclaré coupable d'homicide involontaire coupable — Résidents autochtones des réserves sous-représentés sur la liste des jurés à partir de laquelle a été constitué le jury pour le procès de l'accusé — Quel est le critère juridique convenable en matière de représentativité? — L'État s'est-il acquitté de son obligation de représentativité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d), f).

R. C. KOKOPENACE, 398.

8. Charte des droits — Droit à l'égalité — Élections — Conditions d'éligibilité — Exigence de la Kahkewistahaw Election Act selon laquelle les candidats au poste de chef et à un poste de conseiller de la bande doivent avoir un niveau de scolarité minimum de 12^e année — L'exigence en matière d'éducation viole-t-elle l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Kahkewistahaw Election Act, art. 9.03(c).

PREMIÈRE NATION DE KAHKEWISTAHAW C. TAYPOTAT, 548.

9. Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Accusé

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Fin)

inculpé de possession de cannabis et de possession de cannabis en vue d'en faire le trafic — Règlement restreignant la possession légale de marihuana à des fins médicales à sa forme séchée — La restriction porte-t-elle atteinte au droit garanti par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Si oui, l'atteinte est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Réparation appropriée — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19, art. 4(1), 5(2) — Règlement sur l'accès à la marihuana à des fins médicales, DORS/2001-227.

R. c. SMITH, 602.

10. Charte des droits — Qualité pour agir — Accusé inculpé de possession de cannabis et de possession de cannabis en vue d'en faire le trafic — Règlement restreignant la possession légale de marihuana à des fins médicales à sa forme séchée — Accusé non consommateur de marihuana à des fins médicales, mais producteur de produits dérivés en vue de leur vente en dehors du régime réglementaire — L'accusé a-t-il qualité pour contester la validité constitutionnelle du régime? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19, art. 4(1), 5(2) — Règlement sur l'accès à la marihuana à des fins médicales, DORS/2001-227.

R. c. SMITH, 602.

DROIT CRIMINEL

1. Détermination de la peine — Droit carcéral — Habeas corpus — Consentement d'un citoyen canadien détenu par les États-Unis à une peine de huit ans d'incarcération assortie d'un transfèrement au Canada après la première année — Demande subséquente du délinquant en habeas corpus pour être détenu dans un établissement correctionnel provincial en application de la Loi sur le transfèrement international des délinquants — Demande du délinquant rejetée par le juge de première instance, mais accueillie par la Cour d'appel qui a ordonné le transfert du délinquant d'un établissement fédéral à un établissement provincial pour adultes — Ordonnance de la Cour d'appel confirmée — Loi sur le transfèrement international des délinquants, L.C. 2004, c. 21, art. 20a(ii).

ÉTABLISSEMENT DE BOWDEN C. KHADR, 325.

2. Mise en liberté provisoire — Motifs justifiant la détention — Juge de paix ordonnant la détention de l'accusé en

DROIT CRIMINEL — (Suite)

attente de son procès pour le motif prévu à l'art. 515(10)c du Code criminel, soit que celle-ci « est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice » — Juge réviseur ordonnant la mise en liberté de l'accusé — Quelle est l'interprétation que doit recevoir l'art. 515(10)c du Code criminel? — Rejet de l'interprétation restrictive — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 515(10)c.

R. c. ST-CLOUD, 328.

3. Mise en liberté provisoire — Révision de la décision d'un juge de paix — Décision du juge de paix d'ordonner la détention de l'accusé infirmée par le juge réviseur — Quels sont les cas donnant ouverture à la révision prévue aux art. 520 et 521 du Code criminel en matière de mise en liberté provisoire? — Le juge réviseur a-t-il erronément exercé son rôle en substituant purement et simplement son appréciation de la preuve à celle du juge de paix? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 520, 521.

R. c. ST-CLOUD, 328.

4. Pornographie juvénile — Moyens de défense — Exception relative à l'usage personnel — Accusations de pornographie juvénile — Accusés invoquant en défense que l'activité sexuelle était légale et consensuelle et les enregistrements étaient conservés pour l'usage personnel — Légalité de l'activité sexuelle contestée par le ministère public sur le fondement de l'exploitation des adolescentes — L'exception relative à l'usage personnel commande-t-elle un examen supplémentaire distinct de la question de l'exploitation, ou cette question est-elle prise en compte dans l'analyse de la légalité? — Pour décider d'acquitter les accusés, le juge du procès a-t-il bien interprété l'exception? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 163.1.

R. c. BARABASH, 522.

5. Incendie criminel — Moyens de défense — Intoxication — Accusé invoquant l'intoxication volontaire pour excuser la perpétration d'un incendie criminel — L'accusé ne peut invoquer l'intoxication volontaire sans automatisme pour excuser la perpétration d'infractions d'intention générale — L'infraction d'incendie criminel est-elle une infraction d'intention générale ou d'intention spécifique? — Si l'infraction d'incendie criminel est une infraction d'intention générale, la décision du juge du procès de la qualifier d'infraction d'intention spécifique a-t-elle eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 434.

R. c. TATTON, 574.

DROIT CRIMINEL — (Fin)

6. Meurtre — Exposé au jury — Preuve — Comportement postérieur à l'infraction — Après avoir tué la victime, l'accusé a dissimulé son corps et nettoyé les lieux du décès — L'accusé a tenté d'échapper aux policiers et leur a menti — Directives du juge du procès au jury quant à l'utilisation qu'il pouvait faire du comportement de l'accusé postérieur à l'infraction dans son appréciation de l'intention requise pour commettre un meurtre — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans ses directives au jury concernant la dissimulation et le nettoyage? — Dans l'affirmative, cette erreur, combinée aux directives erronées relatives au fait que l'accusé avait tenté d'échapper aux policiers et leur avait menti, était-elle fatale? — Effet préjudiciable, sur le système de justice criminelle, des directives au jury longues et complexes.

R. C. RODGERSON, 760.

7. Moyens de défense — Apparence de droit — Preuve — Occupation illégale d'un espace commercial par les coaccusés — Acquittements prononcés par la juge du procès pour diverses infractions d'introduction par effraction et de voies de fait et quant à d'autres infractions relatives aux drogues — Mention par la juge du procès d'éléments de preuve qui, selon elle, étayaient l'existence d'une apparence de droit d'occuper les lieux — La juge du procès a-t-elle commis une erreur en concluant à la vraisemblance de la défense d'apparence de droit? — Si oui, l'erreur de la juge du procès a-t-elle eu une incidence significative sur les verdicts?

R. C. SIMPSON, 827.

DROIT DE LA COURONNE

Responsabilité de l'État — Prérogatives — Immunité de droit public — Pouvoir de clémence de la Couronne dévolu au ministre fédéral de la Justice par le Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46 — Qualification de la nature du pouvoir ministériel — Dans quelles circonstances l'exercice du pouvoir de clémence peut-il engager la responsabilité de l'État? — Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, c. C-50, art. 2 « responsabilité », 3a(i) — Code civil du Québec, art. 1376, 1457.

HINSE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 621.

DROITS DE LA PERSONNE

1. Liberté de conscience et de religion — Droit à l'égalité — Pratiques discriminatoires — Principe de la neutralité religieuse de l'État — La pratique des membres d'un conseil municipal, encadrée par règlement et consistant à réciter une prière au début de chaque réunion du conseil, contrevient-elle au principe de la neutralité religieuse de l'État et engendre-t-elle une atteinte discriminatoire à la liberté de conscience et de religion? — Dans l'affirmative, les mesures de réparation prononcées par le Tribunal des droits de la personne sont-elles appropriées? — Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 3, 10.

MOUVEMENT LAÏQUE QUÉBÉCOIS C. SAGUENAY (VILLE), 3.

2. Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur l'origine nationale ou ethnique — Preuve — Entreprise canadienne refusant la demande de formation de pilotage de la part d'un citoyen canadien d'origine pakistanaise sur la base d'une décision des autorités américaines d'interdire la formation à ce pilote aux États-Unis — Démarche à deux volets dans le cadre d'une plainte de discrimination fondée sur l'art. 10 de la Charte québécoise — En quoi consiste la discrimination *prima facie* et quel est le degré de preuve requis pour l'établir? — Y a-t-il preuve de l'existence de discrimination *prima facie* en l'espèce? — Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 10.

QUÉBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) C. BOMBARDIER INC. (BOMBARDIER AÉRONAUTIQUE CENTRE DE FORMATION), 789.

EXTRADITION

1. Arrêté d'extradition — Contrôle judiciaire — Extradition de l'accusé vers les États-Unis ordonnée par le ministre de la Justice par suite d'accusations de meurtres — La décision du ministre était-elle raisonnable? — Extrader l'accusé de manière à l'exposer à la possibilité d'un quatrième procès contrevient-il aux principes de justice fondamentale?

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. BARNABY, 563.

2. Arrêté d'extradition — Contrôle judiciaire — Extradition de l'accusé vers les États-Unis ordonnée par le ministre de la Justice par suite d'accusations de meurtres — La décision du ministre était-elle raisonnable?

CAPLIN C. CANADA (JUSTICE), 570.

PREUVE

Admissibilité — Preuve d'expert — Normes fondamentales d'admissibilité — Expert qualifié — Indépendance et impartialité — Nature de l'obligation de l'expert envers le tribunal — Rapport entre l'obligation de l'expert et l'admissibilité de son témoignage — Opinion d'une juricomptable sur la négligence possible des vérificateurs précédents dans l'exercice de leurs fonctions — Requête en radiation de l'affidavit de l'expert présentée par les vérificateurs précédents au motif que l'expert n'était pas un témoin expert impartial — Les éléments de l'obligation de l'expert envers le tribunal jouent-ils au regard de l'admissibilité du témoignage plutôt que simplement de la valeur probante de celui-ci? — Dans l'affirmative, l'indépendance et l'impartialité constituent-elles un critère d'admissibilité?

WHITE BURGESS LANGILLE INMAN C. ABBOTT AND HALIBURTON CO., 182.

PROCÉDURE CIVILE

Outrage au tribunal — Intention requise — Prononcé d'une injonction Mareva interdisant à toute personne qui en connaît l'existence de se départir des actifs d'un client de l'avocat ou de les utiliser à d'autres fins — Avocat ayant connaissance de l'existence de l'injonction retourne malgré tout à son client des fonds détenus dans son compte en fiducie — Avocat déclaré non coupable d'outrage au motif que les prescriptions de l'ordonnance n'étaient pas claires et que l'interprétation de celle-ci par l'avocat n'était pas le fruit d'un aveuglement volontaire — L'intention d'entraver l'administration de la justice est-elle requise pour prouver l'outrage civil? — L'avocat s'est-il rendu coupable d'outrage?

CAREY C. LAIKEN, 79.

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Brevets — Médicaments — Demande d'un fabricant en vue de mettre en marché une version générique d'un médicament — Sollicitation par les titulaires d'un brevet à l'égard du médicament pour des ordonnances d'interdiction ce qui ont entraîné le sursis réglementaire prévu au Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) et empêché le fabriquant d'en vendre la version générique durant 24 mois — Action en dommages-intérêts, intentée en

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE — (Fin)

vertu de l'art. 8 du Règlement, en raison du délai écoulé avant la mise en marché — Selon la Cour d'appel, aucune erreur de la juge de première instance quant à la fixation de la période de responsabilité à 24 mois, quant à son évaluation à trois mois de la période qu'il aurait fallu pour mettre sur le marché la version générique autorisée du médicament breveté et du fait que ce produit aurait occupé jusqu'à 30 pour 100 du marché hypothétique durant la période de responsabilité, ni quant à sa conclusion que le manufacturier a droit à une indemnité pour les pertes de ventes de sa version générique du médicament dû à des indications non approuvées — Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.

SANOFI-AVENTIS C. APOTEX INC., 136.

RESPONSABILITÉ CIVILE

Responsabilité de l'État — Faute — Immunité relative — Justiciable injustement condamné pour vol à main armée — Ministre fédéral de la Justice refusant d'exercer le pouvoir de clémence de la Couronne qui lui est dévolu par le Code criminel — Norme de faute applicable à la conduite du ministre — Le justiciable a-t-il démontré de façon prépondérante que le ministre a fait preuve de mauvaise foi ou d'insouciance grave dans l'examen des demandes de clémence? — Code civil du Bas-Canada, art. 1053 — Code civil du Québec, art. 1457.

HINSE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 621.

TRIBUNAUX

1. Juges — Compétence — Outrage au tribunal — Pouvoir discrétionnaire du juge des motions de réexaminer une conclusion d'outrage — Avocat ayant contrevenu aux prescriptions d'une injonction trouvé coupable d'outrage — Demande de l'avocat pour rouvrir l'audience relative à l'outrage — Annulation par la juge des motions de sa décision initiale d'outrage — La juge des motions a-t-elle commis une erreur en annulant sa décision initiale d'outrage? — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, art. 60.11.

CAREY C. LAIKEN, 79.

TRIBUNAUX — (Fin)

2. Juges — Impartialité — Crainte raisonnable de partialité — Allégation que les commentaires et les interventions du juge au procès ainsi que son engagement dans la communauté tant avant qu'après sa nomination à titre de juge suscitaient une crainte raisonnable de partialité — Le comportement du juge et son engagement dans la communauté suscitaient-ils une crainte raisonnable de partialité?

COMMISSION SCOLAIRE FRANCOPHONE DU YUKON, DISTRICT SCOLAIRE #23 C. YUKON (PROCURERE GÉNÉRALE), 282.

3. Cour fédérale — Contrôle judiciaire — Compétence — Droit de la famille — Divorce — Pension alimentaire pour enfants — Lignes directrices — Légalité des lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants contestée par voie de contrôle judiciaire — Refus de la Cour fédérale de procéder au contrôle judiciaire — Les cours supérieures provinciales ont-elles compétence pour décider de la validité des lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants? — Le cas échéant, les cours fédérales ont-elles quand même commis une erreur en refusant d'instruire la demande de contrôle judiciaire sur le fond? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 18 — Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, c. 3 (2^e suppl.), art. 26.1(2) — Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175.

STRICKLAND C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL), 713.

VALEURS MOBILIÈRES

Obligations légales de divulgation — Action en dommages-intérêts — Autorisation judiciaire préalable — Société pharmaceutique en cours d'obtention de l'approbation d'une drogue nouvelle — Questions relatives aux effets secondaires possibles du médicament soulevées dans le cadre du processus d'approbation — Publication des questions par une entreprise de cotation boursière entraînant une chute du prix des actions de la société pharmaceutique — Société actionnaire cherchant à intenter un recours collectif pour manquement à l'obligation de divulgation de la société — Autorisation judiciaire préalable de l'action accordée s'il existe « une possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause » — Loi sur les valeurs mobilières, RLRQ, c. V-1.1, art. 5.3, 73, 225.4.

THERATECHNOLOGIES INC. C. 121851 CANADA INC., 106.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rs@scs-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rs@scs-csc.ca